



UNIVERSIDADE SALVADOR – UNIFACS
PROGRAMA DE PÓS – GRADUAÇÃO EM ENGENHARIA
MESTRADO EM REGULAÇÃO DA INDÚSTRIA DE ENERGIA

EDUARDO ANDRÉ MOREIRA TOSTA

**A EXTENSÃO DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO**

Salvador
2004

EDUARDO ANDRÉ MOREIRA TOSTA

**A EXTENSÃO DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em
Regulação da Indústria de Energia, Universidade
Salvador – UNIFACS, como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. James Silva Santos Correia

Salvador
2004

FICHA CATALOGRÁFICA
(Elaborada pelo Sistema de Bibliotecas da Universidade Salvador - UNIFACS)

Tosta, Eduardo André Moreira

A extensão do poder normativo das agências reguladoras no
Direito Positivo brasileiro. / Eduardo André Moreira Tosta. - 2004.

160 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade Salvador – UNIFACS.
Mestrado em Regulação da Indústria de Energia, 2004.
Orientador: James Silva Santos Correia.

1. Agências Reguladoras. 2. Poder normativo. 3. Privatização. 4.
Direito Público. I. Correia, James Silva Santos, orient. II. Título.

CDD: 341.32

TERMO DE APROVAÇÃO

EDUARDO ANDRÉ MOREIRA TOSTA

A EXTENSÃO DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Regulação da Indústria de Energia, Universidade Salvador - UNIFACS, pela seguinte banca examinadora:

James Silva Santos Correia — Orientador _____
Doutor em Engenharia Elétrica, Universidade de São Paulo - USP
Universidade Salvador - UNIFACS

Helder Queiroz Pinto Júnior _____
Doutor em Economie Et Politique de L'energia, Université de Grenoble II Pierre
Mendes France, U.GRENOBLE II, França.
Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ

Leonardo Sena Gomes Teixeira _____
Doutor em Química. Universidade Federal da Bahia, UFBA,
Universidade Salvador - UNIFACS

Renata Peixoto Pinheiro _____
Mestre em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Universidade Salvador – UNIFACS

Salvador, 11 de dezembro de 2004

A minha querida filha, Eduarda, razão maior da minha existência, alegria do meu viver.

A meu querido filho, Leonardo, semente da minha vida.

A minha mãe, Hilda, exemplo de abnegação e dedicação aos filhos.

AGRADECIMENTOS

A DEUS, todo poderoso, que sem Ele nada poderia ter sido realizado.

À professora Renata Peixoto, pela valorosa ajuda na co-orientação da dissertação.

Ao meu orientador Prof. Dr. James Silva Santos Correia, pelo incentivo e apoio.

A todos os meus colegas do Curso de Mestrado em Regulação da Indústria de Energia pelo harmonioso e agradável convívio de vários meses.

Aos colegas da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (SEFAZ), em especial aos amigos Agilberto Marvila e Luís Adriano de Andrade Correia.

A Tereza Cristina Pamponet Dantas pela ternura e paciência nas revisões ortográficas.

A Andréia, Cilícia e Letícia da UNIFACS, pela colaboração.

Ao professor Osvaldo Lívio Soliano Pereira, pelo inestimável apoio.

Aos demais professores do Curso de Mestrado em Regulação da UNIFACS, pelo aprendizado.

A todos aqueles que, de uma forma ou de outra, indiretamente ou diretamente contribuíram para consolidação da dissertação.

Muito obrigado (*“Ex toto cordi”*).

RESUMO

No Brasil, a partir da década de 90, desencadeou-se um vasto programa de desestatização dos serviços públicos. Com isso, inúmeras empresas prestadoras de serviços essencialmente públicos, como energia elétrica e telecomunicação, foram privatizadas; já o setor petrolífero foi flexibilizado, permitindo a participação de empresas particulares neste importante e estratégico ramo da atividade econômica. O novo modelo obrigou o Estado brasileiro a uma adaptação estrutural, determinando uma ampla reforma na Administração Pública, para dotá-la de mais agilidade e capacidade de decisão. Nesse contexto, surge a Administração Pública gerencial com o objetivo de privilegiar a eficiência. Aparecem, então, as Agências Reguladoras, criadas com o claro objetivo de regular os vários segmentos da economia, principalmente, aquele relativo aos serviços públicos que foram privatizados. Muito embora, tais serviços tenham passado para a esfera da iniciativa privada, eles não perderam a tutela supervisora do Estado. Por outro lado, não se pode permitir um total controle da Administração Pública sobre estes setores, porquanto não haveria qualquer sentido em privatizá-los. Destarte, foram criados entes públicos autárquicos com a finalidade de regular as atividades das empresas privadas concessionárias de serviços públicos. Em síntese, elas foram concebidas para mediar os naturais conflitos dos respectivos setores de atuação com independência e isenção. Nesse sentido, para desempenhar normalmente suas tarefas, as Agências Reguladoras são dotadas de grande autonomia em relação ao poder central. Na verdade, trata-se de um ente de direito público que enfeixa uma série de prerrogativas dadas pelo legislador, não encontradas em nenhuma outra entidade, em nossa sistemática jurídica. Dentre estes apanágios, avulta em importância a capacidade normativa, outorgada através de lei, via processo legislativo. O presente estudo tem como objetivo analisar justamente a legitimidade e a extensão deste atributo concedido a estas autarquias especiais. Cópia do modelo anglo-saxão que adota um padrão legal com forte influência do direito consuetudinário, as Agências com poderes normativos, são uma inovação em nosso sistema jurídico, cujas raízes são essencialmente ligadas ao direito escrito de origem latina, extremamente legalista. Assim, por sua importância no ordenamento brasileiro, a emissão de normas cogentes por parte de um ente público diferente do Poder Legislativo, requer uma análise bastante detalhada da sua possibilidade e, se for o caso, da sua extensão e limites. É este o objetivo da presente dissertação.

Palavras-chave: Agências Reguladoras; poder normativo; privatização; direito público.

ABSTRACT

In Brazil, since the 1990's already in the course of adapting to the new system, a vast program of destatization of public services took place. Several public service companies such as power supply and telephones were privatized. The oil sector was flexibilized, allowing private companies to participate in this important and strategic sector of the economic activity. The new model obliged the Brazilian State to make a structural adaptation, thus making a wide reform in the Public Administration in order for it to become more agile and have more decision capacity. In this scenario, a managerial Public Administration arises, focusing on efficiency. Regulatory Agencies are created with the clear objective of regulating the economy's several segments, mainly those related to the public services, which had been privatized. Although some of these services were turned into private enterprises, they still did not lose the State's tutorial supervision. On the other hand, it cannot be allowed that Public Administration totally controls these sectors, for then it would not have made sense to privatize them. However, public autarkic entities were created to regulate the private public services concessionaries' activities. In synthesis, they were conceived to mediate the sectors' natural conflicts with independence and exemption. In order to naturally develop their tasks, the Regulatory Agencies have great autonomy regarding the central power. In fact, it is a public law entity that has several prerogatives given by the legislator, not found in any other entity in our judicial system. Amongst these attributes, the normative capacity arises in importance, given through the law, through the legislative process. The present study has the objective of analyzing the legitimacy and the extension of this attribute given to these special autarkies. Copied from the Anglo-Saxon model, which adopts a legal standard with strong influence from the common law, the Agencies with normative powers are an innovation in our judicial system, whose roots are essentially related to the written law of Latin origin, extremely legalist. So, due to its importance in the Brazilian judicial system, the emission of sanction norms by a public entity different from the Legislative Power, requires a very detailed analysis of its possibility and if it's the case, of its extension and limits. This is the objective of this dissertation.

Keywords: Regulatory Agencies; normative power; privatization; public law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABIN	Agência Nacional de Inteligência
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADENE	Agência de Desenvolvimento do Nordeste
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGERBA	Agência Estadual de Regulação de Serviços de Energia, Transportes e Comunicação da Bahia
ANA	Agência Nacional de Águas
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional de Petróleo
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
BANCEN	Banco Central
BID	Banco Interamericano de Desenvolvimento
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CEPA	Comissão de Estudos e Projetos Administrativo
CHESF	Companhia Hidroelétrica do São Francisco
C L T	Consolidação das Leis do Trabalho
CMN	Conselho Monetário Nacional
COMESTRA	Comissão Especial de Estudos da Reforma Administrativa

CONAMA	Conselho Nacional d Meio Ambiente
COSB	Comissão d Simplificação Burocrática
CSN	Companhia Siderúrgica Nacional
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
CVRD	Companhia Vale do Rio Doce
DASP	Departamento de Serviço Público
ELETROBRÁS	Centrais Elétricas Brasileiras
EMBRATEL	Empresa Brasileira de Telecomunicações
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
FMI	Fundo Monetário Internacional
FNM	Fábrica Nacional de Motores
ICB	Instituto de Cacau da Bahia
LGT	Lei Geral de Telecomunicações
MARE	Ministério da Administração e da Reforma do Estado
MP	Medida Provisória
NUCLEBRÁS	Empresas Nucleares Brasileiras
ONG	Organização Não Governamental
OS	Organização Social
OSCIP	Organização da Sociedade Civil de Interesse Público
PETROBRÁS	Petróleo Brasileiro S/A
RIMA	Relatório de Impacto Ambiental
TCU	Tribunal de Contas da União
TELEBRÁS	Telecomunicações Brasileiras
UNIFACS	Universidade Salvador

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO ECONÔMICO	21
2.1 LIBERALISMO, SOCIALISMO E SOCIAL-DEMOCRACIA	25
2.2 NEOLIBERALISMO	33
2.2.1 Neoliberalismo e as privatizações	40
2.3 CONSENSO DE WASHINGTON	41
2.4 AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL	43
3 A REFORMA DO ESTADO	48
3.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL	53
3.2 REFORMA DO APARELHO DO ESTADO BRASILEIRO	60
4 ESTUDO JURÍDICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	66
4.1 AGÊNCIAS REGULADORAS	70
4.2 PRIVILÉGIOS	75
4.3 RECURSOS HUMANOS	80
4.4 LICITAÇÃO E PATRIMÔNIO	82
4.5 OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	83
4.6 CLASSIFICAÇÃO	85
4.7 FORMAS DE CONTROLE	88
4.7.1 Controles Internos e Externos	88
4.7.2 Controle Social	95
5 O DIREITO BRASILEIRO	101
5.1 CRÍTICAS AO PODER NORMATIVO	104
5.2 ANÁLISE DO PODER NORMATIVO DAS AGENCIAS REGULADORAS	112
5.2.1 Cópia do Modelo Americano	113
5.2.2 Princípio da Separação de Poderes	114
5.3 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	122

5.4 OS REGULAMENTOS NO DIRETO BRASILEIRO	128
5.5 O FENÔMENO DA DESLEGALIZAÇÃO	132
5.6 COROLÁRIO	136
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	144
6.1 CONCLUSÕES	148
REFERÊNCIAS	156

1 INTRODUÇÃO

O início da década de 90 do século passado marcou profundamente a história da humanidade. O fim das tensões entre o leste e o oeste com a queda do socialismo na então União Soviética e a consolidação do modelo econômico capitalista alteraram profundamente as relações internacionais. Assim, com o final da guerra fria e o fracasso do modelo político de Estado totalitário e planejado a quase totalidade dos países se alinharam com o capitalismo. A exceção é representada pelo modelo econômico da China, que centrado na Doutrina Comunista vem gradualmente introduzindo um receituário capitalista, porém fortemente regulado pelo Estado centralizador. O Brasil, embora sendo uma economia emergente, é considerado pelas suas dimensões e localização uma nação importante no cenário econômico mundial. Isto posto, não demorou para que as mudanças do papel do Estado nas economias desenvolvidas se tornarem uma referência para administração pública no país.

Esta mudança no cenário mundial refletiu com grande intensidade, como não poderia deixar de ser, nos modelos econômicos adotados por todos os países. Afinal já não havia uma preocupação com o comunismo, sendo que o triunfo do capitalismo levou a uma quase unificação da visão econômica do mundo na ótica das nações mais desenvolvidas do planeta. Contudo, o mundo atual é muito mais complexo e bem diferente do que originou o capitalismo no século XIX. Em verdade,

essas mudanças não significaram o retorno do liberalismo nos moldes anteriores, do Estado ausente e longe do cenário macroeconômico nacional. Deste modo houve a necessidade de se buscar um novo modelo que contemplasse as novas características do mundo. É neste cenário que surge a Teoria da Regulação e seus desdobramentos: sistema de há muito conhecido e utilizado pelos países de origem anglo-saxônica e que consiste, entre outras coisas, na criação de órgãos para regular determinadas atividades econômicas, realizando o controle e fiscalização dos mesmos.

A implementação desta teoria com êxito passa fundamentalmente pela estabilidade econômica, política e jurídica do país. O Brasil, ao longo destes últimos anos, saiu de uma ditadura militar e vem, gradativamente, estabilizando sua economia. O cenário de um país pouco democrático e com uma inflação alta, felizmente saiu da realidade diária e entrou para a história recente da nação. Assim, o último condicionante para obtermos um marco regulatório estável e confiável será o jurídico.

Apesar do ambiente favorável, a situação no Brasil era mais complexa, pois houve a necessidade primeiramente de retirar o Estado desses setores econômicos e transferir para o particular tais atribuições. Esta mudança tornou-se mais necessária, de acordo com o governo, devido ao alto grau de endividamento do Estado, incapaz de assumir os grandes investimentos necessários para dinamizar a economia, atualizar tecnologicamente certas atividades econômicas, além de suprir a demanda reprimida que atingia uma parcela significativa da população. Neste sentido, desencadeou-se um grande processo de privatização. Os setores de energia elétrica, siderurgia, telecomunicação, fertilizante e petroquímica foram em grande parte transferidos para iniciativa privada. O monopólio de petróleo foi

flexibilizado. Logo todos estes serviços, alguns essencialmente público, passaram a ser prestados por particulares. Contudo, havia o entendimento que não se pode afastar totalmente o Estado da economia. Deste modo foram criadas entidade pública com prerrogativas específicas visando regular as atividades das empresas recém privatizadas, principalmente as concessionárias e permissionárias de serviços públicos. É neste contexto que se corporifica no nosso ordenamento as figuras das Agências Reguladoras. Elas são pessoas jurídicas de Direito Público, vinculadas estruturalmente aos Ministérios de Estado correlatos. São autarquias especiais, criadas através de lei, dotadas de prerrogativas que objetivam, principalmente, assegurar sua imparcialidade na regulação dos setores da economia.

Existem inúmeras maneiras de se regular uma economia (SALOMÃO FILHO, 2001)¹. Uma delas consiste em atribuir, via lei, determinados poderes a organismos independentes, organizados por setores (energia, por exemplo) ou por segmento específico (eletricidade), para atuarem na economia. Estas entidades, que no caso brasileiro é denominado Agência Reguladora, assumem competência específica para estabelecer diretrizes previamente definidas. Evidentemente, que além de terem o respaldo legal, a razão de ser das Agências só tem sentido quando o setor a ser controlado for estratégico para o país e para o cidadão. Como exemplos temos às áreas de energia elétrica, água, petróleo e telecomunicação. Tratam-se de serviços públicos essenciais ao desenvolvimento social e econômico. Neste novo modelo de tutela do cidadão, o Estado não mais representa o papel de prestador direto de serviço público. Sua função agora é de coordenador, fiscalizador e normatizador destes mesmos serviços, que tiveram sua execução transferida para a responsabilidade indireta dos particulares. Em síntese, o Poder Público, não se

¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica*. São Paulo: Malheiros, 2001.

coloca mais na posição de protagonista principal de seus recursos estratégicos, mas sim de supervisor destes. Com esta nova estratégia, sobra tempo e recursos, ao Estado, para concentrar suas atividades nas necessidades mais prementes da população.

Obviamente que tais mudanças obrigaram uma transformação nas estruturas de nosso modelo econômico. O Estado teve que passar por um processo de profunda mudança na sua estruturação legal. Assim, visando adequar todo o arcabouço jurídico brasileiro ao novo modelo nacional, várias leis foram editadas, tais como: Lei nº 8.987/95 (Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos); Lei nº 9.074/95 (Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos); Lei nº 9.427/96 (Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)); Lei nº 9.648/98 (Reestruturação das Centrais Elétricas Brasileiras (ELETROBRÁS)); Lei nº 9.472/97 (Institui a Agência Nacional de Telecomunicação (ANATEL)); Lei nº 9.478/97 (Institui a Agência Nacional de Petróleo (ANP)); Lei nº 9.782/99 (Institui a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)); Lei nº 9.961/00 (Institui a Agência Nacional de Saúde Complementar (ANS)); Lei nº 9.984/00 (Institui a Agência Nacional de Água (ANA)); Lei nº 9.986/00 (Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras) e a Lei nº 10.233/01 (Institui a Agência Nacional de Transporte Terrestre (ANTT) e a Agência Nacional de Transporte Aquaviários (ANTAQ).

Esta plêiade de leis mudou consideravelmente a estrutura do setor público brasileiro. Destarte, em tese, o novo regramento jurídico buscava a introdução da concorrência no mercado, quebrando o mito do monopólio estatal. De uma estrutura centralizadora, onde o símbolo maior é o contrato de adesão, evoluiu-se para um

mercado onde a competição, a livre iniciativa, a negociação e a flexibilização deveriam predominar. Pelo menos, teoricamente, os consumidores não são mais reféns das burocráticas empresas estatais.

As Agências Reguladoras, previstas em nosso ordenamento constitucional no artigo 21, XI, foram criadas, sob a forma de autarquias especiais. Logo, devem obedecer ao mandamento constitucional insculpido no artigo 37, XIX. Entretanto, sua criação, até mesmo a sua existência no mundo jurídico brasileiro é questionada, sendo motivo de muitas controvérsias. Sua gênese é calcada no direito anglo-saxão, o que vale dizer, no *common law*, no famoso direito consuetudinário inglês. Assim, suas características, em princípio, diferem da sistemática adotada no Brasil até então. Lá, diferente daqui, a tradição é no sentido da descentralização da administração pública.

No caso brasileiro elas foram criadas com uma nítida preocupação de independência diante do poder central. Com isto, elas gozam do poder de julgar administrativamente e, principalmente, do poder de normatizar. Além disto, seus diretores gozam de estabilidade e não podem ser demitidos *ad nutum* pelo chefe do Poder Executivo.

De todas as prerrogativas concedidas às Agências Reguladoras, a que tem causado maior controvérsia jurídica é a possibilidade de as mesmas expedirem normas reguladoras. Na verdade trata-se de um tema por demais tormentoso e que divide a doutrina brasileira. Sem nenhuma dúvida, de todas as atribuições concedidas às Agências Reguladoras, a prerrogativa da expedição de regulamentos com efeitos vinculantes é o que gera mais polêmica. Assim, o ponto principal a ser analisado na dissertação é exatamente esta questão. Verificar a validade, a

extensão e os limites deste poder normativo. Provar juridicamente que não existe, dentro do ordenamento brasileiro, nenhuma restrição a tal atributo. O trabalho sustenta a tese que, apesar de possuir esta característica, sua existência não ofende, em nenhum momento, o nosso arcabouço jurídico. Ao revés, ela é perfeitamente ajustada ao nosso direito e em nenhum momento agride a Lei Maior de nosso Estado. Portanto a proposta principal da dissertação é demonstrar juridicamente a legitimidade dessas autarquias especiais em emitirem normas cogentes. Mesmo porque sem esta prerrogativa, a própria existência das Agências ficaria comprometida. A ausência deste poder comprometeria sua criação no ordenamento jurídico brasileiro. De fato, seria inexecutável sua atuação como uma entidade com nítida função regulatória.

Sendo uma autarquia, ela não é uma entidade nova em nosso ordenamento jurídico. Contudo, somente agora, devido às mudanças na economia nacional e as novas prerrogativas e poderes que adquiriram, elas estão sendo objeto de análise e estudo mais aprofundados. É um tema instigante e muito pouco analisado por nossa doutrina jurídica atual. Na verdade, trata-se de um tema bem contemporâneo. Devido a sua importância, neste novo cenário econômico, seu estudo é imprescindível para se entender e legitimar os mecanismos da regulação.

Naturalmente que as questões suscitadas sobre a legalidade da existência das Agências e todas as questões contrárias a sua validade jurídica serão analisadas. Contudo, o ponto fulcral a ser atacado pela dissertação é verificar a viabilidade do funcionamento de uma entidade independente e autônoma em relação a estrutura tripartite dos poderes de Estado, com reais possibilidades de emitirem normas com poderes normatizadores. A resposta a ser perseguida no bojo

da pesquisa, é se cabe, em nossa sistemática jurídica, órgãos independentes, criados através de leis, que enfeixe as funções de cunho nitidamente legislativo?

Cabe salientar que a proposta deste estudo não é analisar ou questionar o novo modelo econômico implantado no Brasil, onde as Agências Reguladoras tem participação efetiva. O estudo econômico da validade das Agências Reguladoras foge do escopo da dissertação.

Elas já existem, funcionam, bem ou mal, estão aí. Todavia sua existência e principalmente a sua efetiva possibilidade de normatizar, de dizer o direito novo é legalmente respaldada pela Carta Federal? Assim, o estudo jurídico das Agências Reguladoras é o compromisso do presente estudo. Pela sua importância e pelo seu caráter inovador em nossa sistemática jurídica é fundamental sua compreensão.

O corpo desta dissertação está dividido em quatro grandes capítulos, além da introdução e da conclusão. O primeiro deles enfoca sucintamente a evolução das ciências econômicas na parte ocidental do planeta. Não se pode pensar em Agências Reguladoras no mundo e Brasil sem entender como se desenvolveu, ao longo do tempo, o pensamento econômico mundial. O porquê e a necessidade de se criar órgãos estatais com uma grande autonomia em relação ao poder central passa, necessariamente, por uma explicação de ordem econômica. O tema, embora empolgante, será abordado superficialmente e com o nítido objetivo de explicar o surgimento e a proliferação, principalmente no Brasil, de entidades com atributos de realizar regulação. Não se trata, portanto, de um estudo mesmo que perfunctório, da evolução do pensamento econômico. Na verdade o objetivo é tão-somente contextualizar as Agências Reguladoras no mundo e em nosso país.

O segundo capítulo aborda a evolução do Estado brasileiro na área da Administração Pública. A necessidade de modificá-lo, de adequá-lo a uma visão de mundo atual. As mudanças implementadas no final no século passado na estrutura de nossa administração estatal foram fundamentais não só para permitir o surgimento das Agências, como também possibilitar sua perfeita adaptação a nossa sistemática administrativa e jurídica. Aqui, o enfoque é nas transformações que ocorreram na máquina pública e na nova visão da estrutura administrativa do estado brasileiro. Nesse sentido, os organismos reguladores são entidades estratégicas no novo contexto de modernização da máquina estatal. Assim, a reconfiguração do papel do Estado com a inserção das Agências Reguladoras é o tema principal abordado.

No terceiro capítulo adentramos no estudo das Agências Reguladoras. Começamos com o estudo das autarquias, sua natureza jurídica e sobre sua criação, posteriormente analisamos detalhadamente todos os controles e atribuições das referidas Agências. Ao longo de todo o estudo a nossa Constituição Federal foi utilizada como referência, já que ela é efetivamente a nossa lei maior, o nosso paradigma jurídico.

Devido a importância do tema e sua controvérsia em nosso ordenamento jurídico, foi reservado um capítulo inteiro para uma análise minuciosa a respeito da possibilidade dos poderes normativos das Agências Reguladoras. Aqui, reside o ponto mais controvertido em nossa sistemática jurídica da existência destes entes. O estudo da admissibilidade das Agências Reguladoras possuírem tal prerrogativa passa, necessariamente, por dois grandes pilares do Estado Democrático de Direito: o princípio da legalidade e o da separação de poderes. Portanto este é o capítulo mais denso e importante da dissertação.

Por fim, é bom salientar, que o presente estudo foi inteiramente baseado no modelo das Agências Reguladoras estabelecido na Administração do Presidente Fernando Henrique Cardoso. Foi neste momento histórico que as mesmas foram inovadoramente introduzidas em nosso ordenamento jurídico, sendo que posteriores adaptações, modificações e aperfeiçoamento desses órgãos fogem ao escopo da presente dissertação.

2 EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO ECONÔMICO

O estudo sistematizado da ciência econômica não era matéria de relevo na antiguidade. De fato, naquela época, as preocupações que avultavam as mentes das classes dirigentes eram de origens religiosas, éticas, jurídicas e de manutenção do poder. Louvar uma divindade, manter a disciplina da população e fazer a guerra eram as atividades preponderantes do Estado antigo. Estávamos ainda no embrião da formação dos atuais Estados. A mercancia era realizada, muitas vezes, à base do escambo ou da usurpação pura e simples pelo mais forte em detrimento dos mais fracos. Os reis governavam com 'mão de ferro' e, na maioria das vezes, não tinham que dar satisfação dos seus atos a quem quer que fosse. A administração de uma nação, naquele momento histórico, prescindia da economia. Não obstante houvesse desprezo por esta última, encontram-se nesse período alguns textos que abordam o tema. Com efeito, fragmentos, ainda embrionários, de formulações econômicas são encontrados em vários livros, a exemplo dos Anacletos de Confúcio (século VI a.C.), isto sem mencionar o Velho Testamento onde existem trechos de significado eminentemente econômico. Os rabinos já nessa época condenavam os juros exorbitantes, sendo que a avareza era um pecado grave (FEIJÓ, 2000).¹

¹ FEIJÓ, Ricardo. *História do Pensamento Econômico*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

Os gregos não se preocuparam muito com este tema, muito embora sempre presente, em alguns escritos, certa preocupação com a área econômica, mas as abordagens eram sempre colocadas secundariamente. Os pensamentos de Platão e de Aristóteles, sobre o assunto, eram voltados mais para o estudo da Polis com um enfoque na ciência política ou na teoria geral do estado.

A dedicação dos pensadores gregos à questão da origem e funcionamento do estado ideal e a subordinação do indivíduo ao Estado limitavam necessariamente o desenvolvimento da espécie de pensamento econômico que posteriormente emergiu. (RIMA, 1990, p.26).²

Também o povo que construiu o maior e mais rico império da antiguidade não se preocupou em sistematizar algum estudo econômico. De fato, o império romano dominou o mundo por mais de mil anos e sua extensão era vastíssima a ponto de se dizer que o sol não se punha no império romano. Destarte, logo surgiu a necessidade de dinamizar o comércio entre as mais diversas regiões. A moeda e sistemas de garantia do crédito como notas promissórias surgiram nesse período com o objetivo de otimizar o comércio. Apesar disso, os romanos eram muito empíricos, as poucas teorias e contribuições econômicas estavam nas leis como a liberdade de contratar e a garantia da propriedade privada. Lamentavelmente, o grande monumento jurídico legado pelos romanos à humanidade, o *Corpus Juris Civile*, foi omissivo neste assunto.

Com a chegada da Idade Média, desaparecem gradativamente as cidades. A Europa passa por um processo de ruralização e o poder político regionaliza-se. Enfim, a sociedade feudal domina todo o velho continente. Este período se

² RIMA, Ingrid H. *História do Pensamento Econômico*. São Paulo: Atlas, 1990. p.26.

caracterizou pela total ausência de um sistema de mercado que estimulasse a produção a ter excedentes para comercialização. Também inexistia um mercado de trabalho e uma classe operária. O poder estava pulverizado nas mãos dos senhores feudais. Com isso, todo ou quase todo, o desenvolvimento científico e cultural se deslocou para a Igreja. Não houve, com raras exceções, um pensamento com enfoque na ciência econômica. Neste sentido, avultam os nomes de Santo Agostinho, Alberto Magno e, principalmente, São Tomás de Aquino, que, na verdade, abordam alguns temas econômicos de passagem, como a condenação da utilização de juros.

Com o nascimento do Estado Moderno surge o absolutismo, o centralismo político administrativo nas mãos do rei. Agora ele não só reina mas também governa e governa com poder absoluto. Para consecução de seus fins o rei necessita de um aporte de recursos financeiros que pagasse um corpo de funcionários leais, um exército permanente e bem equipado, além do alto custo de manter uma corte. Neste sentido, como doutrina econômica, surge o mercantilismo. Na verdade, o mercantilismo não chegou a ser uma doutrina teórica sistematizada como uma ciência econômica. Foi, na realidade, um conjunto de práticas econômicas adotadas com o fito de acumular capital. Tratou-se de uma aliança política, engendrada entre o rei, a nobreza feudal e a burguesia.

A base do programa político econômico do mercantilismo era a acumulação de capitais. Para isto, era imperiosa uma balança comercial favorável, superavitária do país, pois, nesta doutrina, a riqueza de uma nação era medida através da manutenção de uma quantidade maior de exportações em relação às importações. Quanto mais uma nação exportasse e menos importasse produtos, mais acumulava capital. Em síntese, quanto maior fosse tal relação, mais positiva ficava a balança

comercial e mais rico ia se tornando o país. Com efeito, para conseguir atingir estes objetivos as nações utilizam-se de várias medidas, dentre elas:

1. O monopólio extrativista - utilizado principalmente pela Espanha e Portugal, que garantia à metrópole exclusividade sobre as atividades mineradoras da colônia.

2. Submissão colonial - a colônia ficava presa à metrópole. Suas atividades comerciais eram limitadas a fornecer matéria-prima e a comprar manufatura, em caráter exclusivo. Ainda em relação a esta dependência, a colônia era proibida de comercializar com outros países ou ter qualquer produção industrial.

3. Barreiras alfandegárias - utilização de uma política consistente em sobretaxar os produtos estrangeiros, dificultando sua comercialização, além de adotar outras medidas que desestimulassem e dificultassem a importação de produtos de origem alienígena.

4. Marginalização da classe operária - proibindo sua organização, além de impor uma baixa remuneração e uma carga de trabalho elevada.

Ao ser colocado em prática, o mercantilismo adquiriu características específicas em cada país, mas seus fundamentos básicos foram coincidentes, notadamente nas cinco grandes potências econômicas do período (Portugal, França, Espanha, Inglaterra e Holanda). Nessa época, a Alemanha ainda não tinha se firmado como potência. Sua unificação só aconteceu no século XIX. Mesmo assim, os vários ducados e principados adotaram um tipo singular de mercantilismo chamado Cameralismo, que consistia, também, em ações visando melhorar o sistema de administração pública.

Percebe-se, assim, que o estudo científico da economia, diferentemente da ciência jurídica, não foi matéria preponderante ou de importância no cenário mundial ao longo de muito tempo. Por centenas de anos, vigorou o empirismo, mediante o qual os países se valiam, na maioria das vezes, de regras simples e práticas para resolver seus problemas econômicos. Neste sentido, o mercantilismo, por se constituir em doutrina fundada em conceitos práticos, muito mais do que em evoluções teóricas, orientando as nações poderosas, colonialistas, a expropriar suas colônias e, desta forma, a acumular as riquezas assim obtidas, não contribuiu de modo incisivo para que a economia obtivesse o *status* de ciência.

Tais políticas adotadas pelos países dominantes não chegaram a ser efetivamente um sistema bem concebido de idéias econômicas ou a constituir um modelo de sistema econômico estruturado; todavia, funcionou como uma forma rudimentar de acumulação de capitais, de maneira que se pode concebê-lo como um protótipo do capitalismo.

2.1 LIBERALISMO, SOCIALISMO E SOCIAL - DEMOCRACIA

O século XVIII, não trouxe uma melhora significativa da população européia. Ao revés, a política mercantilista, adotada pela maioria dos países desenvolvidos da época, só contribuiu para exaustão do modelo. A França, onde os monopólios eram concedidos pelos reis absolutistas e a economia era basicamente agrária, possuía quadro econômico extremamente grave. Fracassadas guerras coloniais, pesados encargos sobre os lavradores, mercadores e artífices, além da absurda isenção dos impostos concedidos ao clero e à nobreza, levaram à insatisfação geral. Apenas uma pequena fração da população vivia confortavelmente em detrimento das

demais. O restante passava por enormes sacrifícios. Logo, além dos protestos, começaram a surgir vozes discordantes, notadamente, do seio da burguesia emergente. Um regime que perdurou por mais de cem anos começara a ruir. Neste contexto, surgiu a primeira manifestação científica do pensamento econômico: o Liberalismo. Exatamente, na França de então, com os Fisiocratas, consolidando-se, na Inglaterra, com a Escola Clássica. Com efeito, o liberalismo é uma filosofia política e econômica e apareceu como uma resposta da classe burguesa ao sufocante, decadente e ultrapassado modelo mercantilista. Seus doutrinadores se preocuparam em conceber uma teoria com vigor intelectual. Era o fim do tratamento disperso e assistemático dado a este importante ramo da ciência humana. No seu esteio, inicia-se um pensamento econômico baseado na liberdade e no individualismo. Nesse sentido, criticava-se ferozmente o mercantilismo e suas políticas centralizantes.

Assim sendo, o estudo mais apurado da ciência econômica teve início, exatamente, na França, e o seu maior expoente foi o médico François Quesnay, pai da Fisiocracia, que significa governo da natureza ou regras da natureza. Para os fisiocratas, a terra é a única fonte de riqueza. O fator chave e preponderante da atividade econômica de uma nação era a agricultura. O trabalho em ocupações relacionadas à lavoura, à pesca e à extração de minério era o que efetivamente levava a riqueza de um país. Acreditavam que a riqueza viria através de um sistema de produção que conduziria a geração de excedentes, sendo que estes excedentes eram obtidos da terra. Com isto, somente a agricultura é que produzia riqueza.

Para os fisiocratas todo o universo era regido por leis naturais, absolutas e imutáveis. Ao homem cabia descobrir este caminho para chegar à felicidade. Embora estas idéias tivessem certo prestígio na França, impuseram-se mais como

uma influência intelectual do que política e não alcançaram muito destaque na Europa do século XVIII. Mesmo assim, legaram contribuições importantes, principalmente, porque defendiam a liberdade de mercado, o não intervencionismo estatal e o individualismo. Neste contexto, as primeiras pedras que amalgamaram o liberalismo apareceram. O velho e conhecido *laissez-faire* (deixar fazer), *laissez-passer* (deixar passar) desponta no cenário macroeconômico. A fisiocracia só foi implementada, como doutrina econômica, parcialmente, na França. Seus argumentos teóricos não conseguiram sensibilizar nenhum governante europeu da época. Entretanto, as sementes de suas idéias estavam lançadas e foram fecundadas por outra grande nação européia, a Inglaterra.

Assim, contando com a inestimável contribuição do momento político que era francamente antimercantilista, floresceram as idéias do escocês Adam Smith, divulgadas em seu célebre livro “*Uma Pesquisa Sobre a Natureza e as Causas das Riquezas das Nações*”, síntese do pensamento liberal. Estavam, desta forma, definitivamente, estabelecidas as bases da ciência econômica.

É certo que as idéias contidas no célebre livro de Smith não traziam muita inovação. A importância da obra reside no fato de ter sido a primeira a sistematizar os vários pensamentos que apareceram na época. Fruto da pesquisa, da vivência e do poderoso intelecto do autor, “*A Riqueza das Nações*” é a pedra angular do pensamento clássico. Sem dúvida é o produto da combinação perfeita do homem e do seu tempo. Destarte, estava no início da Revolução Industrial, os empresários capitalistas e os operários assalariados já eram figuras presentes no cenário econômico inglês. O progresso técnico já permitia o aparecimento de grandes empresas do ramo de metalurgia e têxtil. Por outro lado, o Estado inglês, ainda sob a influência das leis da época mercantilista, atrasado, burocrático, ineficiente e com

pesada carga tributária, não respondia aos anseios e necessidades da burguesia que surgia. Somam-se, ainda, a estas restrições, os regulamentos das corporações de ofício (resquício anacrônico das Guildas Medievais) e as barreiras alfandegárias. Assim, sob a argumentação de evitar fraudes, o governo intrometia-se no processo produtivo, regulando a fabricação, o empacotamento, a circulação, o transporte e a venda, tornando presente o poderoso poder fiscalizador e controlador (poder regulador) do rei, em toda fração do império.

O liberalismo preconizado pela escola clássica é um libelo à liberdade de contratar, de produzir, de se manifestar e, até mesmo, de escolher qual profissão seguir. Para seus seguidores, o mercado é o melhor caminho para gerar a riqueza de uma nação. A realização do interesse individual é a força motriz que motiva todos os homens. A somatória da busca da satisfação de todos estes interesses é que, efetivamente, aumenta a riqueza do país. Logo, a intervenção estatal só atrapalha o livre caminho das leis de mercado. O melhor Estado é, exatamente, aquele que governa menos, que se intromete menos na economia. Suas funções são apenas de segurança interna (função policial), externa (função militar e guerra) e judicial. Aliás, o Poder Judiciário tem importância fundamental para os liberais, já que é ele, em última instância, que vai legitimar e convalidar os contratos livremente acordados pelos indivíduos, além da necessidade de limitar o poder político (Rei ou Parlamento) através das leis. Com isto o papel do Estado é extremamente limitado: não pode participar da economia, deixando ao sabor das leis de mercado todo processo econômico, se abstendo inclusive da distribuição de riquezas.

É consenso que o pensamento dos economistas clássicos (Adam Smith, David Ricardo, Thomas Malthus, Stuart Mill, Say, etc.) foram fundamentais para o desenvolvimento da economia. Suas idéias contribuíram em muito para que o

mundo adotasse o liberalismo econômico e o individualismo. Representavam a vitória da burguesia que há muito ansiava por independência e mais liberdade nas ações comerciais. Nessa fase da economia mundial, surge o Estado liberal, cujas funções limitavam-se, apenas, à segurança, à justiça e aos serviços essenciais. Na seara jurídica florescem as idéias dos direitos individuais, da liberdade de contratar, da propriedade privada, da igualdade de todos perante a lei e da livre iniciativa. É o auge do *pacta sunt servanda*. Assim, para esta doutrina (escola clássica), o desenvolvimento econômico de uma nação estava subordinado às leis naturais que disciplinam o mercado, a famosa “mão invisível” que ajusta automaticamente a lei da oferta e da demanda (procura). Neste contexto, o Estado ficava impedido de impor leis que influenciassem o comportamento do mercado.

Esta doutrina econômica prosperou em diversos países até chegarmos à metade do século XIX. Até esse momento histórico, a aplicação dos ideais da Escola Clássica não melhorou a situação dos pobres e necessitados. O liberalismo propiciou uma grande concentração de riquezas e o surgimento de grandes grupos econômicos. Contudo, a base da população continuava miserável. O poder das grandes corporações aniquilava a classe trabalhadora. O mundo começa então a questionar a lei de mercado. Surge a idéia, ainda embrionária, do Direito Econômico, como forma de atenuar a força exploratória do capital. Assim, o Estado é chamado a intervir. Leis são logo elaboradas no sentido de coibir abusos. A Carta Magna mexicana de 1917; A Constituição de Weimar, de 1919; além do tratado de Versalhes, são exemplos de legislações que se preocuparam em proteger a classe operária. No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira, entre nós, a ter um título que abordava estas questões: a Ordem Econômica e Social.

Com efeito, este modelo econômico, no qual o particular podia quase tudo, perdurou até o final do século XIX e início do século XX. Com a explosão dos problemas sociais em vários países percebeu-se a limitação da economia de mercado. O Liberalismo, como sistema econômico, fracassou. Duas novas linhas de pensamento começam a surgir na Europa de então. Ambas com idéias frontalmente opostas ao liberalismo. Uma delas, o Socialismo, baseada nas idéias de Karl Marx e Frederic Engels, foi adotada nos Estados Soviéticos depois da revolução bolchevista, em 1917. E, paulatinamente, a Europa oriental também aderiu a esse sistema político econômico. Sua concepção baseava-se na total estatização da propriedade. Pregam a substituição da economia de mercado por uma economia estatal. A economia passa a ser totalmente planejada e de inteira responsabilidade do Estado. A ausência completa da propriedade privada e nenhuma concorrência é outra grande característica do sistema. O Estado, neste modelo econômico, é o senhor absoluto de todos os meios. Para Marx, e seus seguidores, o homem vive sempre em uma guerra de lutas de classes. A história da evolução da humanidade é basicamente o conflito entre as classes sociais: senhores e escravos; senhores feudais e servos e, atualmente, burguesia e proletariado. Os trabalhadores são, em qualquer relação, economicamente espoliados e os patrões sempre obtêm os lucros que são chamados de mais-valia.

Termo caracteristicamente marxista que se refere à diferença entre o valor dos bens que os trabalhadores produzem em um dado período e o valor do poder da mão-de-obra vendido aos capitalistas que a contratam. A mais-valia realizada pelo capitalista indica o grau de exploração da mão-de-obra. (RIMA, 1990, p.245).³

De acordo com Marx, sempre haverá um confronto entre as classes. Este embate entre explorados e exploradores, um dia terminará com a vitória final dos

³ RIMA, 1990. p.245.

últimos. Sendo que neste momento seria implantada a ditadura do proletariado. Em síntese, chegar-se-ia a um comunismo puro sem a existência de um Estado e sem nenhuma classe social. Para Marx, o Estado foi concebido para ser um instrumento da elite para subjugar as classes oprimidas (servos, assalariados, operários etc.).

Aristóteles, um dos grandes sábios da antiguidade, há mais de 2000 anos, colocou com muita propriedade que a virtude está no meio. Em outras palavras, a razão encontra-se sempre na proposta mais equilibrada e menos radical. Com este propósito é que surgiu a segunda teoria econômica que confrontava as posições do liberalismo. Adotada pela maioria dos países ocidentais e o Japão, preconizava a participação direta do Estado como agente propulsor da economia. Com a depressão que ocorreu nos Estados Unidos, em 1929, depois da queda da bolsa de valores de Nova York, esse sistema, baseado nas idéias do economista inglês John Maynard Keynes, prosperou e foi largamente aplicado, inclusive, no Brasil. Keynes defende, vigorosamente, uma maior participação do Estado na economia, com o objetivo de gerar emprego e maior igualdade social. Neste caso, a participação efetiva do Estado garante um aumento dos níveis de emprego.

Certamente, o que a obra de Keynes causou no século atual pode ser equiparado à influência que as obras de Adam Smith e de Karl Marx exerceram sobre o pensamento e a política econômica nos séculos XVIII e XIX. As obras de Smith, Marx e Keynes – os três grandes economistas que marcaram época na história do pensamento econômico – provocaram profundas mudanças nas próprias coordenadas da atividade econômica nos últimos séculos. A obra de Smith representou importante vitória sobre o mercantilismo; a de Marx consubstanciou a mais influente crítica ao capitalismo, a de Keynes reuniu os mais vibrantes argumentos contra o *laissez-faire*. A vitória dos clássicos sobre o mercantilismo traduz a vitória do liberalismo sobre o intervencionismo imoderado e decadente dos séculos XVI, XVII e a primeira metade do século XVIII. A vitória de Keynes sobre os clássicos traduz o triunfo do intervencionismo moderado sobre o liberalismo radical, além de construir – em certo sentido – um desejável meio-termo entre a liberdade econômica

absoluta e o total controle do Estado sobre o meio econômico. (ROSSETI, 1980, p.118).⁴

De fato, a idéia do Estado Social (*welfare state*), interventor e responsável pelo bem estar da população, consolida-se. O Estado assume o papel de grande ator das mudanças sociais, funcionando como um vetor catalisador de onde promanam ações distributivas para toda a sociedade. Na esteira das idéias de Keynes e seus seguidores, surge a social-democracia, cujas características são a presença expressiva do Estado na economia e a carga tributária muito alta. É o Estado-providência, encarregado de proporcionar à sociedade muitos de seus anseios sociais, mediante programas assistenciais e políticas de atendimento direto aos mais necessitados. Embora de tendência centralizadora, a social-democracia não chega ao extremo da total centralização econômica sugerida pela doutrina socialista.

Ao Estado destinam-se duas novas e importantes funções, a de atuar no mercado, podendo monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, quando assim o exigir o interesse público mediante autorização da lei especial, e a de influir no mercado impondo-se-lhe o dever de promover o fomento da economia popular. (FONSECA, 2003, p.225).⁵

A social-democracia, em diversos níveis, foi amplamente adotada em todos os países ocidentais. Nos países da península Escandinava teve sua maior aceitação e implementação. Nesta região do planeta, principalmente na Suécia, a ideologia do Estado assistencial atingiu seu ponto culminante, foi lá que as doutrinas da social-democracia construíram seu modelo mais bem acabado.

⁴ ROSSETI, José Paschoal. *Introdução à Economia*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p.118.

⁵ FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito Econômico*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.225.

Na verdade a concepção de um Estado empresário e assistencial foi também uma resposta ou uma reação do capitalismo à crescente participação e influência das idéias socialistas no mundo ocidental. O capitalismo foi obrigado a conceder muitas benesses às classes trabalhadoras como uma forma de barrar o crescimento do socialismo. Foi, sem dúvida, uma estratégia muito bem concebida que não só retirou o mundo da estagnação econômica como funcionou como um óbice à crescente escalada do socialismo que, aliás, já tinha "seduzido" a maioria dos países do leste europeu. Isto sem falar dos avanços dos partidos socialistas na região ocidental do velho continente, a exemplo da França, Espanha, Itália e Portugal.

2.2 NEOLIBERALISMO

Após o término da segunda grande guerra, o mundo ocidental conheceu uma época de prosperidade e de grande crescimento econômico, principalmente, nos países mais industrializados. O desemprego era muito baixo e as taxas de inflação não chegavam a incomodar. Com a social-democracia, as nações mais desenvolvidas viviam uma era de prosperidade e sua população, devido à política de um Estado benfeitor, estava plenamente assistida em suas necessidades básicas. Tudo isso era explicado como fruto da expansão econômica. Nesse período histórico conhecido como idade do ouro, o mundo assistiu surpreso ao soerguimento econômico acelerado da Alemanha, na década de 50, e ao vertiginoso crescimento industrial e tecnológico do Japão nos anos 60.

Aqui no Brasil, durante o período da guerra fria, foram criadas algumas empresas públicas e sociedades de economia mista, com o objetivo de alavancar a economia com a efetiva e decisiva participação do Estado brasileiro. O Estado

chamava para si a responsabilidade de fomentar o desenvolvimento. Com efeito, já na década de 40, surgem as primeiras grandes estatais: Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), Fábrica Nacional de Motores (FNM), Companhia Vale do Rio Doce (CVRD) e Companhia Hidroelétrica do São Francisco (CHESF). Na década de 50, os destaques foram o BNDE, atualmente Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e a Petróleo Brasileiro (Petrobrás), símbolo maior das grandes estatais brasileiras.

Em 1955, vence a eleição presidencial brasileira o mineiro Juscelino Kubitschek, com o *slogan* “cinquenta anos em cinco”. Começava uma grande expansão industrial brasileira. Assim, multinacionais foram atraídas para abrir suas fábricas no Brasil. A indústria se expande notadamente no estado de São Paulo, na região metropolitana. Embora tenha realizado muito em sua administração, Juscelino não conseguiu fazer seu sucessor e teve que passar o cargo presidencial para o paulista Jânio Quadros que posteriormente renunciou. Após cinco anos o Brasil entra numa crise política que acabou levando o país para uma longa ditadura militar.

Com a força das armas, sai vitoriosa a revolução de 1964. Os militares procuram agigantar mais ainda o Estado brasileiro. São criadas, neste contexto, centenas de empresas estatais. Como exemplos, encontram-se a Nuclebrás, Telebrás e Embratel.

Já na década subsequente, mais precisamente entre o final dos anos 60 até 1973, ocorreu o denominado “milagre brasileiro”. O índice de crescimento da economia brasileira alcançava patamares elevados. Com o crescimento do país, expande-se o parque industrial, sobretudo, os de bens de consumo duráveis, privilegiando-se as classes média e alta. Tudo financiado pelo excedente de capital

das grandes nações, emprestado ao Brasil, sem muitas ressalvas, a taxas de juros flutuantes.

Esta fase de pujança econômica, de prosperidade que o mundo passava não durou muito tempo. Vários fatores contribuíram para isto:

1. A elevada carga tributária exigida pelas nações desenvolvidas às empresas e à população mais abastada com o objetivo de financiar o Estado social.

2. A melhoria das condições fito-sanitárias e médicas que elevaram a expectativa de vida da população, aumentando o número de aposentados e os custos de sua manutenção. Como consequência houve uma diminuição da capacidade de investimentos dos países.

3. A guerra do Vietnã que gerou um enorme déficit público nos Estados Unidos, o que levou o Banco Central americano a uma desvalorização cambial, gerando inflação.

4. A quebra da safra de trigo da antiga União Soviética, elevando-se os preços internacionais deste produto. Como o trigo é um insumo de grande importância na elaboração de vários alimentos na maioria dos países, este problema que era apenas regional passou a ser mundial, provocando inflação, em consequência da referida elevação de preços do trigo.

5. As duas grandes crises de petróleo (1973 e 1979), decorrente da diminuição drástica e abrupta do produto no mercado internacional, efetivada pelos países exportadores (Árabes), como forma de pressionar o mundo em face da eterna guerra contra os judeus, em 1973, e em face da revolução promovida pelos Aiatolás no Irã, em 1979.

Em outubro de 1973, quando a guerra acaba de explodir entre Israel, Egito e Síria, os seis países exportadores do Golfo, reunidos em Genebra, elevaram unilateralmente o preço do Arabian Light de 2,989 dólares para 4,119 dólares. Nos dias que se seguem, a Organização Árabe dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP) decide um embargo das importações destinadas aos aliados de Israel. Dois meses mais tarde (dezembro de 1973), nova alta do preço de referência: 11,651 dólares. Depois de cinco anos de relativa estabilidade, uma nova chamuscada leva os preços a mais de 35 dólares/bl no decorrer do quarto trimestre de 1979: a revolução iraniana e a decisão saudita de limitar sua produção enlouqueceram os operadores. Eles se arrojam nos mercados spot que fogem a qualquer controle. (MARTIN, 1992, p.64).⁶

Diante do somatório de tantas adversidades, o mundo entrou definitivamente em crise. O produto interno bruto dos países declinou e em alguns, até mesmo, estagnou. O planeta entrou em recessão, as taxas de juros se elevaram e o Brasil, que havia tomado muitos empréstimos a juros flutuantes, viu sua dívida externa aumentar vertiginosamente. Entrou na década de 80 em uma grande recessão. No caso brasileiro, a crise foi tão grave e profunda que os economistas “batizaram-na” de a década perdida.

Se os países do Ocidente que adotaram uma linha social-democrata estavam com graves problemas em suas economias, os Estados socialistas estavam muito pior. Como é cediço, ao final da segunda grande guerra, o planeta se dividiu em dois pólos políticos: o capitalismo e o socialismo. Estes dois sistemas políticos, a partir de então, travaram uma disputa ideológica e econômica pelo domínio do planeta que foi denominada “guerra fria”. Por quarenta anos, os dois lados conseguiram vitórias e amalharam derrotas pontuais. O jogo de xadrez pela hegemonia passava por algumas guerras regionais, muita espionagem e corrida armamentista.

Além das crises econômicas já enfatizadas, anteriormente, no final do século

⁶ MARTIN, Jean Marie. *A Economia Mundial da Energia*. São Paulo: Unesp, 1992. p.64.

XX, lá por volta da década de 80, em várias partes do planeta, alguns fatos contribuíram sobremaneira para que o equilíbrio entre as duas forças antagônicas pendesse em favor do capitalismo:

1. A escolha de um líder carismático, polonês e ferrenho anticomunista para chefiar a Igreja Católica.

2. A ascensão da linha mais dura do partido republicano americano ao poder nos Estados Unidos. Nesse contexto, o governo americano investiu pesadas quantias em armamento, pressionando o outro lado a tomar medidas da mesma natureza, o que resultou em grandes dispêndios para o bloco comunista.

3. O vultoso gasto militar efetuado pela antiga União Soviética na guerra do Afeganistão. Além de perder muitas vidas a guerra durou muito mais tempo do que imaginava o governo soviético, consumindo muito mais recursos do que o orçado.

Esta plêiade de acontecimentos, em um mesmo momento histórico, gerou um somatório de tal ordem que sufocou a economia soviética. Assim, exaurido pelo fracasso no controle de uma economia totalmente planejada e quarenta anos de guerra fria, o socialismo tomba, ferido de morte. É a vitória do capitalismo. A queda do muro de Berlim, em 1989, e a desintegração do Estado soviético, em 91 representaram, simbolicamente, o término da economia planejada de todos os países satélites ligados a Moscou, exceção de Cuba e da Coréia do Norte.

O século XXI abre as suas portas com a total hegemonia dos Estados Unidos da América, representante maior do capitalismo neoliberal e única superpotência do planeta.

Vítima do seu próprio sucesso e da conjuntura de sua época, a política do Estado empresário começa a ser questionada mais amplamente e o pensamento liberal retoma o fôlego. Com o aniquilamento quase que total do socialismo, ele

retorna, desta vez mais forte e mais penetrante, e com uma nova rotulagem: neoliberalismo.

O liberalismo como doutrina política nunca morreu. Devido ao enorme sucesso da política social-democrática, estrategicamente, permaneceu latente, restrito a alguns ciclos acadêmicos e institutos de pesquisas, esperando o momento para emergir e retornar triunfante. Assim é que, desde o início do século XX, algumas vozes sustentavam o ideário liberal. Com efeito, Ludwig Von Mises fundou a Escola austríaca neoliberal, mas foi seu discípulo, Friedrich Hayek, prêmio Nobel de Economia de 1974, com o livro “*O Caminho da Servidão*”, quem colocou as idéias do liberalismo, novamente, como uma doutrina econômica política a ser aplicada no mundo.

O livro de Hayek, que também foi o fundador da sociedade *Mont Pèlerin* (1947), com o objetivo de combater tanto o socialismo, bem como a social-democracia, critica ferozmente a intervenção estatal em qualquer nível (HOLANDA, 2002).⁷ Não poupa qualquer tipo de pensamento que defenda a participação do Estado como interventor da economia.

Foi uma reação teórica e política veemente contra o Estado intervencionista e de bem-estar. Seu texto de origem é *O Caminho da Servidão*, de Friedrich Hayek, escrito já em 1944. Trata-se de um ataque apaixonado contra qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, denunciados como uma ameaça letal à liberdade, não somente econômica, mas também política. (SADER, 1998, p.9).⁸

⁷ HOLANDA, Francisco Urribam Xavier. *Do Liberalismo ao Neoliberalismo*. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2002.

⁸ SADER, Emir. et al. *Pós-Neoliberalismo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998. p.9.

Mesmo com o sucesso da social-democracia, já na década de 60, outros economistas se preocuparam com os rumos do capitalismo e o gigantismo do Estado. Entre eles, avultam os nomes dos ganhadores do prêmio Nobel de economia: Paul Samuelson, Milton Friedman (Escola de Chicargo) e Ronald Coese. Com a crise mundial, a doutrina política do liberalismo retorna com algumas adaptações impostas pelo tempo e com mais vigor (HUNT, 1987).⁹

O neoliberalismo é considerado a última teoria econômica do século XX. É uma proposta diametralmente oposta ao socialismo e a social-democracia. Tomou corpo no mundo principalmente após a crise da social-democracia e do socialismo. Seu modelo vem sendo adotado a partir do final da década de 70. A idéia neoliberal faz uma cópia da tese individualista do liberalismo. Este fundamenta sua tese nos direitos inalienáveis do homem, isto é, na garantia e proteção daquilo que o indivíduo possui e não pode ser retirado, como a liberdade e a propriedade. Já para os neoliberais os indivíduos devem assumir as conseqüências de seus atos, não podendo transferi-los à sociedade. A liberdade para o neoliberalismo está centrada no indivíduo. Em nenhum momento, busca-se a emancipação da coletividade, mas, exclusivamente, a do indivíduo.

Outra diferença é a nítida preocupação dos neoliberais em formar blocos econômicos, visando facilitar à circulação internacional de bens e capital. Na época dos liberais, a ausência das facilidades tecnológicas atuais (telecomunicações e informática), certamente, limitou este pensamento. Hoje o enfoque econômico perpassa necessariamente pelo fenômeno da globalização.

⁹ HUNT, E. K. *História do Pensamento Econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1987. cap.18.

Assim, eles buscam o retorno de um Estado mínimo. Defendem a idéia de um Estado abúlico e anêmico e preconizam a total privatização das empresas estatais. Para os neoliberais o mercado não é a esfera de livre arbítrio, ao revés, ele é regulado pela famosa lei da concorrência que é seletiva e se impõem aos indivíduos coagindo-os a se submeterem à lógica da produtividade. Na ideologia neoliberal, praticamente não existe preocupação com as questões sociais, para eles a maior fonte de motivação humana é a desigualdade sócio-econômica.

Por fim, eles advogam a eliminação de todas as formas de intervenção do Estado, menos daquelas que garantem o direito de propriedade e a defesa nacional.

2.2.1 O Neoliberalismo e as privatizações

Com a crise do Estado provedor, as idéias liberais saem definitivamente das Universidades e vão para as ruas como proposta política. Em seguida, líderes partidários, alinhados com o receituário neoliberal, assumem o poder em importantes nações do globo terrestre. A primeira vitória foi na Inglaterra, em 1979, com Margaret Thatcher. Depois vieram Ronald Regan, nos EUA, em 1980, e Helmut Kohl, derrotando a social-democracia, na Alemanha. Em 1982, Schluter, em uma coalizão de direita, assume o poder na Dinamarca. Em verdade, a primeira grande experiência desta plataforma econômica deu-se em 1973, na ditadura chilena do General Augusto Pinochet.

Com mais ou menos intensidade, os governos do mundo todo sofreram influência da nova doutrina econômica. Foi assim nos governos socialistas de Mitterrand, na França; de Gonzalez, na Espanha; de Soares, em Portugal, e de Craxi,

na Itália. Embora tenha influenciado governos de diversas ideologias, é certo que foi na Inglaterra e na longínqua Nova Zelândia onde foi aplicado mais amplamente e de um modo mais puro.

A América Latina não ficou imune aos novos ventos de mudanças. Logo, o neoliberalismo foi adotado entre nós por Salinas de Gortari, na presidência do México; Fujimori, no comando do Peru; Carlos Menem, na Argentina; e por Carlos Andres Perez, na Venezuela. No Brasil, foi eleito, em 1989, Fernando Collor de Melo, com viés ideológico nitidamente liberal. “O neoliberalismo causou menos impacto sobre a maioria dos países da Europa continental do que sobre a Grã-Bretanha, os EUA, a Austrália e a América Latina.” (GIDDENS, 2001, p.15).¹⁰

2.3 O CONSENSO DE WASHINGTON

Quase que em paralelo à eleição brasileira e dentro de um panorama extremamente propício, surge o famoso Consenso de Washington. Trata-se de um plano econômico, com algumas premissas básicas a serem adotadas pelos países emergentes, notadamente, os situados na América Latina. Gestado pelos principais órgãos financeiros internacionais Fundo Monetário Internacional (FMI), Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), tem como patrocinador o *Institute for International Economics*, chancelado pelo governo norte-americano. Foi coordenado pelo economista John Williamson. Ocorreu na cidade de Washington, em 1989, e o seu objetivo principal era analisar, avaliar e sugerir reformas econômicas a serem adotadas pelos países do Hemisfério Sul.

¹⁰ GIDDENS, Anthony. *A Terceira Via*. Rio de Janeiro: Record, 2001. p.15.

Ao final do encontro, que também tinha representantes de alguns países da América Latina, surgiram alguns vetores indicativos que seriam os pilares de sustentação do plano econômico sugerido. Na verdade tratava-se de dez premissas básicas, nitidamente neoliberais, que deveriam ser adotadas com alguns abrandamentos que variavam de país para país. Entrementes, a sua estrutura fundamental, a base conceitual ou a pedra angular de sustentação do plano ficavam inalterados e consistem, basicamente, em algumas regras que serão expostas a seguir:

1. Privatização – Indicativo que todas as empresas públicas de qualquer natureza jurídica deveriam ser privatizadas, diminuindo a participação e a intervenção do Estado na economia.

2. Liberação do comércio exterior – Redução ou eliminação das tarifas de importação, abrindo o mercado interno e globalizando a economia.

3. Disciplina fiscal – O Estado como organismo tem que dar o exemplo. Logo jamais deverá gastar mais do que arrecada. Com isto, eliminaria o déficit público, equilibrando o orçamento.

4. Reforma fiscal – É a famosa reforma tributária, cujo objetivo principal é ampliar a base de contribuição, reduzir as alíquotas e maior concentração nos impostos indiretos.

5. Liberação financeira – Consiste em afastar o Estado do setor. Liberação para que as instituições financeiras internacionais atuem no setor, sem nenhuma restrição.

6. Câmbio – Unificação das taxas de câmbio, eliminando o sistema de câmbios múltiplos e tornando a taxa de câmbio competitiva.

7. Capital externo – Abolição completa das restrições ao capital externo, extinguindo com esta medida as barreiras de investimento alienígena.

8. Gastos públicos – Direcionamento do dispêndio público nas atividades que são típicas de Estado como segurança, fiscalização e infra-estrutura.

9. Propriedade – Reforma do código civil, privilegiando o direito de propriedade, notadamente, o da parte referente à propriedade intelectual. Criação, na esfera criminal, de leis rigorosas, punitivas e desestimuladoras da prática de cópias e patentes.

10. Desregulamentação – Agilização da justiça. Otimização do processo na área do direito econômico e comercial. Reforma nas relações trabalhistas, diminuindo o ônus laboral sobre as empresas.

2.4 AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

No que tange às privatizações, o Brasil começou timidamente vendendo as empresas estatais de fertilizantes, depois as petroquímicas e siderúrgicas. Sendo que, ao final do segundo mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso, todo o sistema de telecomunicações e parte do sistema elétrico tinham passado para a iniciativa privada. Também foi vendida a Companhia Vale do Rio Doce e o monopólio de Petróleo foi flexibilizado.

Com as privatizações surge a necessidade de controlar tais empresas, pois sua característica marcante é a busca incessante do lucro. Os seus acionistas e

dirigentes não estão comprometidos com os anseios e necessidades da sociedade. Existe pouco compromisso com o bem estar da população. O que importa, no capitalismo, é a maximização do lucro. Esta faceta, bem conhecida das empresas, fica muito mais ampliada quando a matriz ou a sede do conglomerado está localizada em outro país. Portanto, é fundamental um eficiente acompanhamento das atividades das empresas por parte do Estado com o fito de evitar excessos, notadamente em um país onde grande parcela da população é analfabeta e o conceito de cidadania, infelizmente, ainda não se consolidou nas camadas economicamente inferiores da sociedade.

A política de acompanhamento, pelo Estado, das atividades econômicas das empresas ocorre, simultaneamente ou não, em dois pólos distintos. O primeiro ocorre pelo controle jurídico, com a edição de leis antitrustes que desestimulam o comportamento anticompetitivo, obstrui as grandes fusões quando forma monopólios e evita a formação de cartéis. Todas as práticas citadas são extremamente nocivas à sociedade e, no caso brasileiro, quem atua nessa seara, como órgão de controle, é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal, criada pela Lei nº 4.137/62, ligada administrativamente ao Ministério da Fazenda.

A segunda maneira como o Estado participa da economia de mercado é concebendo uma política de regulação de serviços públicos. Neste caso, o objetivo é buscar o aprimoramento da qualidade dos serviços, evitar os abusos na cobrança dos preços públicos, bem como estimular a incorporação e a difusão de novas tecnologias.

Seja qual for a política adotada pelo Estado, o objetivo final é a busca incessante pela eficiência, a completa erradicação dos abusos e assegurar o bem estar social da maioria da população.

Destarte, embora o Estado não represente mais o papel de prestador direto do serviço público, ele tem a obrigação de acompanhar a execução desses serviços que são prestados a toda comunidade. Estamos diante de um Estado que descentralizou os serviços públicos, transferiu a incumbência destes para os particulares, mas devido à relevância dos mesmos, jamais poderá perder a titularidade do serviço. Portanto, o poder público não se coloca mais na posição de atuante direto do desenvolvimento de seus recursos, mas como um coordenador destas atividades. Em síntese, suas atribuições passaram a ser de coordenação, fiscalização, normatização, intervenção e regulação.

Outra questão de importância vital para o bom funcionamento da economia de um país são os monopólios naturais. Na verdade, tratam-se de segmentos da economia, que por suas peculiaridades, requerem altíssimo investimento e já existe uma empresa (monopolista) operando com baixos custos.

Assim, nos setores onde existe o monopólio natural, não há estímulo à concorrência, em face da dificuldade de uma segunda empresa entrar no mercado, oferecendo o produto a preço concorrencial. Portanto, a situação encontrada no monopólio natural é aquela onde apenas uma companhia provê o mercado a um custo bem menor do que se houver qualquer tipo de concorrência. “Indústria na qual as economias de mercado são tão grandes que o nível eficiente de produção de

uma única empresa satisfaz a demanda de todo um mercado.” (PINDYCK; RUBINFELD, 1999, p.759).¹¹

Serviços públicos como eletricidade e gás natural são exemplos de monopólio natural. Logo, é dever do Estado, quando não for titular direto do serviço, regular estes setores que são estratégicos para qualquer país.

Foi, neste sentido, valendo-se das experiências inglesa e norte-americana, que o Brasil criou as Agências Reguladoras. Com o objetivo de cumprir as novas tarefas, devido às grandes mudanças estruturais impostas pelas privatizações e pelas desregulamentações, as referidas Agências foram instituídas no ordenamento jurídico pátrio.

Na medida em que os serviços públicos passam a ser executados pelas empresas, através do processo de privatização, ao Estado é atribuída outra função, aliás, também prevista na Constituição, que no art. 174, estabelece que, ‘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.’ Como as atividades econômicas privatizadas são de grande diversidade e de especialidades bem demarcadas, o Estado cria agências também diversificadas e especializadas para o exercício das incumbências constitucionais. (FONSECA, 2003, p.259).¹²

As Agências Reguladoras, entidades de direito público, criadas por lei, são autarquias especiais, dispendo de vários poderes que serão oportunamente analisados.

Por influência do direito alienígena, principalmente do direito norte-americano, a partir de 1996 são criadas as agências setoriais de regulação, dotadas de autonomia e especialização, com natureza jurídica de autarquias com regime especial, vinculadas a uma particular concepção político-ideológica, que visa impedir influências

¹¹ PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 4. ed. São Paulo: Makron Books, 1999. p.759.

¹² FONSECA, 2003. p.259.

políticas sobre a regulação e disciplinas de certas atividades administrativas. (GROTTI, 2003, p.156).¹³

Como corolário, temos que as agências reguladoras são instituições criadas com o firme propósito de estabelecer regras, fiscalizar, disciplinar e intervir, quando necessário, na relação entre consumidores, governo e empresas. Sua meta não é somente garantir o fornecimento dos serviços e dos produtos, mas que eles devam ser praticados em níveis de preços e qualidade adequados à remuneração dos custos das empresas e em perfeita concordância com as necessidades dos consumidores. As agências reguladoras são, sobretudo, instrumentos de segurança da economia e, para tanto, é imprescindível que sua atuação apresente-se na mais pura e nítida transparência e imparcialidade.

Portanto, com a mudança estrutural da formatação da prestação de serviço público no país, o Brasil passa a ter novos e diferentes desafios. Em um novo cenário, onde temos figuras como privatização, desregulamentação, quebra de monopólio (inclusive, os naturais) e estímulo à concorrência, as agências reguladoras passam a ter um papel preponderante e decisivo para o sucesso econômico da nação.

¹³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1998*. São Paulo: Malheiros, 2003. p.156.

3 A REFORMA DO ESTADO

As primeiras formas de organização humana, apareceram a cerca de dez mil anos. Primeiro houve a formação de bandos desorganizados que com as transformações ambientais levaram a sedentarização para depois formarem as tribos e vilarejos. Mais tarde, com o aumento populacional, estas organizações socio-econômicas deram lugar as cidades-estados, unidades autônomas que se autogovernavam e se autosustentavam.

Já no quarto milênio anterior ao nascimento de Jesus Cristo o homem, já vivendo em grupos, começou a se estabelecer basicamente em dois lugares na Terra: na Mesopotâmia (terra entre rios), atual Iraque entre os rios Tigres e o Eufrates, no famoso crescente fértil; e ao redor do Rio Nilo, que em suas margens durante a estação chuvosa despeja um limo fertilíssimo ideal para o cultivo. Como se pode de logo perceber são locais onde a terra é fértil, propiciando as plantações de trigo, cevada e arroz. Além, é claro, de existir um enorme manancial de água natural. Lugares indicados para surgimento e consolidação de uma nação. Um pouco mais tarde, tais fatos ocorreram também nas margens do Ganges, na atual Índia e no rio Amarelo, forjando o surgimento da China (AQUINO; FRANCO; LOPES, 1989).¹

¹ AQUINO, Rubim Santos Leão de; FRANCO, Denise A.; LOPES, Oscar G. P. C. *História das Sociedades*. 10. ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1989.

Posteriormente, surgiu a figura lendária do Faraó Menés (ou Narmer); chefe do Baixo Egito que conseguiu a façanha de unificar os dois pequenos reinos, criando, assim, o primeiro império do mundo (HART, 2001)². Diferentemente de tudo que existia até então, o Egito se tornou uma grande nação. Não nos esquecendo da enorme contribuição do rio Nilo para formação do império egípcio, sendo um dos maiores mananciais de água doce do planeta, o seu controle era de fundamental importância para a formação do país, que por sua vez necessitava de um governo central para melhor controlar, distribuir e regular o curso d'água. Com efeito, o grande historiador grego Heródoto afirmava que “o Egito era uma dádiva do Nilo”.

Sob o comando dos Faraós, sucessores de Menés, o país alcançou um desenvolvimento sem precedentes na história da humanidade. As cidades já não necessitavam ser auto-suficientes, formavam um conjunto único que se auto ajudavam. Neste caso, a soma das partes foi suplantada por um Egito fabuloso que dominou o mundo politicamente e culturalmente por mais de dois milênios.

Quando o Faraó Menés unificou todo o Egito e criou o primeiro império do mundo, conscientemente ou não, formou o que modernamente chamamos de Estado. Assim, a unificação dos dois reinos denotou um aumento significativo das atribuições reais bem como da administração pública. Esta visível complexidade levou à descentralização administrativa, possibilitando o surgimento do funcionalismo público, da burocracia e da necessidade de controle de todo o aparato estatal. Destarte, surgiram os cobradores de impostos, os magistrados, os técnicos responsáveis pela irrigação e pela agricultura etc. Estava lançada a semente formadora do Estado moderno.

² HART, Michael. *As 100 Maiores Personalidades da História*. Rio de Janeiro: Difel, 2001.

Questão tormentosa e que causa muita discussão entre os historiadores é a de determinar como e de que maneira surgiu o Estado. É certo que ele não se confunde com o nascimento da humanidade, pois a sua criação foi resultado do desenvolvimento do homem na Terra. Para uns, seu aparecimento remonta a época em que o homem saiu das cavernas e se tornou um ser sociável e gregário; para outros, ele surgiu com a sedentarização da humanidade, que possibilitou o seu aparecimento. Nesse caso, ele (o Estado) passou a existir a partir do antigo Egito quando Menés unificou os dois reinos. Outros acham que as cidades-estados gregas seriam o marco inicial, porém ainda existem outros que entendem haver o seu nascimento surgido com o império romano. Contudo, a grande maioria entende que o seu aparecimento ocorreu no início do século XVII, após o tratado de Westefália³. Foi nessa época, no alvorecer da Idade Moderna, que o Estado tomou corpo e adquiriu estrutura semelhante aos atuais. Na verdade, cada Estado que existe hoje nasceu em diferentes contextos históricos, e em um momento específico, sob múltiplas influências (internas e externas) que são singulares e nunca se repetirão.

Vernaculamente, a palavra Estado tem origem no latim *status* (estado da coisa). Os gregos chamavam de Polis, eram as cidades-estados, como Atenas, Esparta e Tebas. Os romanos de *civitas* (cidades) ou *res publica* (coisa pública). Atualmente ela é conhecida como *State* (inglês), *État* (francês), *Staat* (alemão) e no português e espanhol como Estado.

Muitas e muitas teorias sobre a origem e a formação da sociedade organizada foram formuladas ao longo dos últimos séculos. Juristas, historiadores, sociólogos, antropólogos estudaram profundamente o tema e não chegaram a uma conclusão.

³ Tratado realizado em 1620 que delimitou os territórios na antiga Europa.

Certamente mais de uma resposta pode ser dada a essa questão. É bastante plausível que o Estado tenha se originado de múltiplas formas, a depender das circunstâncias do tempo, do lugar e de muitos outros fatores. Talvez nunca se venha a saber exatamente como se deu sua formação original.

Se é difícil formular uma teoria que unifique as diversas correntes de pensamento a respeito da gênese do Estado, também se torna complicado um conceito único do mesmo. Sem dúvidas trata-se da mais completa organização social engendrada pelo homem. Quem primeiro utilizou esta acepção foi o florentino Niccolò Machiavelli em sua clássica obra “*O Príncipe*”, escrito em 1513, que consiste em um manual de sobrevivência política e ensinamentos de como chegar e manter o poder.

Contudo existem várias definições e conceitos sobre o que é o Estado e nenhuma conseguiu contentar a todos. Entretanto a definição mais aceita entre os doutos, é a formulada por Jellinek: “É a corporação de um povo, assentada em um determinado território e dotada de um poder originário de mando.” (JELLINEK apud BONAVIDES, 2001, p.62)⁴. Neste sentido é também oportuno um outro conceito: “Estado é uma associação humana (povo), radicada em uma base espacial (território), que vive sob o comando de uma autoridade (poder) não sujeita a qualquer outra (soberania).” (FERREIRA FILHO, 1997, p.45)⁵.

Com o surgimento do Estado e a sua consolidação no mundo moderno, aparece necessariamente a figura da Administração Pública. É com ela que o Estado se vale para organizar toda a sociedade. É através de sua atuação que o

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2001. p.62.

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p.45.

Estado gerencia todo o serviço público de um país. Logo, a sua finalidade maior é servir a coletividade.

A própria idéia do Estado abrange em si a existência de uma burocracia ou de um corpo de funcionários para a realização dos serviços públicos. A dinâmica do Estado se corporifica em sua realização por meio de uma burocracia funcionando para atender aos fins visados pelo Estado. (FERREIRA, 1991, p.331).⁶

A maneira com que a Administração Pública atua perpassa necessariamente pelo modelo de Estado adotado. Existe um elo de ligação muito forte entre a ideologia política aplicada por um país e a maneira como a máquina burocrática estatal atua. Esta escolha resvala no direito, notadamente no Direito Administrativo. Assim, encontramos na França um Direito Administrativo totalmente independente inclusive com um órgão máximo, o Conselho de Estado criado para julgar em última instância as causas relativas a Administração Pública; encontramos, por outro lado, nos Estados Unidos um Direito Administrativo praticamente ligado às Agências Reguladoras. O Brasil adota um sistema de jurisdição única, bem diferente – neste ponto - do francês, onde a nossa Constituição faculta a ida de todos aos tribunais reivindicar seus direitos. Aqui qualquer cidadão que se sinta lesado em seus direitos pela Administração Pública tem a faculdade de bater às portas dos pretórios e reivindicá-los via ação judicial. Muito embora a essência do nosso Direito Administrativo seja originário do francês, neste ponto eles são bastante diferentes. Portanto a sistematização do nosso Direito Administrativo não albergou o instituto da justiça administrativa independente.

É inquestionável a existência de uma relação entre os modelos de Estado e as teorias das formas de atuação da Administração Pública. O modelo de Estado adotado em um certo momento e em certo lugar guarda uma estreita relação com as funções pertinentes à respectiva

⁶ FERREIRA, Luiz Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p.331.

Administração Pública e, via de conseqüência, com o delineamento do próprio direito administrativo, cuja compostura pode retratar caráter mais autoritário ou mais flexível aos valores democráticos. Na verdade, os objetivos que o Estado se propõe perseguir condicionam as atribuições da Administração Pública e estas, por sua vez, determinam os modos de atuação e de organização por ela adotados. (GROTTI, 2003, p.62).⁷

Por óbvio que a maioria do serviço público está vinculada ao Poder Executivo, muito embora encontremos também em menor grau o exercício de suas atividades nos outros dois poderes. A preponderância do Poder Executivo na execução dos serviços públicos, requer a criação de uma plêiade de órgãos, autarquias, empresas e fundações com o objetivo de otimizar e agilizar suas responsabilidades como titular da grande maioria dos serviços. Afinal, trata-se de uma grande máquina administrativa que interfere quotidianamente na vida de milhões de pessoas. Evidentemente que a quantidade e atribuições destes entes, centralizados ou não, vão depender da política econômica adotada por cada Estado. Um Estado abúlico não irá necessitar de tantas entidades como um outro que adote um modelo social-democrata ou socialista. Conceitualmente poderemos definir Administração Pública: “É a atividade que o Estado desenvolve, através de atos concretos e executórios, para a consecução direta, ininterrupta e imediata dos interesse públicos.” (CRETELLA JÚNIOR, 1997, p.17).⁸

3.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

Com a chegada da família real portuguesa em 1808, fugindo de Napoleão, o Brasil é elevado à categoria de Reino Unido. Com esta mudança de status e com a

⁷ GROTTI, 2003. p.62.

⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.17.

permanência de toda nobreza portuguesa na cidade do Rio de Janeiro, foi necessário dotar o município de uma infra-estrutura de serviços públicos até então inexistente. Assim foram instituídos o Conselho de Estado, a Intendência Geral da Polícia, o Conselho de Fazenda, a Junta Geral do Comércio, o Banco do Brasil, a Casa da Moeda, entre tantos outros. Nascia assim a Administração Pública brasileira. Posteriormente, o país se tornava independente e promulgava sua primeira Constituição (1824), com a total preponderância do Poder Moderador sobre os outros três ramos tradicionais de poder engendrado por Montesquieu (Legislativo, Judiciário e Executivo), sendo ele exercido em toda a sua plenitude pelo Imperador (CAHPANHOLE, 1985).⁹

Portanto, o Rei não só reinava, mas governava e administrava, fazendo com que a Administração Pública brasileira fosse um mero apêndice da Casa Real. Seus funcionários, na maioria das vezes, eram ligados ao Rei ou à nobreza e não estavam comprometidos nem se sentiam responsáveis pelo bom andamento da máquina do Estado. Eram “amigos do rei” ou ligados aos senhores de terra e aos poderosos. Nessa época grassava o nepotismo, o clientelismo e a corrupção. É a Administração patrimonialista marca registrada da Administração Pública nos primeiros decênios da independência brasileira e que até hoje exerce forte influência na estrutura da administração ligada ao Estado. Em síntese, o Estado patrimonialista brasileiro teve como característica predominante a confusão entre os interesses privados e os interesses públicos, a máquina estatal era nada mais nada menos, do que uma mera extensão do poder do Rei. Com o passar do tempo, o modelo político vigente foi se desgastando e por uma conjunção de inúmeros fatores chegamos à República em 1889. Com a República a estrutura da Administração Pública não

⁹ CAHPANHOLE, Adriano. *Constituições do Brasil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1985.

mudou muito. O Brasil deixou de ser um Estado unitário, dividido em províncias, onde o Rei governava quase solitariamente com a ajuda de seus ministros e passou a ser uma Federação, um conjunto de estados-membros, praticamente uma cópia do modelo adotado nos Estados Unidos. A partir de então o poder político se fragmentou e passou a ser compartilhado entre o Presidente da República, os Governadores, Senadores, Deputados, latifundiários, coronéis, etc. A política de apadrinhamento no setor público continuou a ser adotada sem muitas restrições.

O coronelismo fora o poder real e efetivo, a despeito das normas constitucionais traçaram esquemas formais de organização nacional com teoria de divisão de poderes e tudo. A relação de forças dos coronéis elegia os governadores, os deputados e senadores. Os governadores impunham o Presidente da República. Nesse jogo, os deputados e senadores dependiam da liderança dos governadores. Tudo isto forma uma constituição material em desconsonância com o esquema normativo da Constituição então vigente e tão bem estruturada formalmente. (SILVA, 1994, p.74).¹⁰

Assim a nossa independência, bem como a República não conseguiram modificar a estrutura arcaica, viciada e anacrônica de nossa Administração Pública. Este panorama permanece praticamente inalterado até 1930 quando explode a revolução. Fruto da luta contra o poder oligárquico dominante, ela consegue colocar o seu líder civil, o gaúcho Getúlio Vargas no poder. Vitoriosa a revolução e com Getúlio na Presidência da República o país começa a se transformar. Na área social são criados o Ministério da Educação e da Saúde Pública e o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio que em muito contribuíram para melhorar as condições de vida do povo brasileiro, notadamente a da população urbana. Na área política a intervenção nos estados acaba com o poder dos governadores e atenua a influência nociva dos coronéis, donos do poder local.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p.74.

No serviço público, a exceção dos militares que possuem suas regras próprias, apenas o Itamaraty e o Banco do Brasil tinham um quadro de funcionários qualificados e um plano de carreira consolidado. Eram praticamente os únicos órgãos públicos da época que formavam seus respectivos quadros funcionais, sendo inclusive os maiores fornecedores de mão de obra com boa capacidade técnica para os ministérios carentes deste tipo de pessoal. Com efeito, após a revolução, por determinação de Vargas, no campo da Administração Pública inicia-se em 1936, a Reforma Burocrática comandada pelo embaixador Maurício Nabuco e Simões Lopes. Fortemente influenciada pelo modelo weberiano amplamente aplicado nos países desenvolvidos no século XIX e início do século XX, teve como premissas básicas a reforma de administração de pessoal com a utilização de um sistema de mérito (meritocracia), implantação e simplificação dos sistemas administrativos, administração orçamentária e padronização e racionalização na aquisição de materiais.

Baseado nas idéias de Max Weber a burocracia moderna buscava a eficiência através de várias premissas que na verdade recorriam a previsibilidade dos acontecimentos dentro de uma organização. Era uma tentativa de antecipar e controlar os fatos utilizando as seguintes características principais: presença de uma rígida hierarquia, senso de autoridade e disciplina; formalismo nas comunicações e ausência de relações pessoais; estímulo à competência técnica e profissionalização, utilizando a meritocracia e abolindo as preferências pessoais e a indicação arbitrária; atuação restrita às leis, aos regulamentos e as normas (a administração só pode fazer aquilo que a lei permite). Assim, esse modelo baseado na disciplina, no legalismo e em um rígido controle dos procedimentos visava atenuar a corrupção que estava enraizada na Administração Pública patrimonialista.

Com isso, muitos funcionários públicos foram treinados, a máquina estatal foi aperfeiçoada, sendo criado em junho de 1938, o Departamento de Serviço Público (DASP), órgão central da Administração Pública Federal encarregado de gerir os funcionários públicos, comprar materiais e realizar o orçamento da União, além de ser o responsável pela organização e métodos. Neste sentido, o DASP era considerado o grande fomentador de modernização da primeira reforma administrativa ocorrida no país.

Embora tenha obtido um relativo sucesso no Brasil, a Administração Pública burocrática não conseguiu se amoldar às mudanças das relações sociais e ao desenvolvimento do Estado brasileiro da década de 50. Tratava-se de um modelo de administração pouco flexível, determinista, propício para ambientes organizacionais estáveis em que não existiam muitas mudanças ao longo do tempo.

Além disso, não se pode esquecer que a reforma administrativa ocorreu em um período ditatorial da era Vargas o que contribuiu muito para a sua centralização e hermetismo. Com uma visão que privilegia o controle de processos ao invés de controlar os resultados e um excessivo apego ao normativismo, ela não se coadunava com um aparato estatal grande e complexo como o brasileiro. Ademais as nomeações de afilhados políticos continuaram inchando a máquina estatal. O resultado foi uma máquina administrativa gigantesca e ineficiente tendo como perfil funcionários mal remunerados, desestimulados e com baixa produtividade.

Não é surpreendente, portanto, que logo após o colapso do regime autoritário de Getúlio Vargas os fatores patrimonialistas ou clientelistas tenham novamente se feito sentir de forma poderosa. Vargas foi deposto em outubro de 1945, fazendo com que faltasse à reforma burocrática o respaldo que o regime autoritário lhe conferia. (PERREIRA, 1998, p. 166).¹¹

¹¹ PERREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma do Estado para a Cidadania*. São Paulo: Ed.34, 1998. p.166.

Com a redemocratização do país outras medidas pontuais foram tomadas no sentido de otimizar o funcionamento da Administração. Em 1956, no governo Juscelino Kubtschek, foram criadas a Comissão de Estudos e Projetos Administrativos (CEPA) e a Comissão de Simplificação Burocrática (COSB). Já no início da década de 60, o Presidente João Goulart criou o Ministério Extraordinário para a Reforma Administrativa. O golpe militar não sepultou as idéias de uma ampla Reforma Administrativa, ao revés, aproveitou o projeto que estava em andamento no Congresso Nacional e com algumas modificações sugeridas pela Comissão Especial de Estudos da Reforma Administrativa (COMESTRA), presidida por Roberto Campos, contando com ativa participação de Hélio Beltrão e aproveitando-se do fato de estar em um regime autoritário aprovou, em 1967, através do Decreto-lei de nº 200, uma ampla mudança no aparato estatal brasileiro que ficou conhecida como Reforma Desenvolvimentista. Diferentemente da patrocinada por Vargas, na década de trinta, esta possuía um viés nitidamente descentralizante.

Assim, o novo modelo de administração estava voltado fundamentalmente para a expansão do Estado na economia. A palavra de ordem do novo arcabouço organizacional era autonomia. Neste sentido, o crescimento da administração indireta foi muito grande. Várias empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações de direito privado e autarquias foram criadas. Os funcionários eram contratados em regime celetista como na iniciativa privada e na maioria das vezes sem a necessidade de concurso público. Recebiam um maior salário e possuíam melhor capacidade técnica. Na verdade era o Estado utilizando as flexibilidades do Direito do Trabalho, do Direito Civil e do Direito Comercial em detrimento do Direito Administrativo, normalmente menos flexível e mais exigente com o trato da coisa pública. Com isso, o Estado promovia a descentralização longe das amarras do

Direito Público e adentrava com muito vigor no Direito Privado onde o aforismo de que o contrato é a lei entre as partes é mais acatado. Uma das conseqüências mais visíveis da reforma foi o surgimento de uma clara divisão entre os funcionários públicos. Os mais qualificados e de melhor remuneração trabalhavam nas empresas descentralizadas; e os menos qualificados e com baixos salários, alocados nas repartições centrais dos ministérios.

A redemocratização do país trouxe a necessidade de uma nova Constituição, uma nova ordem que contemplasse uma sociedade mais aberta sem as amarras e os grilhões do autoritarismo. Acentuadamente analítica a Constituição de 1988, a “Constituição Cidadã” do Deputado Ulisses Guimarães, trouxe grande avanços, mas também trouxe muitos problemas que emperraram o desenvolvimento da nação. Neste diapasão nossa Carta Magna reservou no Título III, Da Organização do Estado, um capítulo específico para a Administração Pública. Infelizmente no seu arcabouço ela foi muito minuciosa, homogênea e centralizante, gerando vários encargos para o Estado e tornando a máquina estatal menos flexível e mais rígida.

Destarte, ela criou um Regime Jurídico Único para todos os funcionários públicos tanto da administração direta como da indireta, dando uma estabilidade de emprego indesejável nas empresas paraestatais. Como é cediço, elas pertencem ao Estado, mas sua natureza jurídica é de direito privado já que a intenção, nestes casos, é termos um organismo descentralizado, mais flexível e que tenha capacidade de competir no mercado com a iniciativa privada. Embora sua gênese seja estatal e suas atribuições correspondam à prestação de serviços públicos, é fundamental sua agilidade e eficiência. Logo, a concessão de estabilidade a seus funcionários e a dificuldade em demiti-los ou contratá-los, emperra o seu melhor funcionamento.

Outras modificações realizadas pela Constituição, que contribuíram para tornar nossa administração mais atrasada, em face aos acontecimentos do mundo moderno foram: o estabelecimento de privilégios como aposentadoria com salário integral e isonomia de vencimentos, inchando o já falido sistema previdenciário e aumentando o déficit público; restrição da autonomia das autarquias e fundações públicas aumentando o controle burocrático sobre as mesmas; unificação do processo licitatório para compras, desrespeitando as singularidades de vários organismos e a exigência de concursos públicos para os órgãos descentralizantes, notadamente os de economia mista e empresas públicas. Enfim, a máquina estatal ficou menos eficiente e mais onerosa tornando a gestão pública bem inflexível.

Quando à Administração Pública, a Constituição caminhou na contramão de direção. Revelou tendência inegável para a burocratização, uma vez que previu regime jurídico único para todos os servidores da Administração Direta, autarquias e fundações públicas; exigiu concurso público para todas as categorias, inclusive da Administração Indireta; beneficiou com a estabilidade um número muito elevado de servidores não concursados (art. 19 do ADCT); tratou de forma semelhante as entidades da Administração direta e Indireta, sem ter o cuidado de distinguir as de direito público das de direito privado e sem distingui-las também em função do tipo de atividade que exercem (serviço público ou atividade econômica). (DI PIETRO, 2002b, p. 38).¹²

3.2 A REFORMA DO APARELHO DO ESTADO BRASILEIRO

Preliminarmente, é importante diferenciar reforma do aparelho do Estado de Reforma do Estado. Este tem uma natureza muito mais ampla, significa mudar todo o sistema institucional, não apenas a parte de pessoal bem como os outros setores estratégicos de todo o Estado. Já o primeiro tem uma conotação bem mais restrita. Refere-se a uma mudança para melhorar a ação de governo, otimizar sua

¹² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002b. p.38.

capacidade de administrar, agilizar a máquina estatal e torná-la mais eficiente. Em resumo, aperfeiçoar sua governança.

O fracasso do plano cruzado e a hiperinflação no final do governo José Sarney, colocaram a população e os políticos em estado de alerta. Algo tinha que ser mudado e a primeira eleição direta presidencial, após o período revolucionário, lamentavelmente não escolheu a pessoa talhada para este enorme desafio.

Mesmo assim, o primeiro grande passo no sentido de modificar e modernizar a emperrada máquina estatal aconteceu no desventurado governo do Presidente Fernando Collor, através do Programa Nacional de Desestatização, viabilizado pela Medida Provisória nº 155/90, posteriormente transformada na lei nº 8.031/90. Os fatos que se seguiram, naquele governo, não permitiram a implementação do projeto.

Alicerçado no sucesso do Plano Real que conseguiu debelar a inflação, o então Ministro da Fazenda, Fernando Henrique Cardoso, chega à Presidência da República, em 1994. O Estado encontrava-se, então esfacelado e em profunda crise: administrativa, previdenciária, orçamentária e em relação com a própria sociedade. Completamente desconectado com o vento transformador da globalização, nosso ordenamento jurídico necessitava urgentemente de uma reforma. O Estado de Bem-estar social, burocrático entrou em crise desde a década de oitenta. Faltava agilidade e eficiência à Administração Pública nacional. Infelizmente o legislador constitucional brasileiro não percebeu isso. O Estado moderno é globalizante e exige uma maior participação da sociedade civil. Os avanços da tecnologia da informação contribuíram e facilitaram para que tal fato acontecesse com maior rapidez. Assim, urgia uma mudança no complexo de normas

jurídicas brasileira no sentido de colocar o país neste novo eixo paradigmático. As modificações não se restringem somente ao arcabouço jurídico (leis, normas, regulamentos, portarias, etc.), mas também às técnicas e formas de trabalho. O objetivo final é servir bem o cidadão, para isto mister se faz melhorar a qualidade e a eficiência dos serviços prestados.

Lastreado nesta visão, o Ministério da Administração e da Reforma do Estado (MARE)¹³ lançou em 1995, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, tendo como objetivo principal dotar o Estado brasileiro de uma Administração Pública Gerencial. Filosoficamente a reforma visou descentralizar o Estado, através da promoção das privatizações das empresas estatais pertencentes à nação; descentralizações das funções de decisão, deslocando o poder para entes locais e regionais; estímulo à gestão direta dos serviços assistenciais pela própria sociedade civil (terceiro setor); desburocratização dos processos administrativos; maior participação popular na administração pública, além de melhorar a capacitação técnica dos agentes públicos. A reforma teve condão de transferir muitas das funções adstritas ao poder central para outros entes (locais, intermediários e regionais) dotados de uma maior agilidade e flexibilidade para resolver problemas locais.

O Plano Diretor da Reforma do aparelho do Estado distingue quatro áreas de atuação do Estado sendo que em relação aos quais elabora diferentes propostas:

1. Núcleo Estratégico – Corresponde ao Presidente da República e os Ministérios, aos Poderes Legislativos e Judiciário, ao Ministério Público. É o setor

¹³ O professor Luiz Carlos Bresser Pereira foi o nome escolhido para ser titular da pasta pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso e, conseqüentemente, como o coordenador do Plano de Reforma do Estado.

onde são planejadas, formuladas, avaliadas e cobradas as leis e as políticas públicas.

2. Setor de Atividade Exclusivas do Estado – É o setor onde a prestação de serviços é de inteira responsabilidade do Estado. Somente ele com seu poder de império pode prestar. Como exemplos temos a cobrança de impostos, a emissão de passaporte, o serviço de controle de tráfego de veículo (trânsito). Em síntese é o Poder Regulamentar, a fiscalização, o fomento. As Agências Reguladoras devido as suas características estão enquadradas neste setor.

3. Setor de Serviços não Exclusivos do Estado – Aqui há uma simultaneidade de atuação do Estado com os entes privados, outras organizações não estatais como as Organizações Não Governamentais (ONG's), as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP's) e as Organizações Sociais (OS's). Atuam mormente nos museus, hospitais, cooperativas, universidades, centro de pesquisa.

4. Setor de Produção de Bens e Serviços para o Mercado – São as áreas de atuação das empresas. São atividades econômicas voltadas para o mercado. O intuito é a busca do lucro. É o setor de infra-estrutura onde houve as privatizações e o Estado necessita regular e fiscalizar para evitar abusos.

Neste sentido, dez anos após sua promulgação, a Constituição brasileira passou por uma profunda reformulação através da Emenda Constitucional nº 19/98. A estratégia e os princípios norteadores desta mudança foram: desburocratização,

descentralização, transparência, *accountability* (contabilizar)¹⁴, ética, profissionalismo, competitividade, enfoque no cidadão e eficiência.

No caso do princípio da descentralização o Brasil implementou um grande programa de ação que teve como resultado a venda de várias empresas nos setores de fertilizantes, aço, trens, aviões, energia, telecomunicação e minério. Também o monopólio do petróleo foi flexibilizado possibilitando a concorrência neste setor que era extremamente fechado para a iniciativa privada. Com o objetivo de fiscalizar e regular a participação do empresariado em alguns ramos essenciais e estratégicos para o país foram criadas algumas Agências Reguladoras como ANP, ANATEL e ANEEL.

Outra enfoque da maneira de descentralizar que foi utilizada pelo Estado brasileiro foi colocar a sociedade organizada como co-responsável da administração pública. Assim, surgiram os projetos de parceria com empresas privadas e sobretudo com entidades sem fins lucrativos tais como cooperativas e associações filantrópicas. Temos ainda a organização de conselhos comunitários de usuários de serviços públicos e de elaboração de orçamento. É a participação crescente da sociedade nas decisões locais. É a participação do cidadão numa integração mais ampla entre Estado, sociedade e indivíduo.

Adotando estas mudanças a reforma atinge vários pontos deficientes e carentes no Brasil, como diminuir o “déficit público”, ampliar a eficiência dos serviços públicos, alargar a participação do cidadão e auxiliar às camadas mais necessitadas da sociedade.

¹⁴ Na verdade, este conceito é muito mais amplo e engloba, inclusive, o de controle externo efetuado por parte dos organismos internacionais.

Dessa maneira, o objetivo da reforma é de melhorar a atuação do Estado perante a comunidade. Na verdade a Administração Pública é forçada a mudar, uma vez que a sociedade mudou e mudou devido ao avanço da tecnologia da informação e das telecomunicações que levaram o mundo a um processo globalizante. O planeta efetivamente se transformou em uma autêntica aldeia global. Ademais, não é apropriado reger um país num contexto de um mundo em evolução, global, eclético, tecnológico e com forte participação da sociedade organizada, através de um modelo burocrático e centralizante. O mundo moderno com múltiplas variáveis complexas requer uma administração descentralizante, ágil, flexível, germinativa, atomizada e multifacetária.

4 ESTUDO JURÍDICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A responsabilidade pela criação do vernáculo autarquia é atribuída ao famoso jurista italiano, Santi Romano, que em 1897, a utilizou para diferenciar da palavra autonomia. Derivada das palavras gregas *autós* (próprio) e *arquia* (governo) significa “poder próprio” ou “auto governo”. Entre nós, por nítida influência do direito italiano, elas só começaram a surgir nas décadas de 20 e 30 do século passado, embora alguns publicistas pátrios considerem a Caixa Econômica, fundada em 1861, ainda no governo monárquico, a primeira autarquia brasileira. A referência bibliográfica mais antiga a respeito do assunto data de 1935, de autoria de Tito Prates da Fonseca (MEDAUAR, 1999).¹

O Decreto-Lei 200/67 impõe a necessidade de uma lei exclusiva para o surgimento das autarquias bem como nossa Constituição determina, no capítulo pertinente à Administração Pública, a obrigatoriedade de uma lei específica para criação de um ente de natureza autárquica (Art. 37, XIX). É de se observar que qualquer pessoa de direito público somente poderá ter sua origem estabelecida por lei, e só pelo mesmo veículo (lei) poderá ser retirada do mundo jurídico. Logo, não poderia ser diferente com as autarquias.

¹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Não existem, do ponto de vista conceitual, muitas divergências por parte da doutrina pátria, a respeito do tema. O professor Celso Antônio Bandeira de Melo sinteticamente explicita sua definição sobre tais entes jurídicos: “pessoas jurídicas de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa.” (MELLO, 1999, p.102).² No mesmo sentido, mas de uma maneira prolixa e abrangente, é o conceito da Doutora Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “pessoa jurídica de Direito Público, criada por lei, com capacidade de auto-administração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei.” (DI PIETRO, 2002a, p.368).³

Finalmente o art. 5º, I do Decreto-Lei nº 200/67, nos dá a seguinte definição: “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita própria para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.”

Com efeito, as autarquias não agem por nenhuma delegação do poder central, atuam em seu próprio nome, com o status de autoridade jurídica e dentro dos limites ditados pela lei que lhes deu vida. Ela é um braço da Administração Pública que resolveu, por algum motivo, descentralizar algumas de suas atribuições com o objetivo de melhor servir à população. Nesse sentido, elas estão direcionadas para prestarem serviços públicos de responsabilidade do Estado, notadamente onde a agilização, organização, autonomia, gestão e pessoal especializado são essenciais para a consecução de seus fins.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.102.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002a. p.368.

O regime jurídico das autarquias são de direito público interno e por terem esta característica têm capacidade administrativa e gozam dos mesmos privilégios que qualquer ente da administração pública. Por óbvio, que possuem ou sofrem, também, os mesmos tipos de controles. Assim, é que seu patrimônio é formado, via processo legislativo ordinário, através de transferência de bens estatais (federal, estadual ou municipal) pertencentes à entidade que a criou. Seus dirigentes são normalmente nomeados pelos respectivos Chefes dos Poderes Executivos ou pelo o que a lei instituidora indicar (Ministros ou Secretários). Seu controle é efetuado internamente pelo próprio Poder Executivo e externamente pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas. O ingresso no quadro de carreira das autarquias só se dá mediante concurso público, sendo vedado aos seus servidores acumulação de cargos (exceto os expressamente permitidos pela Constituição). Os procedimentos licitatórios estão subordinados aos ditames da lei nº 8.666/93, consoante a dicção da Carta Magna em seu art. 37, XXI.

No que diz respeito ao Poder Judiciário, as autarquias possuem os mesmos privilégios concedidos à Administração Pública, quais sejam: processo especial de execução, impenhorabilidade de seus bens, prazos dilatados e duplo grau de jurisdição. A imunidade tributária relativa aos impostos sobre o patrimônio, rendas e serviços, insculpida no artigo 150, VI, a, da nossa Carta Federal, alberga também as autarquias.

Os entes autárquicos respondem objetivamente em relação aos danos causados por atos praticados por seus agentes, nessa qualidade. Estando, evidentemente, assegurado o direito de regresso, nos casos onde houver alguma culpa ou dolo dos servidores, conforme o artigo 37, § 6º da Lei Maior. A prescrição

quinquenal, ou seja, o direito de ingressar em juízo contra a Fazenda Pública nos casos de taxas e impostos é de cinco anos.

É perfeitamente cabível a impetração de mandado de segurança contra as autoridades da autarquia. Elas detêm o poder outorgado pelo Estado e nesta qualidade podem exorbitar em suas atribuições e com isso coagir qualquer cidadão. Também é perfeitamente aceitável proposta de ação popular com o objetivo de anular ato lesivo ao patrimônio público ou que atente à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, cometidos pelos representantes das autarquias nesta qualidade, consoante o artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal.

Por fim, duas questões importantes no que tange às autarquias: primeiro, elas por serem de Direito Público interno, são apropriadas para exercer atividades típicas de Estado. As relacionadas com setores da economia de mercado, onde por questões estratégicas a Administração Pública seja convocada a participar, o perfil mais adequado para executar tais atribuições se encaixa melhor em outros entes descentralizados, como as empresas públicas ou de economia mista. Estas, diferentemente das autarquias, são entidades de Direito Privado. Embora pertençam ao Estado, são mais indicadas para atuarem em setores onde exista concorrência ou monopólio natural. A segunda questão está relacionada com o vocábulo autonomia. Quando empregado para caracterizar autarquia, estamos diante de um conceito eminentemente administrativo, relacionado com a capacidade de auto gestão. Diferentemente do conceito político que significa o poder de estabelecer o próprio direito, utilizado, por exemplo, para indicar o Poder Estatal.

Autarquias são entes administrativos autônomos, criados por lei específica, com responsabilidade jurídica de Direito Público interno,

patrimônio e atribuições estatais específicas. São entes autônomos, mas não são autonomias. Inconfundível é autonomia com autarquia: aquela legisla para si; esta administrar-se a si própria, segundo as leis editadas pela entidade que a criou. O conceito de autarquia é meramente administrativo; o de autonomia é precipuamente político. Daí estarem as autarquias sujeitas ao controle da entidade estatal a que pertencem, enquanto autonomias permanecem livres desse controle e só adstritas à atuação política das entidades maiores a que se vinculam, como ocorre com os Municípios brasileiros (autonomias) em relação aos Estados- Membros e à União. (MEIRELLES, 1996, p.308).⁴

4.1 AGÊNCIAS REGULADORAS

O termo Agência Reguladora não é utilizado pelo nosso legislador. Em nenhum momento em nossa legislação jurídica existe referência a estes vocábulos. Em verdade esta expressão é, efetivamente, uma cópia do direito norte-americano que utiliza muito a palavra “*agencies*” para designar suas autarquias. Nossa doutrina simplesmente traduziu para o português. A expressão, aqui no Brasil, no singular, ‘Agência’ é utilizada para designar várias entidades administrativas. Com efeito, encontramos na estrutura administrativa do país a Agência de Desenvolvimento do Nordeste (ADENE)⁵, e que é, na verdade, entidade de fomento. Encontramos ainda, a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) que é simplesmente um órgão despersonalizado. Já a Constituição, em duas oportunidades, menciona a expressão “órgão regulador”. Primeiro no artigo 21,XI, e mais adiante no artigo 177, § 2º, III, quando determina a criação de entidades públicas com o objetivo de regular os setores de telecomunicação e petróleo, respectivamente.

Etimologicamente a palavra agência tem raízes no latim *agentia* que significa direção ou condução. Embora, sem esta nomenclatura, muitos órgãos no Brasil, com

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p.308.

⁵ Em verdade trata-se da antiga Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE).

funções bastante semelhantes, já existiam antes da avalanche de entidades com o nome de Agência Reguladora surgirem, devido ao processo de privatização iniciado na década de noventa do século passado. Com efeito, temos a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), o Conselho Monetário Nacional (CMN) e o Banco Central (BANCEN), dentre outros. É de se ressaltar que nenhum deles foi criado com a mesma amplidão de poderes e independência em relação ao Executivo. Em verdade estas entidades já existiam desde o início do século passado. Assim, em um rápido passeio pela nossa história jurídica, encontramos: o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), o Instituto do Açúcar e do Alcool (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Pinho (1941) e o Instituto Nacional do Sal (1940), entre outros (DI PIETRO, 2002a).⁶ Até aqui na Bahia, encontramos o Instituto de Cacau da Bahia (ICB), fundado por Inácio Tosta Filho, em 1931 (BARBOSA, 1977)⁷.

É importante destacar, por isso, que a criação de entidades denominadas agências, na segunda metade da década de 90, não significou consagrar inovações absolutamente originais ou totalmente desconhecidas no universo legislativo brasileiro. Ao contrário, muitas dessas características eram praticadas no Direito brasileiro anterior, ainda que tal se fizesse por entidades não qualificadas normalmente como agências. (JUSTEN FILHO, 2002, p.329).⁸

Em verdade, as Agências Reguladoras que foram criadas em consequência das privatizações promovidas pelo Estado brasileiro⁹ tiveram o status, de autarquia

⁶ DI PIETRO, 2002a. p.402.

⁷ BARBOSA, Carlos Roberto. *Ilhéus*. Salvador: Empresa Gráfica da Bahia, 1977. p.78.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p.329.

⁹ Também foram criadas algumas Agências por motivos diversos aos das privatizações como a ANS, ANVISA e a ANCINE.

especial, concedido através das leis que lhes deram vida. Assim, nos artigos iniciais, das leis instituidoras das Agências, normalmente encontramos as citadas qualificações:

1. Artigo 1º, da lei nº 9427/1996, “É instituída a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, **autarquia sob regime especial**, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com sede e foro no Distrito Federal e prazo de duração indeterminado.”

2. Artigo 8º, da lei nº 9472/1997, “Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime **autárquico especial** e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador de telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.”

3. Artigo 7º, da lei nº 9478/1997, “Fica instituída a Agência Nacional de Petróleo - ANP, entidade integrante da Administração Federal indireta, submetida ao regime **autárquico especial**, como órgão regulador da indústria de petróleo, vinculado ao Ministério de Minas e Energia.”

4. Artigo 3º, da lei nº 9.984/2000, “Fica criada a Agência Nacional de Águas – ANA, **autarquia sob regime especial**, com autonomia financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente.”

5. Artigo 21, lei nº 10.233/2001, “Ficam instituídas a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, entidades integrantes da Administração Federal indireta, submetidas ao regime **autárquico especial** e vinculadas ao Ministério dos Transportes, nos termos desta lei.”

As outras Agências, com pequenas diferenças na redação seguem no mesmo caminho. É de se observar que todas são autarquias de regime especial, por expressa determinação do legislador. Foi ele, ao seu talante, que entendeu, analisando sempre sobre a ótica do interesse público, que elas possuíssem esta configuração jurídica.

A deferência em denominar as referidas Agências com o adjetivo especial não é nenhuma novidade em nosso ordenamento. Destarte, esta diferenciação ou qualificação surgiu inicialmente para distinguir ou diferenciar as Universidades públicas e lhes atribuir maior autonomia. Assim, devido a este fato, elas podem realizar eleições diretas para a escolha do Reitor (a nomeação é realizada pelo chefe do Poder Executivo, adstrito a uma lista de três nomes que são retirados de um rol dos mais votados pela comunidade acadêmica em uma eleição direta), além de terem uma maior independência administrativa e financeira.

É importante ressaltar que a simples designação de autarquia especial não quer dizer muita coisa. O importante é o que diz a lei criadora de tal entidade. É ela que vai determinar o grau de independência das autarquias especiais. De nada vale o nome, se a própria lei instituidora, em seu bojo, nos seus delineamentos, não conferir esta independência. É necessário, para que exista efetivamente autonomia, que as prerrogativas de tal atribuição sejam asseguradas em lei. Não basta apenas o rótulo de autarquia especial, é indispensável uma concreta formulação estabelecida através da lei no momento da fundação das Agências. Caso isto não aconteça, estaremos diante de uma entidade com apenas autonomia formal. As Agências Reguladoras para desempenhar com precisão seu papel dentro da sociedade, necessitam, além da formalização a materialização de suas amplas atribuições. E esta chancela só quem lhe pode atribuir é o legislador, através da lei.

O que deve ser frisado é que não há maior grau de autonomia que advenha pura e simplesmente da mera expressão 'autarquia de regime especial', mas sim do regime jurídico objetivamente dado pela lei instituidora da entidade, até porque existem muitas autarquias nominalmente 'de regime especial' cuja autonomia nada tem de especial em relação as demais autarquias. (ARAGÃO, 2002, p.273).¹⁰

No caso brasileiro, respeitando as peculiaridades de cada ente, todas as Agências Reguladoras criadas até então, são formal e materialmente autarquias especiais. Sendo que o nível de independência por elas conquistados, através da lei, foram os de maior nível quando comparado às outras da mesma natureza jurídica. Esta amplidão de poderes é facilmente explicado, já que agora, uma grande fatia dos serviços públicos são realizados por particulares e não mais diretamente pelo Estado. Destarte, o nível de fiscalização doravante tem que ser muito maior. Assim, o Estado tem que ser mais ágil, mais eficiente e dinâmico. Logo, é necessário dotar os entes que detém a função fiscalizadora, orientadora e normatizadora de maiores poderes e autonomia.

Portanto, no ato de criação e no disciplinamento das funções das Agências o legislador não foi parcimonioso. Na verdade ele dotou todas elas com amplíssimos poderes. Com efeito, encontramos no bojo das leis que fundaram tais entes, as seguintes características: uma grande autonomia das mesmas em relação ao Executivo; estabilidade de seus dirigentes; definitividade, no âmbito administrativo, de suas decisões; receitas próprias; ausência de subordinação hierárquica em relação ao ministério ao qual elas estarão vinculadas, e poderes normativos. Todas estes atributos serão analisados, sendo que o último, por ser o mais polêmico e o que causa maior resistência por parte de setores da doutrina especializada, terá um capítulo específico. Na verdade este ponto, por balançar alguns paradigmas do

¹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agência Reguladora*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.273.

Estado Democrático de Direito (separação de poderes e princípio da legalidade), é de longe o que merece maior atenção. Finalmente, é bom lembrar, que estamos diante de autarquias especiais de direito público, por isso mesmo sujeitas a vários tipos de controles, mas gozando de inúmeros privilégios que também serão objeto de detidos comentários.

Tendo em vista esse elenco de funções das agências, é possível chegar às seguintes conclusões primárias quanto à sua natureza jurídica:

1. são entes reguladores, ou seja, atribui-se-lhes uma gama de competências que tornam as agências aptas a definir o regime legal específico de determinado feixe de atividades. Tal se dá de forma imediata (através da positivação de regras) e mediata (através da aplicação executiva de regras preexistentes);
2. são entes que promovem e firmam as contratações administrativas pertinentes à sua atividade. Ou seja, detêm competência administrativa para outorgar (mediante licitações e contratos) o exercício de atividades (serviços públicos) a terceiros;
3. são entes fiscalizadores, no sentido de que controlam o cumprimento dos contratos administrativos e a execução dos serviços cuja execução foi outorgada a terceiros ou de atividades econômicas em sentido estrito;
4. são entes com competência sancionatória, pois podem punir, aplicando sanções àqueles que descumprirem as normas vinculadas aos serviços ou atividades econômicas;
5. são entes que mantêm contacto direto com o usuário dos serviços (ou atividade econômica) a eles vinculados, exercendo do papel de ouvidor de reclamações e denúncias, proporcionando a arbitragem de conflitos, bem como possibilitando a participação dos usuários ou consumidores a audiências públicas.
6. Em suma: são pessoas jurídicas de Direito Público, com estrutura formal autárquica e competência para regulamentar, contratar, fiscalizar, aplicar sanções e atender aos reclamos dos usuários/consumidores de determinado serviço público ou atividade econômica. (CUÉLLAR, 2001, p.81).¹¹

4.2 PRIVILÉGIOS

De início, é bom registrar, que os privilégios já especificados para as autarquias, são, evidentemente, extensivos às suas congêneres, Agências

¹¹ CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p.81.

Reguladoras. Assim, todos as vantagens que são inerentes às primeiras, são também concedidos aos organismos reguladores. Na verdade, tal constatação é bastante óbvia, já que ambas têm natureza jurídica de direito público e são autarquias. Entretanto, o inverso não é verdadeiro, sendo que as especiais detêm mais algumas prerrogativas não alcançadas pelas outras. Portanto, nas relações jurídicas (processuais, tributárias, comerciais, administrativas etc.) o posicionamento das Agências sempre terá o status da postestatividade, do Poder de Império do Estado.

As manifestações das Agências Reguladoras se corporificam no mundo jurídico através da emissão de atos administrativos. A ilustre professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro assim o conceitua: “é a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância na lei, sob regime jurídico de direito público e sujeito a controle do Poder Judiciário.” (DI PIETRO, 2002a, p.188).¹² Como as entidades ora em análise fazem parte ainda de uma forma descentralizada e autônoma, da estrutura do Estado, a maneira de agir tem que estar em consonância com as regras do Direito Administrativo. Assim, todos os seus atos têm, necessariamente, de ser motivados e de estarem na forma escrita; devem ter a presunção de legitimidade (conformidade com a lei) e de veracidade (os fatos alegados devem ser verdadeiros); são imperativos (se impõem, por si sós, sem necessitar da anuência do particular) e são auto-executórios (não existe a necessidade de intervenção por parte do Poder Judiciário para serem executados pela Administração) (MEIRELLES, 2002, p.144).¹³ Como corolário, temos órgãos com uma ampla autonomia administrativa, já que são dotados de personalidade jurídica própria e de direito público interno, e por conta deste fato, podem

¹² DI PIETRO, 2002. p.188.

¹³ MEIRELLES, 2002. p.144.

administrar, contratar, contrair obrigações em seu nome, tudo dentro dos limites da lei.

O legislador não criou as Agências por acaso, elas, evidentemente, possuem uma finalidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Suas atribuições são especificadas nas respectivas leis instituidoras, mas de um modo geral são representantes do poder concedente, em síntese, o próprio Estado. Elas foram criadas para ser representantes do Poder Público. Atuarem como entidades responsáveis pelo Estado regulador, notadamente naqueles serviços públicos que, após as privatizações, foram entregues a particulares para administrar. Com efeito, suas atribuições abrangem quatro pontos fundamentais, quais sejam: regular, fiscalizar, normatizar e controlar. Contudo existem outras finalidades a serem desempenhadas, como o incentivo à competitividade, o fomento ao desenvolvimento tecnológico, a busca incessante da eficiência dos serviços, o arbitramento dos conflitos e a universalização dos serviços.

Para conseguir desempenhar seu mister, fazem-se necessários algumas condições como: independência em relação ao poder público e ao particular responsável pela execução dos serviços públicos; autonomia orçamentária, financeira, técnica e administrativa. Neste mesmo sentido é o pensamento do professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

- 1º - independência política dos gestores, investidos de mandatos e com estabilidade nos cargos durante um termo fixo;
- 2º - independência técnica decisional, predominando as motivações apolíticas para seus atos, preferentemente sem recursos hierárquicos impróprios;
- 3º - independência normativa, necessária para o exercício de competência reguladora dos setores de atividades de interesse público a seu cargo; e
- 4º - independência gerencial orçamentária e financeira ampliada, inclusive com atribuição legal de fonte de recursos próprios, como, por exemplo, as impropriamente denominadas taxas de fiscalização

das entidades privadas executoras de serviços públicos sob contrato. (MOREIRA NETO, 2001, p.148).¹⁴

Não podemos olvidar que a interpretação dada aos dois vocábulos (independência e autonomia) são colocados restritivamente, jamais serão confundidos com soberania. Já que se trata de entes autárquicos, e como tais, pertencentes ao Poder maior do Estado. Soberania é o atributo do poder dado com exclusividade aos Estados. É, na verdade, a manifestação do seu poder político no nível mais alto. Nenhum outro ente, nem mesmo os estados membros de uma Federação, possuem tal prerrogativa.

A idéia de se conceder autonomia financeira a essas entidades objetiva afastá-las das pressões do Poder Executivo. É cediço que um dos critérios mais utilizados para desestabilizar qualquer administração é, simplesmente, dificultar a liberação de recursos por parte do tesouro. Com o posicionamento adotado pelo legislador, não vai existir nenhuma dependência de liberação de proventos por parte das Agências em relação aos ministérios onde elas estão administrativamente ligadas. Estando, elas, liberadas para desenvolver seus projetos e executar suas respectivas missões, livres de qualquer contingenciamento de proventos do Poder Central. Assim, fica assegurado o repasse das verbas alocadas no orçamento anual da União, para as Agências, sem nenhuma condição ou imposição. A transferência é compulsória, não existe nenhuma contrapartida ou exigência. Como exemplo, temos o artigo 15, da Lei Geral das Telecomunicações (LGT) - lei nº 9.472/97): *“art. 15. A fixação das dotações orçamentárias da Agência na Lei de Orçamento Anual e sua programação orçamentária e financeira de execução não sofrerem limites nos seus valores para movimentação e empenho.”*

¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001. p.148.

Contudo, tal liberdade não retira as Agências da tutela da fiscalização e controle estatal, estando todas elas, evidentemente, adstritas ao que determina a Constituição Federal nos moldes dos artigos que regulam as finanças públicas (art. 163 e s/s).

Outra preocupação relevante do legislador, em relação às Agências, foi conferir-lhes alguma forma de obtenção de receitas. Portanto, além das transferências normais já consignadas na lei instituidora de cada ente, existe, ainda, a possibilidade de terem as suas próprias arrecadações. Neste sentido, o legislador estabeleceu para cada uma, as formas de obter receitas. A título de exemplo, encontramos a lei nº 10.233/2001, que cria a ANTT e a ANTAQ:

“Art,. 77. Constituem receitas da ANTT e da ANTAQ:

I – dotações que forem consignadas no Orçamento Geral da União par cada Agência, créditos especiais, transferências e repasses;

II – recursos provenientes dos instrumentos de outorgas e arrendamentos administrados pela respectiva Agência;

III – os produtos das arrecadações de taxas de fiscalização da prestação de serviços e de exploração de infra-estrutura atribuídas a cada Agência;

IV – recursos provenientes de acordos, convênios e contratos, inclusive os referentes à prestação de serviços técnicos e fornecimento de publicações, material técnico, dados e informações;

V – o produto das arrecadações da cada Agência, decorrentes da cobrança de emolumentos e multas;

VI – outras receitas, inclusive as resultantes de aluguel ou alienação de bens, da aplicação de valores patrimoniais, de operações de crédito, de doações, legados e subvenções.”

4.3 RECURSOS HUMANOS

A lei que disciplina a respeito da gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras (nº 9.986), foi editada em 18 de julho de 2000. Por ser uma lei superveniente e específica às demais que criaram os órgãos reguladores, ela tem o condão de modificar a dicção do ordenamento que fundou todas as Agências. Em síntese, no que concerne à gestão das entidades reguladoras, o que prevalece é o que está determinado pela mesma. A gestão das Agências é colegiada. A alta cúpula que administra tais entidades é formada por diretores ou conselheiros. O ato de nomeação é complexo, já que é realizada pelo Presidente da República, depois do nome ser submetido e aprovado pelo Senado Federal. Em tese, a necessidade da Câmara Alta respaldar a indicação, representa a participação indireta da população e dos estados-membros da Federação. É obrigatório a formação universitária, bem como possuir o candidato ao cargo de direção o reconhecido saber na área onde será nomeado, além da reputação ilibada. A nova lei proíbe o exercício de outras atividades profissionais, notadamente as de direção partidária e gestão operacional de empresas (art. 2º, parágrafo único); além de instituir o que a doutrina costuma chamar de “quarentena”. De fato tal dispositivo impede, por um prazo determinado, que os ex-dirigentes, executem serviços ou assumam qualquer cargo no rol das empresas do setor onde eles atuavam como reguladores. O prazo estabelecido é de quatro meses. Nesse período o ex-diretor ficará recebendo o seu salário pela Agência onde trabalhava. O objetivo é impedir a divulgação ou estratégia adotada pelas Agências em relação ao mercado. Na verdade trata-se de

um período muito curto e que na prática não vai impedir ou coibir qualquer tipo de transgressão. O ideal seria um tempo maior para tal “quarentena”, acompanhada de uma legislação penal mais severa para quem, intencionalmente, revelasse algum segredo de Estado que prejudicasse o mercado regulado.

Outra medida implementada pelo legislador visando afastar a tutela do Poder público sobre às Agências, é a estabilidade dos seus dirigentes. Assim, em todas elas, sem exceção, seus diretores não podem ser exonerados *ad nutum* pelo Chefe do Poder Executivo. Desta forma, somente em casos de renúncia, que é um procedimento unilateral, ou nos casos de falta grave (apurada respeitando o contraditório e a ampla defesa) pode haver demissão. Os mandatos dos membros do corpo diretivo das agências são não coincidentes em relação a eles e até ao Presidente da República, governadores ou prefeitos, conforme o caso. Está mais do que claro o objetivo deste modelo: evitar pressões de quem tem a possibilidade de demitir. Com a proteção do mandato por tempo determinado, fica os membros da cúpula das Agências protegidos da nefasta e permissiva “troca de favores” ou subordinação simples e direta em relação ao Executivo. Embora, para alguns doutrinadores, a estabilidade de tais dirigentes seja inconstitucional, a medida é bem apropriada quando se quer estabelecer uma ação neutra por parte dos órgãos reguladores. A ingerência direta da Administração Pública nestes tipos de entidades além de ser muito perigosa poderá levar a uma distorção no controle setorial da economia. Se a idéia é criar uma pessoa jurídica de direito público interno com nítidas características de neutralidade, o posicionamento do legislador foi acertado. Ademais, as Universidades Públicas, que são autarquias especiais, possuem como dirigentes máximos a figura dos reitores que gozam da mesma estabilidade de mandato.

No primeiro momento os quadros de pessoal das Agências foram formados basicamente por servidores emprestados, oriundos, na maioria das vezes, do próprio quadro dos respectivos ministérios. Foi uma medida adotada em caráter emergencial, no momento do nascimento de tais entes. A lei 9.986/2000 pacificou o assunto determinando que o quadro de pessoal de tais autarquias especiais serão regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Com isto o regime é de empregado público com direito a recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), mas sem as prerrogativas da almejada estabilidade trabalhista. Destarte, os dirigentes, ao longo de todo o tempo do seu mandato, possuem tal requisito, os seus subalternos não. Fato, no mínimo curioso, uma vez eles também sofrem pressões. O ideal seria que todo o quadro de funcionários que trabalham nas Agências fosse albergado pelo Direito Administrativo, com o regime estatutário. A atual Constituição prevê no capítulo referente aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, artigo 5º, inciso LV, o direito ao contraditório e a ampla defesa. Logo, os processos administrativos ocorridos no âmbito das autarquias especiais não fogem a regra. Eles serão regidos com base na lei nº 9.784/1999, que estabelece as normas básicas para o processo administrativo. Este fato, protege o servidor público, de possíveis arbitrariedades impostas pela direção de qualquer ente regulador.

4.4 LICITAÇÃO E PATRIMÔNIO

Outra questão polêmica no âmbito da legalidade na autuação dos entes reguladores é o processo licitatório. Prescreve a Constituição em seu artigo 22, inciso XXVII, que é privativa a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação em todas as modalidades e para todos os órgãos

da Administração Pública centralizada ou não. O que vale dizer que estão incluídos, nesta relação, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as autarquias especiais. A lei que disciplina todo o processo que envolve as licitações na área pública é a de nº 8.666/93. Ela estabelece, no seu artigo 22, as modalidades de concorrência, tomada de preço, convite, concurso e leilão. Mais tarde, o próprio Poder Público federal, resolveu, através da lei nº 9.986 de 2000, unificar os procedimentos sobre a gestão de recursos humanos de todas as Agências. Neste sentido, no artigo 37, introduziu mais duas maneiras de se promover uma licitação: o pregão e a consulta. A Lei Geral de Telecomunicações (LGT) também prevê, nos artigos 55 a 58, estas duas novas modalidades de licitação. Sem nenhuma dúvida, esta norma, que disciplina toda a organização dos serviços de telecomunicação no país, além de instituir e formatar a ANATEL, com seus 216 artigos, é a mais completa e minuciosa lei, em comparação às demais que tiveram as mesmas atribuições em outros setores (energia, petróleo, transporte, saúde, água etc.). Entretanto, seu artigo 22, inciso II, é totalmente inconstitucional, na medida que confere ao Conselho Diretor da Agência a competência para aprovar normas próprias de licitação e contratação. Na verdade, conforme já comentado anteriormente, somente a União tem esta prerrogativa (art. 22, inciso XXVII da Carta Magna). Jamais um órgão regulador, ao seu nuto, pode elaborar tal regramento. Aqui, a agressão ao sistema constitucional é flagrante.

4.5 OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

As Agências, no momento de sua criação, herdaram dos respectivos ministérios onde estão ligadas administrativamente, os acervos técnicos e

patrimoniais. Por óbvio, que os bens móveis e imóveis que serão adquiridos ao longo da existência das autarquias, são patrimônio do Estado e como tais não podem ser alienados ou doados aleatoriamente. Caso qualquer entidade autárquica venha desaparecer juridicamente, todos os seus bens retornam ou são revertidos para a Administração Pública.

Fato já citado e amplamente comentado, é a obrigatoriedade do mandamento legal para instituir uma Agência. Em suma, ela só existe no mundo jurídico se uma lei lhe der vida. Fato singular em nosso ordenamento foi a maneira, aparentemente inovadora, da fundação da Agência Nacional do Cinema (ANCINE), realizada através da Medida Provisória nº 2.219/01. Contudo tal episódio não constitui nenhuma forma de agressão ao artigo 37, XIX, da Constituição que exige uma lei como forma de criação dos entes autárquicos. As Medidas Provisórias (MP's) têm força de lei, vale como se lei fosse. Assim, não analisando o mérito da exigência constitucional da relevância e da urgência, consoante o artigo 62, não existe nenhum outro vício no ato de criação da ANCINE. Finalmente, somente através de lei, pode uma autarquia ser extinta. Elas não podem desaparecer via um decreto do chefe do Poder Executivo, muito menos por um portaria ministerial. O seu desaparecimento, observando-se sempre o primado do interesse público, tem que ser motivado, depois de uma exaustiva análise da conveniência e oportunidade. Portanto, nenhuma autoridade, seja ela quem for, não pode ao seu talante, ao seu alvedrio, acabar ou fechar uma Agência Reguladora.

4.6 CLASSIFICAÇÃO

Existem inúmeras formas de classificar os entes reguladores: através da entidade federativa que lhes deu vida, teremos Agências Reguladoras federais, estaduais e municipais; se foram criadas com o respaldo constitucional como a ANATEL (art. 21, XI) e a ANP (art. 177, § 2º, III) e as legais, que se originaram via lei ordinária (ANEEL, ANS, ANTT, ANTAQ, etc.). Podemos classificá-las, quanto à especialização, em unissetorias e multissetoriais. As primeiras atuam em apenas um único setor (petróleo, transporte, energia, água etc.), as segundas, são mais amplas e trabalham em várias áreas (normalmente as entidades estaduais são criadas com esta característica, como a Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia (AGERBA). São pluralidades de setores da economia reunidos sob a tutela de uma só entidade.

Contudo, a principal classificação é a que distingue as citadas autarquias em diferentes graus de efetiva regulação. Nossa Constituição, logo no início (art. 1º), elege um dos primados fundamentais à Livre Iniciativa. Mais adiante, no Título pertinente à atividade econômica, ela delimita o espaço de atuação direta do Estado na economia. E, mais uma vez (art. 170), enfatiza a valorização da Livre Iniciativa. Logo, todo o efetivo processo de regulação estatal da economia, está, evidentemente, adstrito aos ditames da Carta Magna.

Importa deixar bem vincado que a *livre iniciativa* é expressão da liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. A Constituição, ao contemplar a *livre iniciativa*, a ela só opõe, ainda que não a exclua, a 'iniciativa do Estado'; não a privilegia, assim, bem pertinente apenas à empresa.

É que a *livre iniciativa* é um modo de expressão do trabalho e, por isso mesmo, corolária da valorização do trabalho – como observa Miguel Reale Júnior – em uma sociedade livre e pluralista.

Daí porque o art. 1º, IV do texto constitucional – de um lado – enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil o *valor*

social e não as virtualidades individuais da livre iniciativa e – do outro – o seu art. 170, *caput* coloca lado a lado *trabalho humano e livre iniciativa*, curando, contudo no sentido de que o primeiro seja valorizado. (GRAU, 2002, p.248).¹⁵

Assim, depois de analisar esses artigos (art. 170 ao art. 191), fica claro que ao particular, na maioria das vezes, está reservado o efetivo exercício da atividade econômica, cabendo ao Estado a responsabilidade pelos serviços públicos. Em verdade, a Administração Estatal só pode desempenhar atividade econômica em casos excepcionais por motivo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Por outro lado, é permitida a participação de entes privados nas áreas de serviços públicos, por delegação estatal e após um processo amplo e democrático de licitação.

Neste contexto, podemos vislumbrar duas maneiras de regulação estatal que por sua vez possibilitam a classificação de dois tipos de Agências Reguladoras. A primeira tem seu fundamento na dicção do art. 174, da Lei Maior: *“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.”* Daí é que surgem os órgãos reguladores da atividade econômica do setor privado. Suas funções são mais direcionadas, onde a fiscalização na aplicação da lei pelas entidades privadas, é o ponto de maior atenção. Como exemplo temos a ANVISA, que mesmo desfrutando de amplos poderes normativos, sua participação, dentro da sociedade, como agente fiscalizador tem maior preponderância. A segunda forma de regulação está mais ligada ao que preceitua o art. 175, da nossa Carta Federal: *“Incumbe ao poder*

¹⁵ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.248.

público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” Neste caso temos exclusivamente os serviços públicos. São atividades de responsabilidade direta do Estado ou indireta, através de concessão ou permissão, tendo sempre o respaldo legal de uma licitação. Lá a participação do particular é ampla e aberta; aqui, sua atuação é bem mais tutelada pela Administração Pública. A ANEEL é um caso clássico da forte presença regulatória do Estado nas atividades de serviço público. Tais distinções são mais de ordem didática e teórica do que prática. Em verdade todas tem amplos poderes de fiscalização, de controle e normativo, sendo que a depender do setor ou até mesmo do momento, uma das atividades é mais aplicada do que as outras. A principal diferença reside na distinção do campo de atuação. Se setores exclusivamente público ou setores onde a participação privada seja admitida diretamente.

Em que pese os organismos reguladores terem uma maior autonomia em relação a alguns outros entes da administração, não se pode olvidar que são pessoas jurídicas de direito público e como tais devem ser fiscalizadas e controladas. Seus atos, evidentemente, não podem jamais ficar acima das leis. O arbítrio, a corrupção e a incompetência podem prosperar em qualquer setor da Administração Pública. Portanto nenhum órgão está imune da vigilância de toda a sociedade, realizada através das entidades competentes para tais fins. Estas fiscalizações podem ser internas, realizados no seio da própria entidade e externas por outros órgãos e Poderes.

4.7 FORMAS DE CONTROLE

4.7.1 Controles Internos e Externos

O primeiro tipo de controle é o realizado no âmbito interno da própria autarquia através de recurso administrativo. Reza a nossa Carta Federal, no seu artigo 5º, inciso XXXIV, alínea a, “*ser a todos assegurado, independentemente de pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder.*” Portanto, a primeira forma de controlar os atos emanados das entidades reguladoras é internamente, sendo que em nível federal quem disciplina todo o processo administrativo é a lei nº 9.784, editada em 29 de janeiro de 1999. Logo, nenhuma entidade de direito público federal foge ou é exceção aos ditames da referida norma.

Na Administração inserida em sociedade e Estado caracterizados pela complexidade sócio-político-econômica e pela multiplicidade de interesses, o procedimento também é meio para que os diversos interesses aflorem antes da tomada de decisões: permite o confronto objetivo e mesmo a coexistência de interesses. Com isso propícia, ainda, o controle de indivíduos e grupos sobre a atividade administrativa. (MEDAUAR, 2003, p.225).¹⁶

O controle na Administração Pública pode ser realizado de duas formas. De ofício pela própria autoridade ou quando o agente regulado (consumidor ou o prestador de serviço público) inconformado solicita uma revisão, via procedimento administrativo. O procedimento do reexame da questão normalmente é realizado pela autoridade imediatamente superior a que tomou a decisão ou adotar medida. Em alguns casos é possível um pedido de revisão à própria autoridade que tomou a

¹⁶ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.225.

decisão. Nos casos das Agências no topo de suas administrações encontram-se os diretores ou conselheiros. São eles que decidem em última instância administrativa. Contra decisão de apenas um membro da diretoria, cabe recurso ao colegiado dos mesmos. Com a independência administrativa das Agências, não cabe recurso para o ministro da pasta onde ela está ligada administrativamente. Tal fato seria inadmissível e retiraria a total autonomia destes órgãos. O Ministro de Estado não é superior hierárquico dos dirigentes das Agências Reguladoras¹⁷. Logo, não existe a possibilidade de revisão dos atos adotados pelos mesmos no âmbito administrativo. Em síntese, as decisões colegiadas adotadas por eles, encerram o contencioso administrativo. Por óbvio, que não existe a necessidade do exaurimento das vias administrativas para se utilizar as medidas judiciais. A qualquer momento, os agentes regulados que se sentirem lesados por qualquer ato da Administração Pública pode, em qualquer etapa do processo administrativo ou até mesmo sem utilizar das prerrogativas do mesmos, demandar o Poder Judiciário. É o princípio, constitucionalmente qualificado, da ampla defesa e do contraditório. Por outro lado, as decisões adotadas em último grau, em processo regular administrativo vinculam todos os envolvidos na questão na área administrativa. Assim a coisa julgada administrativamente só poderá ser alterada através da via judicial.

Embora a falta de indicação nas leis instituidoras das Agências não tenha o condão de afastar em absoluto o controle administrativo, a maioria delas prevêem tal competência¹⁸, sendo que a ANATEL (lei nº 9.472/97, artigo 19, XXV) e a ANVISA (lei nº 9.782/99, artigo 15, VII e § 2º) são as que deram maior detalhamento e atenção ao contencioso administrativo.

¹⁷ Lamentavelmente no Brasil esta autonomia é praticamente formal. Na prática, existe uma pressão muito grande por parte dos ministérios sobre as Agências Reguladoras.

¹⁸ As exceções são: Agência Nacional de Águas (ANA) e a Agência Nacional de Petróleo(ANP).

Uma das espécies de controle externo, o Tribunal de Contas da União (TCU) é um órgão colegiado (9 ministros) criado com a função de auxiliar o Congresso Nacional na missão constitucionalmente delegada a este Poder, de realizar o controle externo nas áreas contábil, financeira, orçamentária e patrimonial da União e de todas as entidades descentralizadas, como as Agências Reguladoras. A Corte de Contas, embora esteja ligada administrativamente a um Poder Político, desempenha sua função de maneira estritamente técnica e administrativa, além de não terem, os seus pareceres, caráter jurisdicional. Por outro lado o exercício de suas funções, com relação aos entes reguladores, não alcançam as atividades de regulação. Não é cabível o questionamento por parte do Tribunal de Contas das decisões de medidas políticas adotadas pelas Agências. Ademais, tais decisões, como aumento das tarifas, não atingem diretamente o Erário.

Observe-se que esse controle versará, basicamente sobre a gestão administrativa em sentido próprio. Não caberá ao Tribunal de Contas investigar o conteúdo das decisões regulatórias emitidas pela agência. O que se deverá se verificar serão os dispêndios, licitações e contratações produzidos, os atos atinentes a pessoal e sua remuneração. Enfim, a atuação do Tribunal de Contas envolverá a fiscalização da agência reguladora enquanto autarquia federal, não como órgão titular de competência regulatórias. (JUSTEN FILHO, 2002, p.588).¹⁹

Outro organismo que detém a prerrogativa de fiscalizar as Agências Reguladoras é o Ministério Público. Podendo atuar tanto na esfera cível quanto penal. São múltiplas as suas funções e posições no ordenamento jurídico brasileiro. Ele pode funcionar como parte, como auxiliar da parte e como fiscal da lei. Sua origem remonta ao século XIV, d. C., na França onde sua função era defender os interesses do Rei, posteriormente ele passou a defender a sociedade e seus

¹⁹ JUSTEN FILHO, 2002. p.588.

valores. Modernamente considera-se o *Parquet*²⁰ como um órgão que tutela os interesses sociais indisponíveis. O Poder Constituinte reservou um capítulo individualizado para ele (art. 127 e s/s), demonstrando sua total independência, autonomia e eqüidistância de todos os três Poderes.

O Ministério Público é o fiscal de toda a sociedade, ele existe com o objetivo de tutelar o interesse público, que algumas vezes é diferente do interesse da Administração Pública. Seu mister é defender a ordem jurídica estabelecida. Portanto é legítimo a tal órgão examinar a legitimidade e a legalidade das decisões das Agências Reguladoras. Nesse sentido pode ele solicitar informações, questionar a legalidade de contratos realizados com os entes regulados e até, se for o caso, instaurar inquérito civil público.

A Constituição Federal de 1988 ampliou sobremaneira as funções do Ministério Público, transformando-o em um verdadeiro defensor da sociedade, tanto no campo penal com a titularidade exclusiva da ação penal pública quanto no campo cível como fiscal dos demais Poderes Públicos e defensor da legalidade e moralidade administrativa, inclusive com a titularidade do inquérito civil e da ação civil pública. (MORAES, 2003, p.498).²¹

Com o objetivo de cumprir bem o seu mister o legislador concebeu as Agências Reguladoras com grande autonomia. Na verdade elas são dotadas de uma grande independência perante o Poder central. Entretanto, tal característica não as exime do controle do Poder Judiciário. Ao revés, exatamente por suas peculiaridades, é extremamente importante a intervenção da justiça brasileira quando provocada. Ademais, a própria Constituição assegura enfaticamente a possibilidade da participação do Judiciário, no artigo 5º, XXXV: “*A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.*”

²⁰ Nome original do Ministério Público na língua francesa.

²¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.498.

As experiências históricas comprovam que todo e qualquer poder, quando desacompanhado de controle, degenera e acaba virando uma tirania. Logo, se qualquer entidade, pública ou não, tem sempre necessidade de um controle jurisdicional, imagine as que possuem até a prerrogativa de normatizar. Portanto é pertinente a supervisão do Poder Judiciário nos atos administrativos promanados pelas Agências. Em verdade, eles detêm o controle residual das atividades dos organismos reguladores. O que escapou da tutela das outras várias formas de fiscalização, acaba chegando ao Judiciário. Em suma, sua participação é importante e necessária, principalmente nos casos onde exista alguma sanção aos agentes regulados. Evidentemente que existem limites de controle. Não cabe ao Judiciário examinar decisões regulatórias. Estas fazem parte do Poder Discricionário inerentes as atividades das Agências. Nesse sentido elas estão muito mais aptas tecnicamente para analisar tais fatos do que o próprio Poder Judiciário, não devendo, este, adentrar nas questões de conveniência e oportunidade. Sua análise se restringe a examinar se houve alguma ilegalidade ou ofensa ao direito positivo. O controle do Poder Legislativo é bastante amplo e é realizado de várias maneiras. Em verdade temos um poder fiscalizando o outro. Em tese, temos os representantes do povo (Câmara dos Deputados) e os representantes dos Estados membros da Federação (Senado Federal) fiscalizando a atuação do Executivo. Tal procedimento é bastante salutar e perfeitamente utilizado nas democracias. Com efeito, a própria Carta Magna determina e disciplina a realização desta forma de controle. E assim sendo, tal fiscalização é atribuição obrigatória do Congresso Nacional. É tarefa compulsória do parlamento, não podendo ele se eximir deste ônus. Destarte, como são matérias de nível constitucional, não podem ser modificadas via leis complementares ou ordinárias. Somente através de uma Emenda à Constituição é

que existe a possibilidade de mudanças nesta rotina de controle. Ademais, é bastante improvável que este fato aconteça, uma vez que o parlamento certamente não terá qualquer interesse em abdicar de parcela de suas prerrogativas.

O controle exercido via Congresso Nacional se efetiva em dois planos distintos. O primeiro é o prescrito pelo artigo 52, inciso III, alínea f, da Carta Federal, onde estabelece a competência privativa do Senado Federal de aprovar, mediante voto secreto e após audiência pública, a escolha dos dirigentes das Agências. Importante a utilização do voto sigiloso como medida a evitar pressão por parte do Poder Executivo sobre os membros da Câmara Alta. Estas audiências públicas além de terem um caráter democrático, já que permitem a participação dos representantes da sociedade, servem, também, para que todos os agentes regulados possam aferir o grau de conhecimento no setor, dos postulantes aos cargos de direção das Agências Reguladoras. Uma vez aprovado o nome dos membros diretores das entidades reguladoras, pelo Senado, inexistente a possibilidade de revisão quanto ao ato de aprovação.

A outra forma de controle do Poder Legislativo sobre os órgãos reguladores estão consignadas nas competências exclusivas do Congresso Nacional, na dicção de alguns incisos do artigo 49. Assim, temos no V: *“sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.”*; no X: *“fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.”*; no XI: *“zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros poderes.”* É de observar, a vasta margem de controle dado pelo constituinte ao Poder Legislativo para acompanhar o exercício das atividades

do Executivo, tanto no nível central como também aos organismos descentralizados como os entes reguladores.

Isto posto, a competência de normatizar conferida legislativamente aos órgãos reguladores, impõe uma vigilância maior por parte do Congresso Nacional a tais entidades. O artigo 49, XI, requer um monitoramento muito mais acentuado pelos representantes do povo. Os atos administrativos com poder de inovar, expedidos pelas Agências, não podem, sobre pena de manifesta ilegalidade, contrariar o que foi estabelecido pela lei. Portanto, é função indeclinável do Congresso Nacional, suspender qualquer ato que exorbite o exercício do Poder Normativo dos citados órgãos. Aqui, não existe abertura para exame de faculdade, é um imperativo, um dever constitucional.

Como se pode observar não é tão grande como se imaginava a primeira vista, o grau de autonomia das Agências em relação ao Poder Legislativo. Sua esfera de atuação prevê a possibilidade, já no encaminhamento do projeto de criação realizada pelo Executivo, de alterar a estrutura das entidades. Tem o legislativo, poder de apresentar emendas modificando o projeto original, oriundo da Administração Pública, como ocorreu com o desmembramento da Agência de controle dos transportes. Inicialmente estava previsto a criação de apenas uma entidade, mas o Parlamento entendeu ser mais apropriado existir uma específica para controlar toda a malha terrestre (ANTT) e uma outra voltada para o transporte marítimo (ANTAQ).

Existe, também, a viabilidade da convocação dos diretores das Agências pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, com o objetivo de prestarem esclarecimentos sobre qualquer assunto relativo ao respectivo setor regulado,

consoante o artigo 50 da Constituição brasileira. Finalmente, há, ainda, em casos de necessidade, conforme o insculpido no art. 58, § 3º, da Lei Maior, a possibilidade de instauração de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (C. P. I) com o objetivo de investigar os atos praticados pelos dirigentes das Agências Reguladoras.

4.7.2 Controle Social

A participação direta da sociedade no acompanhamento, controle e fiscalização das ações de governo no que tange às políticas públicas vem tomando corpo no mundo atual. De fato, este fenômeno é resultado direto da atual estratégia de descentralização de poder onde a alocação de recursos públicos passa pelo crivo das comunidades. Elas, melhor do que ninguém, possuem condições de escolher qual a opção (entre várias) se adapta melhor as suas necessidades. Assim, o vetusto Poder Discricionário da Administração Pública, que de uma maneira autoritária, muitas vezes, fazia uma opção não muito interessante para a sociedade local, modernamente passa a ter um caráter mais democrático. A premissa que os problemas relacionados à atividade estatal devem ser solucionados o mais próximo possível da origem, facilita não só o controle social mas racionaliza a atuação governamental. Esta forma de gerir é um grande avanço na construção e solidificação de uma sociedade mais justa e democrática. É sem dúvidas uma alteração profunda nas formas de relação do Estado com o cidadão. Os recursos são escassos e as necessidades são múltiplas, logo é justo que caiba a escolha de onde eles serão aplicados a quem irá efetivamente utilizá-los e não a uma burocracia distante do centro dos acontecimentos. Assim, cabe ao Estado atual procurar diversas alternativas, valendo-se dos modernos recursos tecnológicos, para auscultar a população. É uma forma de expandir paulatinamente a consciência

social, transformado o cidadão comum, que passa de mero espectador dos acontecimentos, a um elemento dinâmico e ativo.

Neste diapasão, o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em sua tese, “*O Estado e a Integração Comunitária*”, citando o renomado publicista italiano Massimo Severo Giannini, indica dois fenômenos que devem nortear a atuação dos Estados em relação à Administração Pública neste início de século: “*a abertura do processo administrativo a qualquer portador de interesse e o desenvolvimento dos instrumentos de administração consensual.*” (GIANNINI apud MOREIRA NETO, 2001, p.199).²²

O primeiro deles já foi abordado anteriormente e o segundo é exatamente um ponto relevante que ressalta a importância do controle social. A busca pelo consenso é uma homenagem ao Estado Democrático de Direito e subordina o Estado à sociedade. De fato, além de retirar o caráter autoritário das decisões governamentais, a procura por uma decisão colegiada, muitas vezes evita a ida de uma das partes envolvidas ao Poder Judiciário por se achar prejudicada. Esta mudança de paradigma, onde se privilegia a participação da comunidade, retira o conteúdo político das decisões e valoriza a democracia.

Além de ser um instrumento de vanguarda que visa aperfeiçoar o regime democrático de participação pública, o controle social tem a vantagem, também, de fornecer, quando necessário, elementos ao Poder Judiciário no sentido de verificar a legalidade do processo. Em síntese, a oitiva dos interessados se não conseguir atingir o seu objetivo que é a busca da consensualidade, no mínimo, fornece

²² MOREIRA NETO, 2001. p.199.

subsídios para que, em última instância, a magistratura decida. É um elemento novo que facilita e informa o outro ramo do Poder.

No caso brasileiro a participação da sociedade nas decisões de governo é amplamente respaldada constitucionalmente. Já no bojo de seu primeiro artigo a nossa Constituição ressalta a cidadania como um dos seus fundamentos, sendo que no parágrafo único acrescenta: *“Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”* No art. 5º, inciso XXXIV, encontramos o respaldo legal para o direito de petição, ou seja, o direito que pertence a qualquer cidadão de chamar a atenção das autoridades públicas sobre uma questão ou situação, seja para denunciar uma lesão concreta e solicitar a reorientação da situação, seja para solicitar uma modificação do direito em vigor no sentido mais favorável à liberdade (MOREIRA NETO, 2001, p.204).²³ E no artigo 37, § 3º, indica a lei como forma de disciplinar a participação do usuário de serviço público, na Administração direta ou na indireta. Acrescenta-se a isto os princípios norteadores do Estado brasileiro como o democrático, da participação política e da cidadania.

Por seu turno, muitas leis infraconstitucionais já procuram assegurar a participação da sociedade civil nas discussões administrativas. Assim, existem previsões de controle social, na modalidade audiências públicas na lei nº 8.666/93, art. 39, *caput* que regulam as licitações. A lei de nº 9.784/99 que regula o processo administrativo prevê a possibilidade de realização de consulta pública. Em matéria ambiental, encontramos a necessidade de realizar tais audiências como requisito para aprovar o estudo de impacto ambiental no Relatório de Impacto Ambiental

²³ MOREIRA NETO, 2001. p.204.

(RIMA) consoante o art. 11, § 2º, da resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA). Também a lei atinente à outorga e prorrogações de serviços públicos (lei nº 9.074/95), em seu art. 33, permite a escolha, pelo Poder Concedente, da forma de participação dos usuários na execução da fiscalização. Existem inúmeras maneiras de permitir a participação da sociedade na Administração Pública. Indiretamente sua participação tradicionalmente se consubstancia no exercício do voto. Na escolha de seus representantes políticos e nos plebiscitos. Ativamente podemos vislumbrar exemplificativamente: a reclamação da prestação de serviços públicos; a ouvidoria; o debate público; a coleta de opinião; a co-gestão de entidades e as audiências públicas. No plano do Judiciário temos a denúncia nos tribunais; inquérito civil; defesa do consumidor, etc.

De todas as modalidades, a que avulta em importância nos casos das autarquias especiais são as audiências públicas. No caso específico das Agências, a intensa participação da sociedade tem muito maior relevo, já que as mesmas possuem poder de normatizar, sendo imperioso a participação popular na elaboração das mesmas, colaborando, deste modo, para legitimar as decisões oriundas dos entes reguladores. A cooperação direta dos agentes regulados (governo, empresas e consumidores) é necessária. Ademais, as críticas e sugestões vindas da sociedade civil (OSCIP's, ONG's, usuários, agentes econômicos, órgãos de classe, sindicatos, governo, etc.) demonstram claramente a transparência dos atos emanados pelas organismos responsáveis pela regulação. A participação do cidadão é da essência do direito regulatório. As audiências têm uma característica fundamental, enseja a participação de todos os interessados, democraticamente. Neste sentido, é de responsabilidade das Agências, toda vez que desejar emitir uma norma cogente, consultar os envolvidos e buscar o consenso. Evidentemente que

não basta apenas ouvir. O simples fato de promover a participação dos diversos setores por si só, não qualifica os atos normatizadores das Agências Reguladoras. O processo requer ainda, após os debates, as justificativas da aceitação ou não das sugestões. Em suma, terá que necessariamente motivar. As explicações da não aceitação ou da aceitação dos reclamos dos entes regulados devem, necessariamente, existir. Não podem, as Agências Reguladoras, ao seu alvedrio, sem nenhuma justificativa plausível, inovar juridicamente. Assim, as audiências públicas são parte do processo e não podem ser dispensadas. Em síntese, elas funcionam como instrumento de legitimação, sendo obrigatório o atendimento da participação para caracterizar a função regulatória. O princípio da simetria impõe, também, a necessidade das referidas audiências, na possibilidade de extinção de alguma norma.

Por sua importância e característica, as audiências públicas têm seu disciplinamento inserido na lei de criação do órgão regulador. Sem uma lei instituidora elas perdem em muito a sua legitimidade, mas isso não impede que qualquer agente econômico solicite sua realização, não podendo a Administração negar sem uma motivação densa. No plano constitucional sua existência é prevista para funcionar como elemento auxiliar das comissões do Congresso Nacional (art. 58, § 2º, II).

Em suma, o instituto da audiência pública é um processo administrativo de participação aberto a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando ao aperfeiçoamento da legitimidade das decisões da Administração Pública, criado por lei, que lhe preceitua a forma e a eficácia vinculatória, pela qual os administradores exercem o direito de expor tendência, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a decisões de maior aceitação conceptual. (MOREIRA NETO, 201, p.204).²⁴

²⁴ MOREIRA NETO, 2001. p.204.

Embora seja imperioso a existência de audiências públicas como forma de permitir a participação da sociedade no processo de elaboração das normas oriundas das Agências, tal fato não acontece rotineiramente no processo de criação de tais entidades no Brasil. Evidentemente, que tal omissão pode ser consertada através de uma requisição por qualquer das partes interessadas ou até mesmo, pelo Poder Judiciário. Neste sentido, ainda existem outras formas de participação da comunidade que embora não substituam totalmente às audiências públicas, democratizam o processo de elaboração das normas, como a escolha de membros da sociedade para compor os órgãos consultivos das agências.

5 O DIREITO BRASILEIRO

A história da formação da sociedade humana nos seus primórdios está inexoravelmente perdida em algum lugar de remoto passado. Mas um exercício, mesmo perfunctório da imaginação, permite-nos afirmar que na sua gênese as primeiras comunidades utilizavam como regra geral a lei do mais forte. Com o aumento populacional, as tribos foram dando lugar às Vilas e estas às Cidades, até chegarmos aos modernos Estados atuais.

Com o nascimento das primeiras grandes nações do nosso planeta, surgiram, em via de consequência, a necessidade de se organizar a comunidade. Naquele momento, como caudatário da sociedade, emergiu o Direito. A partir de então, ambos passaram a ter uma convivência comum, mesmo nos momentos de maior barbárie, pois sempre houve gritos, mesmo fracos, de afirmação do Direito. Assim, podemos afirmar que o Direito só existe porque o homem é um ser sociável, com imanente vocação moral.

Com o avançar do tempo, foram surgindo as primeiras leis de disciplinamento do comportamento humano. A humanidade evoluía com o passar dos séculos. As civilizações atingiram certo grau de desenvolvimento e a autotutela começava a ser restringida, dando lugar a um complexo de normas e leis. Nesse esteio, apareceram uma plêiade de Monumentos Jurídicos que engrandecem a raça humana. Entre eles poderemos citar, sem detrimento de outros igualmente grandiosos, o Pentateuco, do

povo Hebreu; o Código de Hamurabi, o de Manu e o de Napoleão; o *Corpus Juris Civile*, da civilização romana (provavelmente a mais magnificente compilação jurídica efetuada pela humanidade). Desse modo, o tempo se encarregou de, paulatinamente, disciplinar o comportamento humano através de leis escritas e sistematizadas. Hodiernamente, é impensável uma nação organizada sem um sistema jurídico. Até países que utilizam o Direito Consuetudinário, como o Reino Unido e os Estados Unidos da América, têm um sistema de controle e organização da sociedade significativamente estruturado. Portanto, não existe sociedade sem organização e o direito é o ferramental utilizado pelo homem justamente para isto. A velha máxima latina: *ubi societas, ibi jus*¹, foi, é, e sempre será válida.

A formação do Direito positivo brasileiro se iniciou por absorção, já que éramos colônia de Portugal. Como não poderia ser diferente, as nossas primeiras leis são as próprias leis portuguesas, que por sua vez receberam forte influência do Direito Romano. Assim, as primeiras legislações aplicadas aqui foram as Ordenações² Afonsinas, que tiveram vida curta entre nós, sendo substituídas em 1504, pelas Ordenações Manuelinas. Estas, então, disciplinaram a vida em sociedade de brasileiros e portugueses até o início do século XVII. Finalmente, as Ordenações Filipinas foram utilizadas até a promulgação do nosso primeiro Código Civil, em 1916. É de se observar que mesmo independente, o Brasil, ainda que parcialmente, adotou por muito tempo o complexo de normas oriundas da nação colonizadora.

A gestação de nosso Código Civil foi, assim, laboriosa e difícil, em razão da preocupação com a perfeição literária e jurídica. Esse código inspirado no Código Civil Alemão (BGB), marca a nossa

¹ Onde está a sociedade, aí há o direito.

² Denominação das normas jurídicas portuguesas.

independência de nosso direito das Ordenações portuguesas. (GUSMÃO, 2002, p.332).³

Essencialmente codificado o nosso direito, além da origem lusitana, sofreu forte influência do direito romano, germânico, francês e italiano. Em síntese, de quase todo o direito continental europeu. Importante lembrar, também, a participação do direito canônico, já que tanto Portugal, quanto o Brasil, são países cujo catolicismo tinha uma enorme influência no seio da sociedade, bem como na administração do Estado. Portanto, em todos estes países, sem exceção, as legislações são escritas e em muito deferentes do modelo adotado na Inglaterra e nos Estados Unidos que privilegia os costumes em detrimento das leis escritas.

Trezentos anos após o início da sua colonização, pelos portugueses, é que os cursos de ciências jurídicas foram criados entre nós. Eis que em 1827, foi finalmente implantado um na cidade de São Paulo e o outro no Nordeste, na cidade de Olinda, em Pernambuco. A cátedra de Direito Administrativo somente foi inserida nos currículos do curso de Direito, no ano de 1851, e o primeiro livro editado sobre a matéria foi lançado em 1857 (Elementos de Direito Administrativo Brasileiro, de Vicente Pereira do Rego): “Embora abrigue figuras de inspiração anglo-saxônica, o núcleo central do direito administrativo pátrio, na sua formulação clássica, identifica-se ao resultante da sistematização ítalo-franco-germânica.” (MEDAUAR, 2003, p.64).⁴

Destarte, o nosso complexo de normas jurídicas é todo ele escrito, totalmente positivado. Os costumes são, em raríssimas oportunidades aceitos e utilizados. Nosso ordenamento tem como lei maior a Constituição. É a partir dela que são

³ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.332.

⁴ MEDAUAR, 2003. p.64.

formuladas as outras leis. Ela é o produto do poder originário que funda o Estado. Em nenhuma hipótese qualquer mandamento infra-constitucional pode contrariar a Carta Magna. Ela não é apenas a lei maior de uma nação, é a lei original que cria o próprio país. Quase todas as nações do planeta possuem uma Constituição, a única exceção de relevo é a Inglaterra.

5.1 CRÍTICAS AO PODER NORMATIVO

Como já foi comentado anteriormente as Agências Reguladoras são autarquias especiais com mais poderes e uma maior autonomia. Também sua concepção é uma cópia dos modelos norte-americanos e ingleses, que são muito diferentes do nosso sistema de leis. Assim, sua recepção em nosso ordenamento jurídico causou (e causa) muitas críticas por parte de alguns juristas. Embora exista um consenso quanto à necessidade de se controlar as empresas que foram privatizadas, o advento das Agência Reguladoras, ou melhor, de alguns poderes que lhe foram atribuídos, é visto por alguns com muito ceticismo.

De todas as ressalvas feitas à sua criação, a mais contundente é, sem dúvidas, a questão de elas possuírem um poder normativo. É um tema por demais tormentoso e que divide a doutrina brasileira quanto à legitimidade das Agências Reguladoras expedirem regulamentos com efeito vinculante. Sem nenhuma dúvida, de todas as atribuições concedidas, esta é, de longe, a que gera mais polêmica.

Neste diapasão, a primeira restrição feita às Agências Reguladoras ataca a origem da sua criação. Com efeito, ela é uma cópia do direito anglo-americano, totalmente diferente do brasileiro. Baseado no *commom law*, as legislações desses

países são bastante atreladas aos costumes e à jurisprudência. Ou seja: aos direitos formulados nos tribunais e não nas leis criadas pelo Poder Legislativo. Os Estados Unidos, embora tenham uma Constituição, ela é extremamente sintética, diversamente da nossa que é analítica, pormenorizada, bastante prolixa, robusta em artigos e incisos. A Inglaterra, exemplo singular no mundo, nem Constituição possui. Assim, a introdução do instituto das Agências Reguladoras em nosso país seria uma adaptação mal feita do direito estrangeiro e por consequência eivada de vícios. Seria um modismo fruto da globalização, uma tentativa de mostrar ao mundo que o Brasil se modernizou. De fato, muitos países, mesmos os de linha sociais-democratas, após o dramático fim do socialismo, adotaram um modelo similar ao norte-americano com a introdução de entidades semelhantes às Agências Reguladoras.

Se as críticas se limitassem apenas à tentativa do direito brasileiro de imitar o direito alienígena, não existiriam grandes problemas em aceitar-se as Agências no mundo jurídico brasileiro, tal como elas foram concebidas. Entretanto, para alguns doutos da ciência jurídica, a questão é muito mais complexa e atinge um dos grandes pilares do mundo democrático: o princípio da repartição de poderes. Teoria sistematizada por Charles Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, um dos principais teóricos políticos da revolução francesa, consiste na divisão do Poder do Estado com o objetivo de evitar o despotismo de qualquer governante. Assim, teríamos em um Estado três espécies de poderes: Legislativo, Judiciário e Executivo. Um fiscalizando o outro, limitando sua atuação e impedindo qualquer tipo de manifestação autoritária. Teríamos uma espécie de freios e contrapesos da atuação estatal, possibilitando que um poder exerça o controle sobre o outro. Nesse sentido nossa Lei Maior diz em seu artigo segundo: *“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo, e o Judiciário.”*

Esta doutrina é tão assente, que o constituinte não se limitou apenas a insculpi-la no Título I, Dos Princípios Fundamentais de nossa Lei Maior. Em outro momento tratou de assegurar a sua imutabilidade no nosso sistema jurídico, vedando qualquer iniciativa de modificar, via Emenda Constitucional, o sistema de separação de poderes. São as famosas cláusulas pétreas consignadas no artigo 60, § 4º da Constituição Federal.

Portanto, para alguns doutrinadores, a possibilidade de expedição de normas cogentes pelas Agências seriam inconstitucionais, além de agredirem a um dos grandes princípios do Estado democrático de direito. Ademais, o constituinte reservou, no Título IV (Da organização dos Poderes), um capítulo para cada poder, explicitando pormenorizadamente as suas respectivas atribuições: Poder Legislativo (Capítulo I), Poder Executivo (Capítulo II) e Poder Judiciário (Capítulo III).

Outra severa crítica feita ao poder das Agências está respaldada em outro grande princípio que norteia qualquer democracia: o princípio da legalidade, viga mestra do Estado Democrático de Direito, base estruturante que legitima a existência de qualquer sociedade moderna, democrática e participativa. Filho da revolução francesa, a sua concepção visou, na oportunidade, estabelecer um óbice ao poder do soberano, qualquer que fosse ele (Rei, Príncipe, Imperador, Sultão, Grão-vizir, Presidente etc.), uma vez que o povo francês, notadamente a burguesia, não poderia mais tolerar um regime absolutista e tirânico. O artigo 5º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, um dos documentos de maior relevância jurídica codificado pela humanidade, é enfático sobre o assunto: *“Tudo o que não é vedado pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser forçado a fazer o que ela não ordena.”*

Neste sentido o nosso constituinte não ficou alheio ao tema e não poderia ser diferente. Assim, é que no Título II, no capítulo que trata sobre os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, no artigo 5º, inciso II, assevera: “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.” Estabelecendo com isto a liberdade dos indivíduos dentro da sociedade, que só poderá ser tutelado mediante a lei. As ações de qualquer governante, seja ele de que nível for, terá que sempre respaldada pelo ordenamento jurídico. É o fim do arbítrio e da vontade singular de quem detém o poder.

Diligente com a questão, a Constituição ainda traz em seu bojo, no capítulo que disciplina a Administração Pública, logo no *caput*, o seguinte: “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 da **legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.” (grifo nosso)

Analisando e comparando detidamente os dois mandamentos constitucionais (artigos 5º e 37) fica cristalino a intenção do constituinte em estabelecer duas leituras do princípio comezinho da legalidade. O primeiro visa evitar abusos dos detentores do poder sobre toda a sociedade, ao liberar a população dando-lhe segurança no seu comportamento tanto pessoal quanto na hora de celebrar um contrato. Aqui encontramos o famoso *rule of law, not of men*⁵. A segunda interpretação atinge diretamente a Administração Pública. Aqui, o objetivo é restringir a atuação da administração só permitindo ser executado o que a lei determinar, sem exorbitação de suas atribuições. É a ampla e total submissão da Administração ao

⁵ A lei dos códigos ou dos regulamentos, não a lei dos homens.

império da lei. Em outras palavras, podemos dizer que ao particular tudo é permitido, exceto o que a lei proíbe; já no setor público só se pode fazer o que a lei determina.

Baseado no segundo sentido da interpretação do princípio da legalidade insculpido na nossa Carta Magna no artigo 37, que possibilita a participação da Administração Pública somente nos casos onde a lei permitir, é que surgem as críticas ao poder normativo das Agências Reguladoras. Elas, como entidades vinculadas à Administração Pública, não teriam o condão de inovar no mundo jurídico, uma vez que a lei não determinou isto. Não existe, para muitos autores, previsão legal para que tal fato seja respaldado nos cânones do direito positivo brasileiro. Portanto, tal procedimento não pode prosperar no universo das imposições legais na atual realidade brasileira. É um procedimento incompatível com o nosso ordenamento constitucional.

O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a qualquer tendência de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da soberania. (MELLO, 1999, p.59).⁶

Outra crítica severa, que também é derivada do princípio da legalidade, é a questão da impossibilidade da edição de regulamentos independentes por parte das Agências Reguladoras. Parte da festejada doutrina brasileira entende não ser possível a sua expedição no direito brasileiro, sem afrontar a Carta Magna. Para eles a nossa Carta Federal, quando discriminou as atribuições do Presidente da República, apenas outorgou excepcionalmente ao Chefe do Poder Executivo o

⁶ MELLO, 1999, p.59.

poder regulamentar. Mesmo assim, numa outorga restrita, exclusivamente, aos regulamentos de execução consoante o art. 84, IV. Recentemente, fruto da edição da emenda complementar nº 32 de 2001, que alterou o inciso VI, do mesmo artigo, permitindo a expedição de regulamento autônomo no caso específico no funcionamento e organização da Administração Federal. Nesse sentido:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

.....

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

.....

VI – dispor, **mediante decreto**, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;” (grifo nosso)

A exegese da Constituição brasileira, para os que advogam a impossibilidade das Agências de expedirem regulamentos autônomos, não outorga nem aos Ministros de Estado, a prerrogativa de emitirem tais figuras jurídicas. A leitura do artigo 87, parágrafo único, inciso II, da Seção IV, que pontua uma das atribuições dos ministérios “expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos.”, indica apenas a possibilidade da edição de instruções normativas de efeitos apenas internos, não atingindo os particulares. O âmbito de sua validade se restringe aos funcionários das respectivas pastas; só obriga os servidores públicos,

mais ninguém. Portanto, se nem os Ministros detêm tal prerrogativa, quanto mais as Agências.

Por fim, há os que admitem possibilidade da outorga da competência normativa às Agências Reguladoras que foram previstas no texto constitucional. Mas somente elas por terem a chancela da Lei Maior. Com efeito, a Emenda Constitucional nº 8/95 abriu espaço para a criação da ANATEL (artigo 21, XI) e a Emenda Constitucional nº 9/95 possibilitou o surgimento da Agência Nacional de Petróleo (ANP) (artigo 177, parágrafo 2º, inciso III).

Isto posto, a redação da Constituição Federal após as Emendas Constitucionais 8 e 9:

“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 organização dos serviços, **a criação de um órgão regulador** e outros aspectos institucionais;”
(grifo nosso)

“Art. 177. Constituem monopólio da União:

I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos;

.....

§ 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 que se refere o § 1º disporá sobre:

.....

III – a estrutura e atribuições do **órgão regulador** do monopólio da União.”

(grifo nosso)

Destarte, somente estas duas obtiveram o status constitucional. Apenas elas possuem a chancela da Carta Federal, nenhuma mais. É o que entende parte da nossa doutrina. Mesmo assim, para eles, esta capacidade é muito restrita e limitada. Já que essas normas, sobre nenhuma hipótese, podem contrariar a lei ou mesmo os decretos emitidos pelo Presidente da República. Sua característica é de completa submissão à lei.

A primeira indagação diz respeito aos fundamentos jurídicos-constitucionais para delegação de função normativa às agências. As duas únicas agências que estão previstas na Constituição são a Anatel e a ANP, com a referência à expressão “órgão regulador” contidas nos arts. 21, XI, e 177, § 2º, III.

As demais não têm previsão constitucional, o que significa que a delegação está sendo feita pela lei instituidora da agência. Por isso mesmo, a função normativa que exerce não pode, sob pena de inconstitucionalidade, ser maior do que a exercida por qualquer outro órgão administrativo ou entidade da administração indireta. Elas nem podem regular qualquer matéria, no sentido previsto para as agências norte-americanas, nem podem regulamentar leis, porque essa competência é privativa do chefe do Poder Executivo e, se pudesse ser delegada, essa delegação teria que ser feita pela autoridade que detém o poder regulamentar e não pelo legislador. (DI PIETRO, 2002b, p.156).⁷

Portanto, só o Poder Constituinte original, quando formula a Constituição, ou, o poder derivado, através das emendas constitucionais, teria o condão de delegar a

⁷ DI PIETRO, 2002b. p.156.

função normativa. Quem é titular do Poder é que pode delegar. A lei, quer seja ela ordinária ou até mesmo complementar, não tem esta prerrogativa. Logo, todas as outras Agências Reguladoras estão em confronto com a Lei Maior do estado brasileiro. E para quem defende esta tese, até mesmo a ANEEL que não está albergada pelo manto constitucional, não tem poder normatizador.

Resumidamente, afastando as críticas superficiais sobre a pretensa imitação de nossa legislação a ordenamentos estrangeiros, as principais colocações contra ao poder normativo das Agências são ligadas aos grandes fundamentais princípios formadores do Estado Moderno. Primeiro, a separação dos poderes; e segundo, ao da legalidade. As outras são derivadas destes dois princípios, como a questão dos regulamentos e da delegação constitucional.

5.2 ANÁLISE DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Como foi exposto anteriormente são severas as restrições feitas ao poder normativo das Agências Reguladoras. Críticas contundentes que perpassam, inclusive, pelos grandes pilares do ordenamento jurídico nacional. Renomados pareceristas e grandes doutrinadores pátrios condenam a amplidão de poderes concedidos a tais órgãos. Nomes do nível dos professores Celso Antônio Bandeira de Melo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Lúcia do Vale Figueiredo, não concordam com os moldes do atual funcionamento das Agências Reguladoras. Isto posto, a questão agora é analisar os fundamentos favoráveis, que militam em favor de tais entidades e com isto rebater as críticas, mostrando com fartos e robustos argumentos favoráveis o acerto de tais atribuições por parte dessas autarquias especiais.

5.2.1 Cópia do Modelo Americano

De todas as críticas às Agências Reguladoras esta é a de menos consistência. De fato, elas são uma adaptação do direito anglo-saxão. Entretanto sua introdução no ordenamento jurídico nacional foi necessário face às privatizações. Havia necessidade de se controlar e fiscalizar o funcionamento das empresas que, agora, já pertenciam ao setor privado e não ao público. Por outro lado, a influência governamental direta nas áreas das empresas privatizadas sempre foi vista com restrições pelo empresariado local e multinacional, por considerar que as ingerências políticas muito interferem no bom funcionamento do setor. Isto posto, fazia-se necessário a criação de um órgão técnico, neutro (livre das interferências políticas) e com amplos poderes para fiscalizar, sancionar e normatizar. Neste sentido, as Agências Reguladoras tem um papel fundamental. São elas que representam os interesses da sociedade e o seu objetivo é mediar os conflitos dos setores a que elas estão ligadas. Portanto, para bem cumprirem suas finalidades não podem ser entidades totalmente dependentes do poder estatal, já que perderiam a característica da imparcialidade, além de estarem sujeitos às pressões políticas do Poder Executivo. Também, por seu turno, não poderiam ser órgãos totalmente independentes, já que, as suas atribuições, são, principalmente, as de defesa do interesse público.

Outro aspecto importante a salientar é a necessidade de serem estabelecidos, para cada setor, regras de funcionamento estáveis que não venham sofrer mudanças ao sabor de cada plano econômico governamental. Porque se tal fato viesse a ocorrer ela certamente afugentaria o setor privado e as empresas investidoras certamente perderiam o interesse de entrar no mercado.

Logo, elas não foram fruto do modismo mundial. Surgiram em face a uma necessidade do contexto brasileiro como consequência direta das privatizações. É certo que outros países, com a globalização, adotaram este mesmo modelo, como a França, país mãe do nosso direito administrativo, que adotou as Autoridades Administrativas, congêneres dessas nossas entidades. Assim, as Agências Reguladoras surgiram no nosso cenário jurídico como um instrumento de controle estatal das empresas que foram privatizadas e não por mero modismo.

5.2.2 Princípio da Separação dos Poderes

Muito embora a concepção desta doutrina política, que visava conceber um Estado onde as garantias fundamentais do cidadão fossem preservadas e não houvesse perigo de aparecimento de um governo absolutista, seja praticamente debitada ao Barão de Montesquieu, ela não foi produto de apenas uma mente. Com efeito, já na antiga Grécia, Aristóteles imaginava tal estrutura. Em seu famoso livro *A Política*, o grande sábio grego aponta três estâncias indispensáveis para formação de um Poder de Estado: um que delibera sobre assuntos da *pólis*, é a assembléia dos cidadãos; um que incumbe das magistraturas e um que cuida da administração da justiça. Aristóteles não construiu propriamente uma doutrina sobre a separação de poderes mas lançou uma semente que muito mais tarde foi aproveitada. Já no século XIV, da era cristã, Marsílio de Pádua, em sua obra *Defensor Pacis*, imaginava uma distinção entre o legislativo e o executivo.

Posteriormente John Locke, um dos mais influentes pensadores ingleses de sua época, considerado um dos pais do liberalismo político e um dos precursores do iluminismo, é o primeiro a efetivamente conceber uma teoria sobre a divisão dos

poderes. Para ele, fortemente influenciado pelas leis inglesas, existe a necessidade de a Administração do Estado ser exercida por mais de um órgão: o Poder Executivo, voltado necessariamente para questões internas, tendo como atribuição executar o estabelecido nas leis; o Poder Legislativo cuja função era elaborar as leis e o Poder Federativo que cuidava da política externa, bem como da proteção do Estado em caso ou na iminência de guerra. Locke concebia um Legislativo mais poderoso do que os outros dois e não fazia objeção que os Poderes Executivos e Federativo fossem concentrado em uma só pessoa ou entidade.

Finalmente, surgiu o modelo utilizado pela maioria dos países do mundo ocidental, e que foi magistralmente concebida por Charles Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, em seu célebre livro *De l'Esprit des Lois*⁸. Nele encontramos a proposta de o Estado funcionar com três tipos de poderes: Judiciário, Legislativo e Executivo, sendo que suas funções seriam, respectivamente, julgar, legislar e executar, um fiscalizando o outro, criando um sistema de freios e contrapesos da atuação estatal e, desse modo, evitando abuso de qualquer um deles. Isto posto, esta concepção de Estado, conforme comentário anterior, exerceu forte influência no mundo, sendo de logo adotada nos Estado Unidos da América, além de influenciar a Revolução Francesa. Importante, também para o tema, a contribuição de Benjamin Constant que, lastreado nas mesmas idéias, acrescentava um quarto tipo de poder. Trata-se do Poder Moderador com características de funcionar como um magistrado. Ele seria exercido pelo soberano e teria como principal tarefa mediar conflitos entre os outros ramos do poder. Seria, em última análise um poder neutro. O regime imperial brasileiro, através da Constituição de 1824, foi um dos poucos países no mundo, que utilizou formalmente e na prática esta sistemática.

⁸ O Espírito das Leis.

A respeito da sua concepção teórica, a doutrina da separação dos poderes permite muitos comentários. Destarte, não existe e nem pode existir um Estado totalmente abúlico, um Estado sem poder, se tal ocorresse ele deixaria de existir. Exceção utópica feita aos anarquistas, o poder é essencial em qualquer sociedade, notadamente ao Estado. Contudo, tal poder é único, indivisível, incontrastável. Neste sentido, não existe separação de poderes. O que ocorre, na prática, é uma separação funcional de poder. Tal divisão, na verdade, consiste, exclusivamente, na repartição do exercício do poder político por vários órgãos diferentes e independentes, um fracionamento das atribuições e funções do Estado. Portanto é perfeitamente aceitável uma interpenetração recíproca entre estes poderes. E assim, em alguns casos, poderemos encontrar o Executivo legislando ou julgando; o Legislativo executando e julgando e o Judiciário administrando e legislando. Destarte, a expressão separação de poderes é juridicamente imprecisa, tendo um significado apenas político. O que há, verdadeiramente, é uma separação das funções de Estado. O objetivo principal desta divisão é impedir o arbítrio já que temos várias autoridades independentes e não uma concentração de poder em um só indivíduo.

Para melhor compreender as teses esposadas por Locke e Montesquieu, é necessário que se faça uma análise do momento histórico em que eles viveram. Estávamos no final da Idade Média, a burguesia prosperava economicamente e fortalecia seu poder, além de reclamar maior participação nas decisões políticas. Em outro sentido a nobreza, o clero e o rei necessitados em cobrir os altos gastos da corte cobrava pesados impostos sobre os burgueses. O choque de interesse suscitado entre estes dois grupos: Rei, clero, e nobreza de um lado e burguesia do outro, levaram os grandes pensadores da época, a engendrarem idéias que

puderam mudar o panorama político e econômico de então. Assim, os pensamentos de Locke e Montesquieu germinaram em um mundo sufocado pelo absolutismo e carentes de idéias inovadoras que libertassem os países da opressão dos monarcas. Locke, defensor intransigente da propriedade, é considerado o pai do liberalismo individual. Montesquieu sofreu grande influência do primeiro na concepção da sua famosa teoria. O pensamento de ambos serviu de inspiração para a criação da república americana e foi de suma importância no desenvolvimento filosófico iluminista, pedra angular da revolução francesa.

A reflexão acerca das origens, dos fins e das formas das leis retrata com todas as letras o princípio filosófico do Iluminismo, uma vez que nada há de mais importante e definitivo para um Estado que suas regras normativas. A proposta de Montesquieu surge e é fruto, portanto, de um contexto sociopolítico muito peculiar, uma vez a sociedade se instrumenta para o golpe contra o congelamento das ideologias pela Igreja e para o assalto à estrutura estamental do modelo feudal-medieval. (BITAR, 2002, p.183).⁹

Portanto, as idéias engendradas pelo Barão de Montesquieu foram voltadas para combater um Estado déspota, absolutista que engessava as relações comerciais e privava a burguesia de ascender ao poder. Suas idéias tinham como objetivo a liberdade do cidadão de um Estado que estava saindo do período medieval. Foi, em síntese, uma alternativa, uma proposta com o claro objetivo de diminuir, ou acabar, com o poder das monarquias absolutistas do século XVIII. Seu pensamento conquistou o mundo e quase todas as nações democráticas do Estado moderno adotaram seu famoso sistema. Entretanto a sociedade evoluiu, o mundo mudou. As nações se desenvolveram, tornaram-se muito mais complexas. As relações comerciais necessitavam ser mais ágeis. O Estado liberal puro desapareceu. As circunstâncias históricas da humanidade são outras. As legislações

⁹ BITAR, Eduardo C. B. *Doutrinas e Filosofias Políticas*. São Paulo: Atlas, 2002. p.183.

dos países, devido, entre outras coisas, ao aparecimento do Estado de Bem Estar Social, aumentaram. A globalização e a tecnologia da informação mudaram completamente as relações mundiais.

Nesse sentido, a opinião de alguns dos mais renomados constitucionalistas brasileiros:

Críticas mais recentes se dirigem a outro aspecto fundamental que lembra a polêmica a respeito dos poderes e das funções do Estado. Como se tem observado, a separação de poderes foi concebida num momento histórico em que se pretendia limitar o poder do Estado e reduzir ao mínimo sua atuação. Mas evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado. Este passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando sua esfera de ação e intensificando sua participação nas áreas tradicionais. Tudo isso impôs a necessidade de uma legislação muito mais numerosa e mais técnica, incompatível com os modelos da separação de poderes. O legislativo não tem condições para fixar regras gerais sem ter conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo executivo e sem saber de que meios este dispõe para atuar. O executivo, por seu lado, não pode ficar a mercê de um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sociais, muitas vezes graves e urgentes.

Entretanto, apesar da patente inadequação da organização do Estado, a separação de poderes é um dogma, aliado à idéia de democracia, daí decorrendo o temor de afrontá-la expressamente. Em conseqüência, buscam-se outras soluções que permitam aumentar a eficiência do Estado mantendo a aparência de separação de poderes. (DALLARI, 2000, p.185).¹⁰

O princípio perdeu pois autoridade, decaiu de vigor e prestígio. Vêmo-lo presente na doutrina e nas Constituições, mas amparado com raro proselitismo, constituindo um desses pontos mortos do pensamento político, incompatíveis com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo, quando, erroneamente interpretado, conduz a uma separação extrema, rigorosa e absurda.

Demos porém algumas razões críticas que contribuiram apreciavelmente a expungir-lo da ciência política, tornando-o em sua aplicação radical uma extravagância, uma reminiscência, um anacronismo do passado irreversível.

Percuciente análise demonstra inevitavelmente que a razão estava com Hegel quando este filósofo político da Alemanha asseverou que

¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.185.

a literal separação de poderes destruiria a unidade do poder estatal, por sua natureza indivisível. (BONAVIDES, 2001, p.146).¹¹

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A amplidão das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, que é a característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes. (SILVA, 1994, p.100).¹²

A interpenetração das funções entre os ramos de poder no Brasil é vasta. Aqui, como em qualquer lugar do mundo democrático, não é aplicável o princípio da separação absoluta dos poderes. Assim, o Executivo legisla através das medidas provisórias e da elaboração das leis delegadas (consoante a Constituição Federal art. 62 e do art. 68 § 2º, respectivamente); tem o poder do veto às leis oriundas do parlamento; tem a prerrogativa de indicar, mediante aprovação da câmara alta, os membros dos tribunais superiores; possui a prerrogativa de indultar condenados.

Por sua vez o Legislativo pode rejeitar o veto do Executivo; julgar, em substituição ao Judiciário, quando do processo de *Impeachment* de autoridades (art. 52, incisos I e II da Constituição Federal); administrar quando dispõe sobre sua própria organização e funcionamento (art. 51, inciso IV).

Finalmente, o judiciário quando estabelece regras para seu funcionamento através de seu regimento interno, está legislando. Atua como órgão Executivo no momento que administra todo corpo de funcionários, conforme determina a Carta Magna através do Artigo 96, inciso I.

¹¹ BONAVIDES, 2001. p.146.

¹² SILVA, 1994. p.100.

Logo, no mundo atual, não cabe, nem seria possível, uma legislação sem uma flexibilidade nas funções estatais. O que encontramos há muito tempo nas legislações é a preponderância das funções de Estado, sendo que subsidiariamente as outras duas funções são exercidas de maneira secundária. De fato, o Executivo preponderantemente administra e complementarmente legisla e julga. No primeiro caso, ele exerce suas funções típicas e nas duas outras situações o que a doutrina chama de funções atípicas. O mesmo ocorre com os outros dois ramos do poder.

O ponto fulcral da doutrina de Montesquieu é limitar a atuação do governante. Para ele, preocupado com a liberdade, é prejudicial, é inaceitável a concentração de todas funções do Estado nas mãos de uma só pessoa.

Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunindo ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.

Na maior parte dos reinos da Europa, o governo é moderado, porque o príncipe, que tem em mãos os dois primeiros poderes, deixa a seus súditos o exercício do terceiro. Entre os turcos, onde esses três poderes estão reunidos sob o domínio do sultão, reina um horrível despotismo. (MONTESQUIEU, 2003, p.133).¹³

Em outro momento da sua famosa obra, o grande filósofo discorre sobre a necessidade do Poder Executivo participar do processo legislativo através do veto:

¹³ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2003. p.166.

“O Poder Executivo conforme dissemos, deve tomar parte na legislação por meio do seu direito de veto, sem o que logo ficaria despojado de suas prerrogativas. “(MONTESQUIEU, 2003, p.173).¹⁴

É importante lembrar que com o alargamento das atribuições do Estado suas atividades não se resumem unicamente às três conhecidas e tradicionais funções (normativa, executiva, e judicial). Hoje, diferente de quando a doutrina foi erigida, há 200 anos atrás, o modo de atuação estatal tem atividades que não se enquadram necessariamente nas três citadas.

O princípio da Separação dos Poderes não pode levar à assertiva de que cada um dos respectivos órgãos exercerá necessariamente uma das três funções tradicionalmente consideradas – legislativa, executiva e judicial. E mais, dele também não se pode inferir que todas as funções do Estado devam sempre se subsumir a uma destas espécies classificatórias. (ARAGÃO, 2002, p.372).¹⁵

Portanto, é falha a argumentação de que as Agências Reguladoras jamais poderiam emitir regulamentos devido ao primado da separação de poderes. Não tem procedência tal argumentação já que hodiernamente ela sofreu revisões e adaptações em face do gigantismo do Estado contemporâneo e da evolução das sociedades dos séculos XX e XXI. Não se está aqui condenando o princípio importante defendido por todos e que foi um dos fundamentos do constitucionalismo. Na verdade, a evolução dos Estados e da sociedade impossibilitaram a aplicação rígida da teoria. A sua adoção purista só é possível em um Estado essencialmente liberal e sem nenhuma intervenção, como nos Estados do século XIX. É necessário retirar o caráter sacramental e dogmático da teoria e transportá-lo para o mundo de hoje. O contexto histórico do planeta é outro e tende para uma leitura menos radical

¹⁴ MONTESQUIEU, 2003. p.173.

¹⁵ ARAGÃO, 2002. p.372.

do princípio, onde os três ramos do poder estatal estão em equilíbrio e cada um tem a preponderância da sua função, não sua exclusividade.

5.3 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Gestado no mesmo momento histórico da doutrina da separação de poderes, o princípio da legalidade também é filho legítimo da Revolução Francesa. Ambos foram muito bem formulados pela emergente classe burguesa que se encontrava asfixiada pela política absolutista dos governantes de então. O primeiro, tinha como objetivo fracionar o poder, retirar das mãos do monarca a exclusividade de todas as funções do Estado e com isso varrer do universo político o princípio da irresponsabilidade e perpetuidade do rei em face aos seus súditos; o segundo, visava dá mais segurança jurídica ao cidadão comum. Neste sentido, o primado da legalidade funcionaria como instrumento de regulação social, um remédio eficaz para conter atos de arbitrariedade perpetrados pelos detentores do poder. Em síntese, um paradigma a que todos tinham que obedecer. Assim, a ninguém seria legítimo, nem mesmo ao rei, modificar ou inovar juridicamente sem um devido processo legislativo. A população jamais seria pega de surpresa por atos arbitrários e prepotentes do soberano, consoante a dicção do artigo 4º da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

A liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem, assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que assegurem aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites só podem ser estabelecidos em lei. (PINHEIRO, 1976, p.106)¹⁶.

¹⁶ PINHEIRO, Ralph Lopes. *História resumida do Direito*. Rio de Janeiro: Thex, 1976. p.106.

De fato, não se pode negar, o Princípio Constitucional da Legalidade é uma homenagem ao Estado Democrático de Direito. É a sua expressão exponencial. Ele é a garantia que a sociedade não está vinculada simplesmente às vontades dos governantes. Embora sua importância seja indiscutível, qualquer princípio, mesmo os absolutos, não são óbices às modificações do direito. Na verdade eles são a manifestação dos valores máximos do ordenamento jurídico num dado momento histórico. Contudo, eles podem sofrer modificações com o decorrer dos anos. Alguns permanecem imutáveis durante longo tempo, até séculos. Outros, são menos perenes e não duram tanto. Quem vai imprimir a velocidade dessas modificações, sem dúvidas, é a própria sociedade e os seus condicionantes políticos, sociológicos, antropológicos, éticos, filosóficos, econômicos, morais e históricos. Evidentemente, que na maioria das vezes, estas mudanças ocorrem gradualmente, quase imperceptíveis.

Conforme já foi exposto, para uma parcela da doutrina nacional, a possibilidade de as Agências Reguladoras inovarem primariamente no direito positivo brasileiro, esbarra no princípio da legalidade. No caso das Agências Reguladoras, elas não possuem a chancela constitucional para inovar na ordem jurídica consoante o artigo 5º, inciso II (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei) e o artigo 37, que prescreve a observância pela Administração Pública do princípio da legalidade.

Com o objetivo de melhor elucidar o que dita a Carta Magna sobre a fiel observância da lei, é recomendável um estudo mais profundo sobre o tema. O dicionário elaborado por Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, assim conceitua lei: *“norma de direito tornada obrigatória pela força coercitiva do Estado.”*(FERREIRA,

1999, p.1197)¹⁷ No mesmo sentido é o conceito extraído do dicionário jurídico: “norma escrita, elabora por órgão competente, com forma estabelecida, através da qual as regras jurídicas são criadas, modificadas ou extintas.” (GUIMARÃES, 2000, p.111).¹⁸ Mais uma definição: “Lei é uma regra geral que, emanando de autoridade competente, é imposta, coativamente, à obediência de todos.” (RODRIGUES, 2000, p.17).¹⁹ Importante salientar a ausência, nas três definições, da obrigatoriedade da lei ser concebida ou formulada pelo parlamento.

Originária do latim *lex*, que significa lei, ela tem plurissignificados em nossa cultura. Está relacionada com a natureza, quando descreve fenômenos naturais (as leis do universo); na física (as três leis de Newton ou as leis da termodinâmica) etc. No direito, também, não existe um conceito único. Ela pode está relacionada a uma norma jurídica genérica ou uma outra votada pelo parlamento ou, ainda, com sentido mais amplo de ordenamento jurídico. Constata-se, também, que na própria Constituição Federal há vários significados.

Mesmo os documentos jurídicos não trazem precisão neste campo. É o caso da Constituição Brasileira. A expressão aparece no art. 5º, caput, como sinônimo de ordem jurídica (‘Todos são iguais perante a lei [...]’); no art. 5º, XXXIX, é utilizada com sentido de ato legislativo votado pelo Congresso – nesse caso, com o sentido de lei ordinária (‘Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal’); no art. 5º, XXXV, emerge com o sentido de qualquer Norma jurídica, inclusive constitucional se decorrente de Emenda, em face da vedação prevista no art. 60, § 4º, IV (‘ a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’) e, finalmente, no art. 173, § 3º, reclama ser compreendida com o sentido de qualquer ato legislativo, exceto a resolução e o decreto legislativo (‘A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade’). (CLEVE, 2002, p.62).²⁰

¹⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

¹⁸ GUIMARÃES, Diocleciano Torrieri. *Dicionário Jurídico*. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2000. p.111.

¹⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.17. v. 1.

²⁰ CLEVE, Clemerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.62.

Com efeito, o enunciado do artigo 5º, inciso II, a palavra lei indica uma interpretação mais ampla do seu sentido. Lei, neste caso, tem um significado muito mais lato do que apenas a lei votada pelo parlamento. A prova da intencionalidade da Constituição nesse particular (interpretar a lei de uma maneira mais alargada) se encontra no bojo da própria Constituição. Assim, em alguns artigos, a Carta Federal alerta para a necessidade de lei no sentido estrito, no sentido de votação e aprovação do parlamento. Nesses momentos, ela é mais precisa, mais detalhada e muito mais exigente, devido a relevância do tema. São situações mais complexas da atividade humana, onde a aprovação do Congresso Nacional dá uma maior legitimidade. Portanto, o constituinte fez questão de reservar estas matérias para serem reguladas através da lei em sentido estrito. Exemplos da preocupação do constituinte em tomar a legalidade de forma absoluta encontramos no próprio art. 5º, XXXIX (*“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem a prévia cominação legal”*), no capítulo do Sistema Tributário Nacional, art. 150, I (*“exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”*), no capítulo dos Princípios Gerais da Ordem Econômica, art. 170, parágrafo único (*“É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”*). Como visto, são temas de grande importância como criar impostos, especificar que determinada conduta é crime e qual a sua pena. Assim, se o legislador constitucional levou estas questões para o campo específico da reserva de lei, as outras matérias podem ser tratadas por outras espécies normativas.

Voltando ao art. 5º, II, do texto constitucional, verificamos que, nele, o princípio da legalidade é tomado em termos relativos, o que induz a conclusão de que o devido acatamento lhe estará sendo conferido quando – manifesta, explícita ou implicitamente, atribuição para tanto – ato normativo não legislativo, porém regulamentar (ou regimental),

definir obrigação de fazer ou não fazer alguma coisa imposta a seus destinatários.

Tanto isso é verdadeiro – que o dispositivo constitucional em pauta consagra o princípio da legalidade em termos apenas relativos – que em pelo menos três oportunidades (isto é, no art. 5º, XXXIX, no art. 150, I, e no parágrafo único do art. 170) a Constituição retoma o princípio, então o adotando, porém, em termos absolutos: não haverá crime ou pena, nem tributo, nem exigência de autorização do órgão público para o exercício de atividade econômica, sem lei – aqui entendida como tipo específico de ato legislativo – que os estabeleça. Não tivesse o art. 5º, II, consagrado o princípio da legalidade em termos somente relativos, e razão não haveria a justificar a sua inserção no bojo da Constituição, em termos então absolutos, nas hipóteses referidas. (GRAU, 2003, p.247).²¹

Como corolário do exposto acima teríamos no âmago da Carta Federal duas situações: a primeira, devido a relevância do tema abordado e suas consequências no seio da sociedade, o seu disciplinamento só poderá ser por intermédio da lei. Estaríamos diante do princípio absoluto da legalidade. Um campo onde apenas a lei poderia inovar juridicamente. Na outra situação encontrada no bojo da Constituição, o princípio da legalidade é visto de forma mais atenuada, onde os regulamentos autorizados pela lei podem normatizar. No primeiro caso, temos o que o professor Eros Roberto Grau chama, com muita propriedade, de “reserva de lei” o outro de “reserva de norma.”²²

Cabe ressaltar, devido a relevância do assunto, que não se está atenuando o princípio da legalidade. Ele existe e continua com sua importância destacada dentro do ordenamento jurídico. Ele continua válido para todo o complexo de normas, de qualquer nível hierárquico no direito brasileiro. A única questão a ser considerada é que a lei não pode ser a única norma com o poder de coação. Temos, também, as Emendas à Constituição, as leis delegadas, as medidas provisórias, as resoluções do Congresso Nacional, os decretos legislativos, os regulamentos, os decretos, as

²¹ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.247.

²² *Ibidem, loc.cit.*

portarias, os regimentos etc. Cada qual com seu nível hierárquico, com o seu poder de coação e sanção; em síntese, com características próprias.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

SENTIDO AMPLO - GERAL

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.

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

Art. 5º, XXXV A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

SENTIDO RESTRITO

Art. 5º, XXXIX Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Art. 150 Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao distrito Federal e aos Municípios:

I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III- função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no País.

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

5.4 OS REGULAMENTOS NO DIREITO BRASILEIRO

Encontramos na doutrina vários tipos de classificação de regulamentos. Há os internos, que só atingem à organização administrativa; e os externos, que visam regular a relação entre a própria Administração Pública e os particulares. Existem ainda outros modos de classificação como os nacionais, que valem para todo o território de uma nação; e os regionais, que abrangem apenas uma determinada região. Contudo, para escopo do presente trabalho os de maior importância são:

1) Regulamentos de execução – São os consagrados no art. 84, IV, da nossa Constituição que atribuem ao Presidente da República a faculdade de editar normas legais no sentido de efetivar e explicitar as leis aprovadas pelo parlamento. O objetivo desta espécie de regulamento é detalhar a lei, esmiuçá-la, sem contudo inovar na ordem jurídica. Aqui inexistente espaço residual para qualquer criação jurídica.

2) Regulamentos autônomos ou independentes – São aqueles expedidos pelo chefe do Poder Executivo respaldado em sua própria competência e não dependem de nenhuma medida que os legitimem por parte do Poder Legislativo. São atos que dispensam a prévia existência de uma lei e, portanto, não são complementares a ela. Uma grande parcela dos doutrinadores brasileiros entendem que eles não foram contemplados pela Constituição editada em 1988. Contudo, em 2001, o Poder Legislativo, através da Emenda Complementar de nº 32, modificou a dicção do inciso VI, do artigo 84, da Carta Magna. Com a modificação o Presidente da República tem competência exclusiva para dispor, mediante edição de decreto, a respeito da: *“a) organização e funcionamento da administração federal, quando não*

implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções e cargos públicos, quando vagos;” Assim, para muitos, só agora foi introduzido no ordenamento constitucional a figura do regulamento autônomo. Entretanto, não é este o entendimento do ilustre professor Eros Roberto Grau. Para ele, os regulamentos autônomos sempre existiram no bojo da atual Constituição Federal. (GRAU, 2003)²³.

3) Regulamentos de urgência ou de necessidade – É um tipo de regulamento adotado em alguns sistemas jurídicos e não é aceito no Brasil. São editados em casos de urgência, como calamidade pública, por autoridade sem competência para o mesmo. A justificativa de sua existência está baseado no princípio latino *salus populi suprema lex esto*²⁴. Eles não se confundem com as medidas provisórias nem aos antigos, e, não mais utilizados, decretos-leis. Estes fazem parte do processo legislativo; já os regulamentos de urgência, são atos do executivo. Entre nós, não existem estudos consistentes sobre o assunto, sendo apenas figura jurídica de ordenamentos estrangeiros. Provavelmente, a ausência de uma análise mais acurada sobre o tema na literatura brasileira seja devido a não aplicabilidade deste tipo de regulamento entre nós. Na verdade, na atual Constituição o executivo tem a prerrogativa de utilizar as medidas provisórias em caso de relevância e urgência, consoante o artigo 62.

4) Regulamentos autorizados ou por delegação – São os editados pelo Executivo com autorização expressa do Poder Legislativo. Portanto, o Legislativo diante de certas matérias de caráter excessivamente técnico, que foge do entendimento da maioria esmagadora de seus membros pode delegar, através de

²³ GRAU, 2003, *loc. cit.*

²⁴ A saúde do povo em primeiro lugar.

lei, ao Executivo o exercício do poder expedir normas sobre estes assuntos. Evidentemente, que tais leis fixarão e limitarão o âmbito de atuação da autoridade administrativa.

Dos regulamentos citados acima, dentre os que foram comentados com mais detalhes, boa parte da doutrina entende que o nosso sistema jurídico só permite o regulamento de execução e assim mesmo em caráter de exclusividade, dado ao Presidente da República. Em verdade, esta interpretação não se coaduna com o atual estágio civilizatório e via de consequência, com as ciências jurídicas de um mundo dinâmico, que exige o posicionamento rápido da Administração Pública. Como já foi anteriormente comentado, tanto para o princípio da legalidade como o da separação de poderes, no mundo contemporâneo, não lhes cabe mais uma interpretação restritiva. Uma interpretação com uma visão do Estado projetada para o passado sem acompanhar as transformações que o mundo vem passando ao longo destes 200 anos.

Hodiernamente, a crescente complexidade da sociedade assoberbou as atividades das Polis. A transmutação de um Estado anêmico de natureza liberal do século XIX, para um Estado social que está presente em inúmeros setores da atividade humana, aumentou vertiginosamente as atribuições dos três ramos do Poder. Questões de natureza estritamente técnica, longe do conhecimento dos membros das casas legislativas, dos tribunais e da cúpula do Executivo levaram gradativamente à descentralização nas tomadas de decisões. Ao longo do tempo, paulatinamente, foram surgindo vários órgãos auxiliares do corpo central do Estado, como os Tribunais de Contas, as autarquias, as empresas públicas e sociedades de economia mista. O número de ministérios cresceu na medida que a sociedade se tornou mais complexa. Os parlamentos se agigantaram e o pluralismo político

permitiu representantes de diversas tendências e matizes ideológicas. Assim, a visão do mundo é totalmente diferente da dos tempos de Montesquieu e Locke. Não se pode legislar e controlar grandes conglomerados de petróleo, telecomunicação e energia elétrica como se estivéssemos, ainda, no tempo das antigas ferrovias a vapor.

Retornando ao busílis da questão, entendemos que no caso específico do poder normativo das Agências Reguladoras, eles são juridicamente conferidos a estes entes, via regulamento, por delegação ou autorizado. É neste instituto que reside a possibilidade concreta das ditas autarquias especiais poderem expedir as tais normas cogentes. Neste sentido, qualquer Agência Reguladora é criada via edição de uma lei. Esta norma além de descrever minuciosamente as atribuições e o setor ao qual ela ficará responsável pelo controle, fiscalização e regulação, pode muito bem delegar as atribuições normativas. Assim, o Poder Legislativo através da maioria de seus membros, delega, por intermédio uma lei específica, que disciplina todo o funcionamento das Agências, notadamente o seu respectivo poder normatizador.

Corroborando com este entendimento, a redação de nossa atual Constituição prevê a criação de dois órgãos reguladores em dois setores estratégicos e de vital importância para a economia de um país: petrolífero (art. 21, XI) e o de telecomunicações (art. 177, § 2º, III). Neste diapasão, a Carta Magna ainda incumbe ao Congresso Nacional na dicção do artigo 49, XI, de “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face a atribuição normativa dos outros Poderes”. Portanto a própria Lei Maior reconhece a potestade normativa dos outros poderes que não o legislativo.

Mesmo que a Carta Federal não mencionasse explicitamente a possibilidade da existência de dois órgãos reguladores, não haveria nenhum óbice à criação de tais entes. Não se pode olvidar que as Agências são uma espécie de autarquia e elas, como tais, existem há muito tempo no Brasil e em grande quantidade, sem a necessidade da chancela constitucional. Em síntese, o que não falta no organograma da Administração Pública são autarquias criadas através de leis submetidas a um processo legislativo ordinário, via Congresso Nacional, do mesmo modo que as Agências Reguladoras. Logo, não há necessidade de previsão dentro da Constituição para tais entes.

Portanto, não se está maculando ou mesmo ferindo de morte os princípios basilares que norteiam toda a estrutura jurídica do país. Os regulamentos expedidos com força de lei pelas Agências não têm o condão de contrariar a lei, já que são hierarquicamente inferiores a elas; não podem atacar o direito adquirido; impor qualquer tipo de restrição à liberdade; desconhecer o direito à propriedade privada. Também, toda e qualquer decisão dos regulamentos têm que ser fundamentada e voltada para a supremacia do interesse público. E por óbvio, que qualquer decisão adotada no âmbito dos regulamentos não fique imune de ser examinada pelo Judiciário.

5.5 O FENÔMENO DA DESLEGALIZAÇÃO

A polemica sobre o poder dos regulamentos de ter o condão de inovar juridicamente, não é nova em nossa seara jurídica. Com efeito, há mais de cinquenta

anos o ilustre jurista San Tiago Dantas, sobre o assunto, tecia as seguinte considerações:

O poder de baixar regulamentos, isto é, de estatuir normas jurídicas hierarquicamente inferiores e subordinados à lei, mas que nem por isso deixam de reger coercitivamente as relações sociais, é uma atribuição constitucional do Presidente da República, mas a própria lei pode conferi-la, em assuntos determinados, a um órgão da Administração pública ou a uma dessas entidades autônomas que são as autarquias. Não só a elaboração de regulamentos, mas a própria atividade legislativa, não se acha hoje enclausurada na competência de um só órgão do governo, mas se desloca, por força da delegação de poderes, para outros órgãos eventualmente mais aptos por se acharem em contato imediato com a matéria regulada, ou disporem de maior rapidez de decisão. (DANTAS apud CUÉLLAR, 2001, p.117).²⁵

Mais tarde, em uma outra e inovadora maneira de abordagem, o tema se descortina para o mundo das ciências jurídicas: é o fenômeno da deslegalização ou delegificação. Sua formulação teórica surgiu nos países do continente europeu, de tradição jurídica latina, notadamente na Itália, França e Espanha (MOREIRA NETO, 2001, p.162)²⁶. Tal teoria, consiste na transferência ou deslocamento da competência legislativa dos titulares do poder das casas parlamentares para outros entes público ou privado. Conhecida como delegação legislativa, sua utilização nos ordenamentos é atualmente muito usada, diante da hipertrofia da sociedade moderna que solicita mais agilidade nas questões pertinentes ao disciplinamento das comunidades, bem como o aumento das especificidades técnicas de várias questões distante do conhecimento médio de qualquer parlamento. Esta teoria ganhou corpo e consolidou-se no mundo contemporâneo.

²⁵ CUÉLLAR, 2001. p.117.

²⁶ MOREIRA NETO, 2001. p.162.

Em verdade, existem vários tipos e níveis de delegação legislativa. Cada país diante da sua própria realidade constitucional adota a que lhe melhor convém. Entre nós, o insigne jurista Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que estuda o tema há duas décadas, propõe doutrinariamente, baseado nos estudos de Eduardo García de Enterría, a divisão do gênero delegação em três espécies: a delegação receptícia, a remissão e a deslegalização (MOREIRA NETO, 2003, p.120).²⁷

A primeira delas foi albergada pelo nosso Direito Constitucional. Trata-se das leis delegadas, um dos modos de nosso processo legislativo permitidos pelos constituintes, consoantes os artigos 59, IV e 68 da Carta Federal. Assim, mediante delegação e em certas matérias, pode o Poder Executivo produzir normas como se lei fossem.

A remissão é amplamente utilizada por nós há muito tempo. É o famoso regulamento de execução contemplado em nossa Constituição no artigo 84, IV, sendo uma das competências do Presidente da República. Como é cediço, eles não tem força de lei nem podem inovar juridicamente.

A última técnica, a deslegalização, por modificar ou modernizar certos princípios jurídicos como a separação de poderes e a legalidade, é a mais polêmica de todas. A justificativa de sua existência reside exatamente no desmesurado crescimento das atividades do Executivo do mundo atual. Não que o papel do Legislativo tenha perdido relevância, mas o avassalador dinamismo da sociedade criou setores preponderantemente técnicos que fogem da natureza política do parlamento. Portanto, hodiernamente, a tendência é deixar a atuação do Congresso Nacional para questões macros de políticas de Estado. As questões eminentemente

²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. São Paulo: Renovar, 2003. p.120

técnicas onde a flexibilidade e a agilidade sejam fatores decisivos, que fiquem a cargo de outras entidades mais preparadas para desempenhar este papel. Isto posto, a deslegalização consiste na transferência, com a anuência do legislador, de certos assuntos da competência da lei para outros tipos normativos.

A terceira técnica geral de delegação vem a ser a deslegalização, oriunda do conceito desenvolvido na doutrina francesa da *délégation de matières*, adotado na jurisprudência do Conselho de Estado em dezembro de 1907, a que comentários de Maurice Hauriou deram destaque e notoriedade, a qual, modificando postura tradicional, no sentido de que o titular de um determinado poder não tem dele a disposição, mas, tão-somente, o exercício, passou a aceitar, como fundamento da delegação, a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (*domaine de la loi*) passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l'ordonnance*).

A lei de deslegalização não necessita, assim, sequer penetrar na matéria tratada, bastando que abra a possibilidade a quaisquer outras fontes normativas, estatais ou não, de regulá-la por atos próprios que, por óbvio, não serão de responsabilidade do Poder Legislativo, ainda que sobre eles possa e deva continuar a ser exercido um controle político sobre eventuais exorbitâncias. (MOREIRA NETO, 2003, p.122).²⁸

A deslegalização pode ser ampla, no caso em que o novo titular da matéria a ser descentralizada seja um órgão não estatal, como uma entidade do terceiro setor; sendo chamada de restrita quando a delegação for atribuída a algum órgão público.

Aqui no Brasil, para um segmento da doutrina, a nossa Constituição encampou o fenômeno em várias oportunidades. A base para tal afirmação é a utilização do termo dispor pelo constituinte, inserido em alguns artigos da Carta Magna, que teria o sentido de resolver, atribuir responsabilidades. Portanto teríamos exemplos de delegações no próprio bojo da Lei Maior.

São exemplos de deslegalização pela própria Constituição: o art. 96, I, a, que desloca do Legislativo para o Judiciário o dispor sobre competência e funcionamento de seus respectivos órgãos; o art. 207, caput, que desloca do Legislativo para as universidades o dispor sobre matéria didático-científica e o art. 217, I, que desloca do Legislativo para as entidades desportivas, dirigentes e associações,

²⁸ MOREIRA NETO, 2003, p.122.

o dispor sobre sua organização e funcionamento. (MOREIRA NETO, 2003, p.127).²⁹

Logo, foi a partir do surgimento do fenômeno da deslegalização que evoluiu no seio da sociedade moderna, que se alicerça a possibilidade das Agências Reguladoras emitirem normas cogentes. Por óbvio, que antes deve haver uma lei oriunda do Poder Legislativo, transferindo tal titularidade. A delegação tem que ser dada via lei. É ela que estabelece os parâmetros e delinea os limites da capacidade normativa. Em suma, é ela que tem o condão de respaldar o poder de inovar juridicamente de tais entidades. Estamos diante das famosas leis-quadros, cujo nome deriva do francês *loi-cadre* ou do alemão *massnahmengesetze*. Tem este nome porque seu objetivo é somente dar a moldura, estabelecer os *standards* e funcionar apenas como uma lei dirigida. Sua função é dar um balizamento, estabelecer regras gerais visando limitar o poder normativo das Agências Reguladoras. Na verdade o legislador, no momento da edição da lei, estabelece padrões norteadores ou valores a serem perseguidos pela autoridade, que não podem de maneira alguma sofrer desvios. Exemplo clássico é a Lei Geral das Telecomunicações, que com 216 artigos é um verdadeiro código do setor, disciplinando e limitando a atuação da ANATEL.

5.6 COROLÁRIO

A discussão da ampla liberdade normativa das Agências não atingiu apenas o direito brasileiro, mas também foi objeto de ampla discussão na meca do liberalismo. Embora o direito consuetudinário esteja muito presente nos Estados Unidos, o que

²⁹ MOREIRA NETO, 2003, p.127.

facilita a introdução de novas figuras jurídicas ou novas interpretações de um conceito antigo, a possibilidade normativa das *agency* gerou polêmica. Elas, as Agências americanas, respeitando as diferenças dos ordenamentos jurídicos dos dois países, podem, também, facilitar ou até mesmo explicar, o entendimento do funcionamento das Agências no Brasil.

Com efeito, três grandes teorias foram elaboradas para explicar o fenômeno da transferência do poder normativo nos Estados Unidos da América (SUNDFELD, 2002, p.122).³⁰ A primeira é a transmissão democrática (*transmissio belt model*). O legislador, legitimado constitucionalmente e eleitoralmente, transfere ou delega sua atuação. Portanto, respaldado pelo poder conferido pelo sufrágio, o parlamento repassa suas atribuições às Agências. Assim, haveria a participação indireta da população, já que os membros do parlamento são representantes do povo.

A segunda, conhecida como teoria dos burocratas técnicos (*expertise model*), calca sua tese no fato de as Agências possuírem um corpo técnico, altamente qualificado e que teria melhores condições de avaliar as especificidades do setor, do que o próprio Poder Legislativo. Estamos diante da discricionariedade técnica resultante da ausência do conhecimento técnico-científico do parlamento. Deste modo, as Agências teriam melhores condições de avaliar a situação e com muito mais agilidade que o parlamento em decidir no caso concreto.

A discussão parlamentar não é a sede adequada para disputas preponderantemente técnicas. Em outras hipóteses, já se prevê a evolução do conhecimento, o que propiciaria a obsolescência de uma solução única, rigorosa e predeterminada. Em outras situações, a ciência contempla diversas soluções, cabendo solucionar entre elas

³⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. et al. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Melhoramentos, 2002. p.122.

em face das circunstâncias e das peculiaridades do caso concreto. (JUSTEN FILHO, 2002, p.526).³¹

Outra grande vantagem dos órgãos eminentemente técnicos é a sua neutralidade política, já que eles estão distantes das disputas partidárias muito comum nos parlamentos.

A terceira e última, qualificada como teoria do procedimento, pauta sua lógica ou legitima seu campo de atuação por garantir aos interessados uma interação ou participação nas tomadas de decisões. São as famosas audiências públicas e as ouvidorias que promovem e estimulam a participação popular, além de buscar o consenso entre as partes. Assim, a participação direta da população interessada, através destes institutos, legitimaria o poder das autarquias especiais.

Existem ainda vários elementos e fatores a referendar a possibilidade da emissão de regulamentos com o poder de decidir o direito por parte das Agências. Assim, a própria mudança do modelo organizacional do Estado, implementada no Brasil, através de várias Emendas Constitucionais, privilegiando a descentralização e a desconcentração da estrutura administrativa, implantando um modelo regulatório com papel de destaque das Agências Reguladoras é um sinal muito claro do constituinte derivado de que as coisas estão mudando juridicamente no país. Neste sentido, as próprias leis que atribuíram poder normativo às Agências são propositadamente amplas e genéricas, com o fito de permitir maior agilidade.

As leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de – ao estabelecer finalidades e parâmetros genéricos – propiciar, em maior ou menor escala, o desenvolvimento de normas setoriais aptas a,

³¹ JUSTEN FILHO, 2002. p.526.

com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade setorial subjacente. (ARAGÃO, 2002, p.406).³²

Destarte, o próprio legislador vem implicitamente apontando para a necessidade de uma certa dose de autonomia legislativa dada a alguns órgãos ligados à Administração Pública.

Outra alteração constitucional significativa que certamente aponta para uma maior autonomia dos entes descentralizados, é a efetivada por intermédio da Emenda Constitucional nº 19, que acrescentou ao rol dos princípios descritos no artigo 37, o da eficiência. Isto posto, nossa Administração Pública passou a ter explicitamente a obrigação de ser eficiente. Portanto, partindo do tão conhecido brocardo jurídico “de quem determina os fins não pode negar os indispensáveis meios” o princípio da eficiência, que foi elevado à categoria de constitucionalmente qualificado, abriria uma porta para permitir a autonomia das Agências Reguladoras no sentido de expedir regulamentos. Em outras palavras: se o legislador quer os fins, tem necessariamente que conceder os meios. Assim, o Estado em busca da determinação da Lei Maior de se alcançar a eficiência, se valeria, através da lei, do instrumento da delegação para conferir a certos entes descentralizados o poder de normatizar, tornando o aparato estatal mais ágil, flexível e dinâmico. Em suma, muito mais eficiente, já que não haveria dependência direta de nenhuma lei obsoleta que disciplinasse os variados e específicos assuntos que rotineiramente batem às portas das Agências.

Está aí, assim, o fulcro da eficiência e desta como base constitucional para uma delegação de poder às agências, bem como de seus limites por força da sua responsabilidade pela solidariedade de meios e fins por atos normativos e reguladores. Afinal, o princípio da eficiência tem por característica disciplinar a atividade administrativa nos seus resultados e não apenas na sua consistência

³² ARAGÃO, 2002. p.406.

interna (legalidade estrita, moralidade, impessoalidade). (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p.151).³³

Para o ilustre propedeuta Tércio Sampaio Ferraz Júnior, esta mudança constitucional permite introduzir em nossa sistemática jurídica um novo tipo de regulamento. Destarte, tal mudança permite o nascimento, entre nós, das delegações instrumentais. Sua necessidade advém do atual estágio de complexidade da sociedade que aponta para soluções mais pormenorizada, já que para o grande mestre a especialização técnica é uma exigência da eficiência.

Trata-se, como visto, de uma forma de delegação com base no princípio da eficiência e por este introduzida no ordenamento constitucional. Afinal, no caso da atividade reguladora, sem ela ficaria vazio o princípio, tanto no sentido de sua eficácia quanto no sentido de controle constitucional. Ou seja, com base na eficiência, a delegação instrumental ganha contornos próprios que garantem a independência das agências reguladoras seu supedâneo. (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p.154-155).³⁴

O homem social, desde o seu despertar no alvorecer do dia, até findar seu expediente e se recolher a seus aposentos, à noite, realizou inúmeras atividades que são disciplinadas pelo ordenamento jurídico. Mesmo dormindo, em um quarto de hotel, por exemplo, ele realizou uma transação comercial alcançada pelo direito positivo. As relações humanas são variadas e complexas. Para discipliná-las existe a ciência jurídica. Sucede que as incontáveis relações diárias do somatório dos seres humanos, no âmbito da sociedade, não permitem que as mesmas sejam minuciosamente codificadas nas leis. Esta tarefa é impossível de ser realizada por qualquer legislador. Assim, o direito descreve em abstrato a maioria das situações fáticas dentro da comunidade. Cabe ao Poder Judiciário, ao juiz, em última análise,

³³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências Reguladoras: legalidade e constitucionalidade. *Revista dos Tribunais e Finanças Públicas*, São Paulo, n. 35, p.151, nov./dez. 2000.

³⁴ *Ibidem.*, p.154-155.

transportar do terreno da abstração da lei e adequá-lo à situação concreta do dia-a-dia. Em síntese, é o juiz que diz o direito. Contudo, o magistrado, muitas vezes, no momento de formulá-lo no caso concreto, de prolatar sua sentença ou alguma medida de caráter interlocutório, devido ao caráter genérico da lei e diante da impossibilidade da mesma alcançar todas as condutas humanas na sociedade, dificilmente deixa de inovar, mesmo que residualmente, o direito.

Se ao juiz monocrático é muitas vezes difícil não criar o direito residualmente, imagine a Administração Pública, quando disciplina os regulamentos no momento que transpassa da teoria para prática os incontáveis artigos da sua área de atuação. Isto sem falar da interpretação diferenciada dada por vários de seus funcionários, com formação e níveis diferentes. Logo, nestas situações, que são comuns, é praticamente impossível não haver uma, mesmo que em grau diminuto, inovação jurídica. O tamanho do Estado e a crescente complexidade de suas atribuições, bem como as exigências da população cada dia mais bem informada, tornou a concepção purista da Teoria da Separação dos Poderes totalmente obsoleta. De fato, a visão de um regulamento de execução, neutro, com o único objetivo de detalhar a lei, um regulamento vinculado, engessado, escravo dos ditames da lei é praticamente impossível na atualidade. Tem que haver necessariamente um certo nível de discricionariedade. Se isto não ocorresse na prática, certamente a concepção de Estado como ele é hoje não mais existiria.

Outra visão, suscitada por alguns, ainda referente à possibilidade das Agências poderem, de modo próprio, procederem a emissão de normas cogentes, apenas tendo uma lei que autorize tal procedimento, é a questão do congelamento de normas. Destarte, a dicção de nossa Lei de Introdução ao Código Civil³⁵, em seu

³⁵ Embora ela venha na Introdução ao Código Civil, seu objetivo é disciplinar a própria lei. Nela se aborda a vigência das leis, sua revogação, da sua aplicação, de sua interpretação e da sua eficácia no tempo e espaço.

artigo 2º, §1º,” *A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que trata a lei anterior.*” A indagação, neste caso é: se uma lei tem a capacidade de revogar outra anterior por que ela não teria o condão de rebaixar o seu nível hierárquico? Assim, a lei poderia remeter aos regulamentos o poder de disciplinar determinada matéria (MOREIRA NETO, 2003) ³⁶.

Como corolário desta extensa análise do poder normativo das Agências, é que sua validade está fartamente comprovada. Todos os paradigmas foram diligentemente quebrados. Não se pode parar o tempo. A dinâmica evolutiva da sociedade impõe ao direito novos conceitos, novas interpretações. A alavanca do tempo que empurra a humanidade para frente em busca de novas alternativas, não permite que o direito estacione em conceitos pré-determinados e não evolua.

Por fim, fica uma mensagem, exemplificativa, da necessidade e da legitimidade de uma intervenção mais efetiva do Estado gerente, que tenha a possibilidade de intervir com mais eficiência e velocidade nas questões que afligem a sociedade rotineiramente:

O fato é que, para realizar os interesses gerais da atualidade no contexto de um Estado intervencionista, não basta editar uma lei abstrata, genérica e distante, dizendo, por exemplo, que nenhuma exploração da atividade industrial pode ultrapassar certo limite de poluição, causando dano à saúde do vizinho. É preciso que o Estado vá trabalhando com a realidade todo o tempo, para definir, nas situações que se põem, o que é ou não uma emissão de poluentes aceitável; assim se obterá a paulatina diminuição da emissão de poluentes. É preciso impor graus crescentes de restrições à emissão de poluentes, e para isso a lei é insuficiente. Ninguém imagina que o legislador vá cuidar de regular o nível de emissão de poluentes no bairro do Maracanã no ano de 1998; e em janeiro de 1999 editar outra lei para estabelecer que já é hora de diminuir ainda mais o nível de emissão; e no meio do ano, considerando que o nível eleito foi otimista demais, editar nova lei para voltar atrás. É viável supor que o legislador possa fazer isso, dedicando-se, ele próprio, a um

³⁶ MOREIRA NETO, 2003.

verdadeiro gerenciamento normativo da realidade? Seria míope imaginá-lo. Nem o modo de produção de normas que conhecemos – que fez nascer o Código Civil – nem o modelo tradicional de solução de conflitos – o do julgamento de ações judiciais pelo Judiciário – bastam nos novos tempos.

O Estado tem que se organizar para fazer mais do que editar uma lei geral para vigorar por tempo indeterminado e depois cuidar dos conflitos individuais. E para isso ele tem que intervir mais. (SUNDFELD, 2002, p.28).³⁷

³⁷ SUNDFELD, 2002, p.28.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste estudo sistematizado sobre a legitimidade das Agências Reguladoras que redundou na presente dissertação, várias conclusões e observações foram efetuadas. A maioria delas, procurando demonstrar não só a legitimidade das Agências no bojo do arcabouço jurídico brasileiro, mas também a sua necessidade diante do novo modelo econômico que foi adotado no país. Para tanto, foi necessário estudar preambularmente a evolução das doutrinas econômicas desde a sua gênese até chegarmos ao século XXI, e o processo de criação e formação dos Estados até chegarmos aos modelos atuais. Também foi necessário abordar, sinteticamente, as modificações ou reformas efetuadas na Administração Pública brasileira com o objetivo de adequá-la à nova dinâmica da economia mundial. Finalmente os dois últimos capítulos são voltados para o tema central do trabalho. Embora a abordagem da dissertação tenha um enfoque jurídico, o objetivo foi alcançar outros ramos do conhecimento humano. Por isso, foi necessário ao longo do presente trabalho, detalhar alguns conceitos jurídicos e citar alguns artigos da Constituição Federal com o propósito de alcançar e facilitar a leitura e o entendimento do assunto abordado. Sinteticamente poderemos resumir os principais temas que foram analisados na presente dissertação: por muitos séculos a humanidade não se preocupou em estudar cientificamente a economia. Fato

explicado pela simplicidade da vida e uma maior valorização, na época, de outras áreas do conhecimento humano como o direito, a religião e a ética.

A primeira doutrina econômica, ainda assim, eminentemente prática, foi o Mercantilismo. Era, na verdade, um conjunto de idéias que variava de uma nação para outra, tendo como principal objetivo enriquecer as grandes potências da época em detrimento das Colônias.

O surgimento de uma nova classe social, a burguesia, ávida por participar das decisões políticas da época, pressionou os reis absolutistas e a nobreza. Desse confronto emergiram as primeiras doutrinas econômicas cientificamente elaboradas: a Fisiocracia, na França e o Liberalismo na Inglaterra. A primeira, privilegiava o setor agrícola e não fez muito sucesso; a segunda tornou-se uma das mais bem sucedidas doutrinas econômicas, sendo adotada nos principais países europeus do século XIX.

A pedra angular do Liberalismo econômico é a liberdade do mercado. É ele que regula a economia, cabendo ao Estado apenas a preocupação quanto à segurança (interna e externa) do país e com a aplicação da justiça. E, assim, a economia de um país passaria a ser controlada pelas leis que regem o mercado. Os preços seriam ajustados conforme a necessidade e a oferta dos bens.

Embora o Liberalismo tivesse contribuído muito para solidificar a economia como ciência, ele não conseguiu resolver o grave problema da pobreza; ao revés, sua prática vem contribuindo para uma maior concentração da riqueza.

Em resposta ao fracasso do Liberalismo econômico emergiram duas doutrinas: o socialismo e a social-democracia. O primeiro concentrava toda a

economia no Estado. Era ele o responsável pelo planejamento e distribuição dos bens de produção. A segunda doutrina, preconiza a participação do Estado como agente econômico, mas não em caráter exclusivo. Sua participação consiste em fomentar emprego, melhorar a distribuição da riqueza da nação concedendo vários benefícios à população, como previdência, assistência médica, educação etc. É importante lembrar que ambas as doutrinas defendem uma forte presença do Estado na economia.

As várias crises que ocorreram no mundo ao longo da segunda década do século XX e o choque, entre as duas doutrinas, objetivando, cada uma delas, conquistar a hegemonia ideológica do planeta, foram suficientes para levar ao desmoronamento do socialismo por um lado e enfraquecer a social-democracia por outro.

A resposta à crise dos dois principais sistemas econômicos utilizados no século XX, foi o retorno do liberalismo, agora com o nome de neoliberalismo. Muito embora ele nunca tivesse sido totalmente banido do globo terrestre, sua presença, como doutrina econômica, não era tão intensa como no século XIX. Acompanhando o neoliberalismo temos o fenômeno da globalização, resultado das novas tecnologias que encurtam as distâncias e facilitam as comunicações.

A nova doutrina econômica que também foi adotada no Brasil, propõe uma mudança radical na estrutura do Estado. Entre estas modificações sobressaia, entre nós, a venda para iniciativa privada da grande maioria das empresas pertencentes ao Estado, inclusive as de serviço público e as de monopólio natural.

Com a promoção, pelo Estado brasileiro, das privatizações das empresas de serviços públicos, surgiu a necessidade de se criar algum mecanismo que

controlasse, fiscalizasse e regulasse o funcionamento de tais empresas. Surgindo, assim, a necessidade de criação das Agências Reguladoras. Com efeito, o seu objetivo é, em última instância, regular o setor para o qual ela foi criada. E para bem desempenhar o seu papel é imprescindível que haja independência em seu funcionamento, não só face aos entes regulados, como, inclusive, perante o governo.

O Estado, para desempenhar os serviços públicos, possui um corpo de funcionários. Evidentemente que o modelo de Estado adotado por um determinado país é que vai determinar a quantidade e definir o perfil destes servidores.

O perfil dos servidores públicos brasileiros sofreu várias transformações. Primeiro, ainda no Império e na República Velha, eles eram ligados aos detentores do poder e não tinham, na maioria das vezes, um compromisso mais efetivo com o seu trabalho. Era o tempo do patrimonialismo, quando a indicação política era o meio mais utilizado para o ingresso na carreira estatal. No Estado Novo houve uma tentativa, com relativo sucesso, de implantação de uma linha mais profissional nos quadros do funcionalismo público. O resultado obtido foi um Estado mais centralizado, hierarquizado e com uma acentuada burocracia.

Já na década de 60, foi implantada uma reforma administrativa no Brasil com o objetivo de se adequar ao expansionismo econômico vivido pelo país naquela época. Desta vez o enfoque era a descentralização administrativa. O objetivo era tornar o Estado mais ágil e dinâmico. Nesse sentido, foram criados vários entes descentralizados (autarquias, fundações, empresas públicas e de economia mista).

A Constituição Federal de 1988 reservou um capítulo específico para disciplinar a Administração Pública. Nele foi criado um regime único para todos os

funcionários públicos, independente de onde ele atuasse, quer fosse na administração central, nas empresas públicas ou nas de economia mista. Também instituiu inúmeros benefícios, inclusive a aposentadoria integral, que aumentaram em muito o passivo do sistema previdenciário brasileiro.

Com o advento da crise mundial a partir da década de 80, que afetou bastante as finanças brasileiras e com a nova postura dos então governantes em mudar a estrutura político-econômica do país, houve também a necessidade de se promover uma grande reforma no aparelho estatal.

A reforma buscou enxugar a máquina estatal e descentralizar a Administração Pública. Com isso, muitas empresas de prestação de serviços públicos foram alienadas e a sociedade foi convidada a participar mais diretamente da administração, através de entidades não governamentais (ONG's) e (OSCIP's). Internamente a Administração Pública passou a ser mais cobrada pela qualidade dos serviços prestados. Ela deixa de ter um escopo burocrático e passa a ser gerencial. A eficiência dos servidores com o trato da coisa pública em tal contexto é também melhor monitorado.

6.1 CONCLUSÕES

Finalmente, depois de um prolongado tempo de estudo, podemos extrair como colorário da presente dissertação, inúmeras conclusões que serão expostas a seguir:

As Agências Reguladoras foram criadas como autarquias especiais com personalidade jurídica de direito público interno. São autarquias especiais porque

assim determinou o legislador no momento da elaboração da lei que as originou. Assim, no ato de feitura de tais entidades, sem exceção, elas, por expressa determinação legal, entraram no mundo jurídico como autarquias especiais.

A opção de designá-las como entidades autárquicas especiais foi a mais apropriada. Por suas peculiaridades, elas não possuem o perfil de ser sociedade de economia mista ou empresas públicas. Estas são muito mais adequadas para serem utilizadas quando o Estado atua como um ente privado, participando do mercado como se particular fosse. Também não poderiam ser concebidas como fundações, já que estas são mais apropriadas para desempenhar atividades específicas através de um patrimônio pré-determinado.

As autarquias especiais não são novidade em nosso ordenamento jurídico. As Universidades Públicas são exemplos antigos da existência de tais entidades entre nós. Ademais, já existem alguns órgãos, dentro da Administração Pública brasileira, com atribuições similares às Agências Reguladoras, como: o BANCEN, a CVM, o CADE e o CMN.

Por serem autarquias especiais as Agências Reguladoras, além de todos os privilégios inerentes a uma entidade de direito público, elas ainda possuem outras prerrogativas que lhes dão um maior grau de autonomia e independência em face ao Estado. Na verdade é o parlamento, através de lei, que vai conferir o nível de autonomia das Agências. A simples designação de autarquia especial não representa nenhuma vantagem.

Em que pese um maior grau de autonomia conferido por lei às Agências Reguladoras, elas não estão livres do controle e fiscalização dos órgãos de Estado competentes para tais fins. Assim, além de possuírem sua própria auditoria interna,

elas ainda podem ser monitoradas pelo Tribunal de Contas, Ministério Público, Parlamento e pelo Poder Judiciário.

Os dirigentes máximos das Agências Reguladoras possuem mandato fixo com estabilidade. Não podem ser demitidos *ad nutum*, pelo Chefe do Poder Executivo. Tal decisão é importante para assegurar total independência dos mesmos em relação ao centro de poder. Por óbvio, que esta prerrogativa dada aos dirigentes dessas instituições não alcançam os casos em que houver desvio de conduta.

Cabe anotar que o privilégio da estabilidade concedido aos dirigentes das Agências Reguladoras não tem conseguido afastar as pressões oriundas dos respectivos ministérios aos quais essas autarquias especiais estão ligadas administrativamente. Na prática, encontramos na realidade brasileira, uma acentuada intromissão do Poder Executivo central nas questões pertinentes às Agências.

Contudo esta estabilidade não alcança os outros funcionários do quadro de carreira dessas autarquias especiais. Eles têm seu regime de trabalho disciplinado pela CLT. Este fato não deixa de ser um equívoco do legislador, uma vez que eles também estão sujeitos às pressões externas do Poder Executivo.

As decisões no âmbito administrativo adotadas pelas Agências, em última instância, só tem o poder de fazer coisa julgada na própria esfera administrativa. Embora tais entidades possuam o poder de dirimir conflitos entre os agentes regulados, funcionando como um árbitro, sob nenhuma hipótese os atos administrativos expedidos pelos órgãos reguladores têm o condão de exaurir a análise da questão. Destarte, qualquer um que se sinta lesado em seus direitos pode se valer dos meios cabíveis e acionar o Poder Judiciário.

Uma questão que avulta em importância, nos casos das Agências Reguladoras, é o controle efetuado pela própria sociedade em suas atividades. O alvorecer do século XXI traz a proposta de uma sociedade mais participativa, co-responsável pelas ações de governo. No caso específico das entidades com atribuições reguladoras, notadamente com poderes normativos e sancionadores, esta preocupação é ainda maior. Assim, qualquer que seja o problema, caso ele possua o condão de modificar ou introduzir novos deveres aos agentes regulados, principalmente quando da exigência de um ônus novo, é imperativo a participação de todos envolvidos. Portanto, não é facultativo a tais entidades possuírem ou não mecanismo de aferição da vontade da sociedade, é um imperativo, uma exigência legal que aperfeiçoa e legitima as tomadas de decisões dos organismos reguladores.

Existem muitas formas de introduzir a sociedade como partícipe das tomadas de decisões. Uma das mais utilizadas são as audiências públicas, outra é a participação direta de órgãos da sociedade civil diretamente interessada, no conselho de administração das empresas prestadoras de serviços públicos ou nos órgãos consultivos das Agências. Contudo a mais democrática e que consegue alcançar um maior número de pessoas envolvidas, são as audiências públicas. Na verdade é condição indispensável para validar os atos normativos das agências, a participação da sociedade. Sem este procedimento os atos emanados por elas carecem de legitimidade e não se convalidam no mundo jurídico.

Lamentavelmente, no Brasil, não existe ainda uma consciência por parte das autoridades e da população, de um modo geral, da necessidade do controle por parte da sociedade das atividades das Agências Reguladoras.

A teoria dos três poderes construída principalmente por John Locke e o Barão de Montesquieu foi elaborada para um modelo de Estado existente no século XIX. Sua concepção rígida da separação absoluta das funções legislativas, executivas e judiciais já não se justifica no mundo atual. O vertiginoso crescimento das funções do Estado, principalmente as atribuídas ao Poder Executivo impõe uma reformulação na teoria. Modernamente o que se constata é uma preponderância das atribuições de cada poder e não uma unilateralidade absoluta. Assim, cada um exerce suas respectivas atribuições primordialmente e subsidiariamente às outras duas. Já não é possível, devido à grande complexidade do Estado atual, uma divisão pura e incondicional das tarefas dos três tradicionais poderes. Neste sentido, é perfeitamente aceitável que o Poder Executivo, subsidiariamente, dentro de limites impostos pela lei, possa, também, expedir normas.

A nossa Carta Magna assegura o princípio da legalidade no artigo 5º, inciso II quando assevera que não existem obrigações não tuteladas pela lei em nosso ordenamento. Aqui o vernáculo lei é interpretado amplamente, alcançando outros institutos, como o regulamento. A prova desta afirmação é encontrada em alguns artigos da própria Constituição. Neles, o legislador constitucional, devido a relevância da matéria do âmbito da sociedade, exigiu textualmente a existência da elaboração de uma lei, em seu sentido estrito. Assim, temos o caso da criação e majoração de tributos (art. 150, I) e quando da definição de um crime e sua respectiva pena (art. 5º, XXXIX). Aqui, encontramos casos de reserva absoluta de lei devido a uma exigência constitucional. Em outros casos, onde não exista uma precisa determinação da Constituição em se utilizar a lei em seu caráter estrito, poderemos legislar através de outras espécies normativas. Esta possibilidade legitimada constitucionalmente permite, também, a participação de outros ramos do

Poder (executivo e judiciário) na elaboração de regras que imponham obrigações aos particulares. Portanto, é com respaldo na própria Carta Magna, que se conclui na real e efetiva condição de as Agências Reguladoras terem o status de órgão com capacidade normativa.

Dentre as várias espécies normativas diferentes da lei, encontramos os regulamentos. Eles se consubstanciam no mundo jurídico em inúmeros tipos. A doutrina nacional e a alienígena são extremamente fértil na formulação de teorias que sistematizem os regulamentos. Dentre eles, avulta em importância, no nosso ordenamento jurídico, os regulamentos por delegação. Sua edição, embora seja realizada pelo Executivo, possui a chancela do Legislativo. É a lei que delimita o seu alcance dando-lhes os contornos básicos, os parâmetros a serem seguidos. Sem nenhuma dúvida eles são um dos mais importantes veículos da manifestação da capacidade normativa do Poder Executivo.

No caso específico brasileiro as Agências Reguladoras têm a legitimidade assegurada para emitir normas cogentes já que as mesmas são criadas através de leis oriundas do parlamento. Neste sentido o titular do poder de legislar delega ou autoriza aos órgãos reguladores tal capacidade. Com isto, as Agências através dos chamados regulamentos de delegação, sempre dentro dos limites da lei que autorizou tal prerrogativa, têm capacidade normativa.

A convalidação da real possibilidade da emissão das normas cogentes por parte de tais órgãos autárquicos reguladores, passou primeiramente por desmistificar algumas interpretações de dois princípios norteadores do nosso ordenamento jurídico: separação de poderes e legalidade. Não que os mesmos tenham perdido alguma relevância em nosso ordenamento. Ao revés, eles

continuam sólidos e alicerçando nossa democracia. Contudo não se pode interpretá-los como se estivéssemos, ainda, sobre a égide do absolutismo monárquico do século XIX. Assim, afastado os principais obstáculos aludidos por parte de nossa doutrina jurídica a respeito do tema, nada impede que os mesmos surjam em nossa sistemática jurídica. Logo, sua real manifestação dentro do âmbito das Agências Reguladoras tem respaldo jurídico, primeiro na Constituição e depois nas leis que delegam ao executivo a possibilidade de disciplinar o tema.

O aumento desmesurado das funções dos Estados no mundo contemporâneo, principalmente nas funções de Administração Pública, fez surgir uma nova teoria que possibilitasse uma maior agilidade nas decisões administrativas por parte do Poder Executivo. Na verdade, trata-se de um fenômeno detectado primeiramente em alguns países europeus (Itália, França e Espanha) de tradição jurídica latina. Consiste no deslocamento das atribuições do Poder Legislativo para outros órgãos públicos ou privados. Conhecido como fenômeno da deslegalização. Ele é encontrado em nosso ordenamento constitucional em várias oportunidades. Assim é que as leis delegadas, as medidas provisórias, os regulamentos de execução e por delegação, além do poder normativo conferido às Agências Reguladoras são exemplos deste fenômeno.

As inúmeras e profundas alterações na Constituição promulgada em 1988, ocorridas nestes últimos anos, indicam claramente uma alteração na filosofia organizacional do Estado brasileiro. A direção das reformas constitucionais apontam para uma desconcentração e descentralização na nossa estrutura administrativa pública. O objetivo é tornar a máquina estatal mais ágil, dinâmica e com uma maior autonomia face ao poder central. A criação das Agências Reguladoras dotadas de capacidade normativa, é apenas um exemplo desta tendência.

O cotidiano do ser humano moderno é repleto de relações jurídicas. Suas necessidades levam-no freqüentemente a se relacionar com vários setores públicos. Estas incontáveis relações diárias particularizadas é de difícil alcance legislativo, devido às suas especificidades. Assim, mesmo em grau muito pequeno, tanto os magistrados como os funcionários públicos, muitas vezes são forçados a inovar juridicamente. Diante das incontáveis situações singulares que quotidianamente surgem nas infindáveis relações entre o setor público e o particular, impossível de ser disciplinada pela legislação tradicional, é que a utilização de outras espécie normativas (diferentes da lei) são imprescindíveis no mundo contemporâneo. Se tal fato não ocorresse, haveria uma completa paralisia do Estado.

O direito positivo é o reflexo do pensamento da sociedade em um dado momento histórico. Trata-se de uma ciência em constante estágio de transformação e evolução. Assim, em que pese esteja sobejamente comprovada a admissibilidade de emissão de normas com características coercitivas por parte das Agências Reguladoras, no atual estágio do complexo de normas jurídicas brasileira, não podemos olvidar que este tipo de autarquia especial, com amplos poderes, é uma instituição nova dentro da nossa sistemática positiva. Portanto, o estudo, o aperfeiçoamento de suas funções no bojo do nosso arcabouço jurídico deve continuar. O presente trabalho aborda algumas questões relevantes (notadamente, o exame do poder regulador) para o bom funcionamento das Agências. Não tem, em absoluto, o condão de exaurir por completo o assunto referente às autarquias especiais. Com efeito, a continuação do estudo do citado tema, é importante para o aprimoramento da participação das Agências Reguladoras no Brasil.

REFERÊNCIAS

- AQUINO, Rubim S. L.; FRANCO, Denise A.; LOPES, Oscar G. P. C. **História das sociedades**. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1989.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ARRUDA, José Jobson. **História Antiga e Medieval**. 9. ed. São Paulo: Ática, 1986.
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 38. ed. São Paulo: Ed. Globo, 1998.
- BARBOSA, Carlos Roberto. **Ilhéus**. Salvador: Empresa Gráfica da Bahia, 1977.
- BITAR, Eduardo C. B. **Doutrinas e Filosofias Políticas**. São Paulo: Atlas, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2001.
- BRASIL. **Lei 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2002.
- _____. **Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2002.
- _____. **Lei 9.074, de 07 de julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 out. 2002.
- _____. **Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996**. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 out. 2002.
- _____. **Lei 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da emenda constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2002.
- _____. **Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional de Petróleo - ANP e dá outras providências. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 out. 2002.

_____. **Lei 9.648, de 27 de maio de 1998.** Autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras – ELETROBRÁS e dá outras providências. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 out. 2002.

_____. **Lei 9.782, de 26 de janeiro de 1999.** Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2002.

_____. **Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 out. 2002.

_____. **Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000.** Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, e dá outras providências. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 out. 2002.

_____. **Lei 9.984, de 17 de julho de 2000.** Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Água – ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 out. 2002.

_____. **Lei 9.986, de 18 de julho de 2000.** Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 out. 2002.

_____. **Lei 10.233, de 5 de junho de 2001.** Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviários e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 out. 2002.

_____. **Medida Provisória 2.219, de 6 de setembro de 2001.** Institui a Agência Nacional do Cinema – ANCINE Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 jun. 2002.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CAHPANHOLE, Adriano. **Constituições do Brasil.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 1985.

CLEVE, Clemerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo.** 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo.** São Paulo: Dialética, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002a.

_____. **Parcerias na administração pública**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002b.

FEIJÓ, Ricardo. **História do pensamento econômico**. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Agências Reguladoras: legalidade e constitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais e Finanças Públicas, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FONSECA, João B. L. **Direito Econômico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via**. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2001.

GROTTI, Dinorá. A. M. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1998**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **O Direito posto e o Direito pressuposto**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUIMARÃES, Diocleciano Torrieri. **Dicionário jurídico**. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2000.

HART, Michael. **As 100 maiores personalidades da história**. Rio de Janeiro: Difel, 2001.

HOLANDA, Francisco Urubam Xavier. **Do Liberalismo ao Neoliberalismo**. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2002.

HUNT, E. K. **História do pensamento econômico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1987.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

MARTIN, Jean Marie. **A economia mundial da energia**. São Paulo: Unesp, 1992.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **O Direito Administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001.

_____. **Direito regulatório**. São Paulo: Renovar, 2003.

MOTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003.

NOQUEIRA, Rubem. **Introdução ao estudo do Direito**. 3. ed. Minas Gerais: Nova Alvorada Edições, 1996.

PERREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania**. São Paulo: Ed. 34, 2002.

PINDYCK, Robert S; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 4. ed. São Paulo: Makron Books, 1999.

PINHEIRO, Ralph Lopes. **História resumida do Direito**. Rio de Janeiro: Thex, 1976.

RIMA, I. H. **História do pensamento econômico**. São Paulo: Atlas, 1990.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v.1.

ROSSETI, José Paschoal. **Introdução à Economia**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

SADER, Emir. et al. **Pós-Neoliberalismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Felisbela da. **Dicionário jurídico e comercial**. São Paulo: Brasillivros, 1990.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SMITH, Martin Seymour. **Os 100 livros que mais influenciaram a humanidade**. Rio de Janeiro: Difel, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. et al. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Melhoramentos, 2002.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TOSTA, E. A. M. A Extensão do Poder Normativo das Agências Reguladoras no Direito Positivo Brasileiro. 160 f. 2004. Dissertação (Mestrado em Regulação da Indústria de Energia)– Universidade Salvador - Unifacs, Salvador, 2004.

Autorizo a reprodução [parcial ou total] deste trabalho para fins de comutação bibliográfica.

Salvador, 11 de dezembro de 2004.

Eduardo André Moreira Tosta