

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

REGULAÇÃO ESTATAL: UMA ANÁLISE DAS AUTORIDADES
ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES

BÁRBARA HOLANDA DE LEMOS ANGELO

RIO DE JANEIRO

2017/2

BÁRBARA HOLANDA DE LEMOS ANGELO

REGULAÇÃO ESTATAL: UMA ANÁLISE DAS AUTORIDADES
ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Farlei Martins Riccio de Oliveira.

RIO DE JANEIRO
2017/2

V297(Vargas, Lucas Costa
A (im)possibilidade da produção de provas na
audiência de custódia / Lucas Costa Vargas. -- Rio
de Janeiro, 2017.
79 f.

Orientadora: Junya Rodrigues Barletta.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Audiência de custódia. 2. Apresentação pessoal
da pessoa presa ao juiz. 3. Prisão provisória . 4.
Carga probatória . 5. Garantias constitucionais e
convencionais do devido processo legal. I.
Barletta, Junya Rodrigues, orient. II. Título.

CDD

BÁRBARA HOLANDA DE LEMOS ANGELO

REGULAÇÃO ESTATAL: UMA ANÁLISE DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS
INDEPENDENTES

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Farlei Martins Riccio de Oliveira.

Data de aprovação: ___/___/_____

Banca Examinadora:

Prof. Farlei Martins Riccio de Oliveira

AGRADECIMENTOS

Ao Nosso Senhor Deus, que permitiu a superação de todas as adversidades e, até aqui, nos acompanhou sempre.

Aos meus pais, por tudo que sempre fizeram por mim. Pelo empenho, dedicação, auxílio e, principalmente, impulso. Sempre me coordenaram em direção ao melhor que eu pudesse ser.

Aos meus avós, por terem sido decisivos em minha criação e, em especial, ao meu avô Luiz. Sua memória hoje, infelizmente, não está na melhor forma, mas não há nada que me faça esquecer o amor e carinho que sempre teve por mim. Lembranças felizes como o sabor das balas azedinhas que comprava pra mim depois de me buscar na aula de dança quando eu era criança, aquecerão meu coração a vida inteira.

RESUMO

ANGELO, Bárbara Holanda de Lemos. *Estado Regulador: Uma análise das autoridades administrativas independentes*. 2017. 79 f. Monografia (Graduação em Direito) – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro, 2017.

A intervenção Estatal na economia é tema que desperta muito interesse. Durante os séculos, foram diversas as formas em que isso ocorreu. Foi de mínima à gigantesca, e parece nunca ter encontrado a dosagem ideal de incidência. O Estado como ente regulador surge da tentativa de se combinar características mistas. Com a concessão da exploração de determinados serviços à iniciativa privada, parece ser possível desafogar a máquina estatal. Ao mesmo tempo, o Estado ainda pode conduzir e fiscalizar essas atividades, permitindo que sua atuação tenha em vista o fim público. Com a criação da figura das autoridades administrativas independentes, ou agências reguladoras como são conhecidas no Brasil, isso se tornou possível. O Estado passa de principal executor a fiscalizador e, assim, permanece no empenho de desafogar as estruturas públicas, sem deixar de lado a coletividade.

Palavras-Chave: Estado Regulador. Agências reguladoras. Autoridades administrativas independentes. Regulação.

ABSTRACT

ANGELO, Bárbara Holanda de Lemos. **Regulatory State: An analysis of independent administrative authorities.** 79 f. Monograph (Law Graduation) – FEDERAL UNIVERSITY OF RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro, 2017.

State intervention in the economy is a subject of great interest. Over the centuries, there were several ways in which this occurred. It went from minimal to gigantic, and it seems that it never found the ideal dosage of incidence. The state as regulator arises from the attempt to combine mixed characteristics. With the concession of the exploitation of certain services to the private initiative, it seems possible to unburden the state machine. At the same time, the State can still conduct and supervise these activities, allowing its action to aim at the public end. With the creation of the figure of independent administrative authorities, or regulatory agencies as they are known in Brazil, this has become possible. The State changes from main executor to main inspector and, like that, remains in the effort to unburden public structures, without leaving aside the collectivity.

Key-words: Regulatory State. Regulatory Agencies. Independent Administrative Authorities. Regulation.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO.....	9
II. EVOLUÇÃO DO ESTADO.....	12
1. Estado Absolutista.....	13
2. Estado Liberal.....	16
3. Estado Social.....	19
4. Estado Regulador.....	23
III. DA REGULAÇÃO.....	28
1. Modalidades de Regulação	29
2. Agências Reguladoras.....	35
2.1. O modelo Norte-Americano.....	38
2.2. O modelo inglês.....	41
2.3. O modelo francês.....	42
2.4. O modelo Argentino	44
IV. AGENCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS.....	47
1. Histórico.....	48
1.1. A Reforma do Estado brasileiro da década de 1990.....	49
1.2. Gênese das Agências Reguladoras brasileiras.....	53
1.2.1. Características das Agências reguladoras brasileiras.....	56
1.3. Controvérsias.....	58
1.3.1. A questão da legitimidade.....	58
1.3.2. Dirigentes	60
1.3.3. O poder normativo das agências brasileiras.....	61
1.3.4. Limites ao poder de atuação das agências	62
1.3.5. O risco de captura.....	62
1.3.6. Como direcionar a atuação desses entes ao fim público.....	63
1.3.7. A responsabilidade estatal.....	63
1.3.8. Eficácia.....	64
V. CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	66

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO

Na década de 1990, ocorreu no Brasil o que se convencionou chamar de "Reforma do Estado". Recém saído do período de Ditadura Militar e com uma nova Constituição Federal pouco antes promulgada, as relações econômicas, sociais e políticas desenhavam-se de uma nova maneira.

A Reforma edificada no governo de Fernando Henrique Cardoso foi condição necessária para que o Estado pudesse realizar não apenas suas tarefas clássicas de garantia da propriedade e dos contratos, mas também seu papel de garantidor dos direitos sociais e de promotor da competitividade¹.

A Administração Pública, à época, era considerada insuficientemente capaz de atender as demandas exigidas pelos cidadãos. Suas limitações gerenciais, obsolescência da forma burocrática e a crise de governança do Estado tornavam-se nítidas. Assim, a fuga para o Direito Privado mostrou-se como a solução adequada.

Nas palavras do Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira, 1997, p. 7, a reforma envolveu quatro questões pontuais: a delimitação do tamanho do Estado, a redefinição de seu papel regulador, a recuperação da governança ou capacidade financeira e administrativa de implementar as decisões políticas tomadas pelo governo e o aumento da governabilidade ou capacidade política do governo de intermediar interesses, garantir legitimidade e governar.

Assim, iniciou-se no Brasil um período em que entes privados foram chamados à prestação de serviços públicos, sob a justificativa de serem mais eficientes e menos burocráticos, restando ao Governo um papel de regulação, já que a perseguição de um fim público deveria ser mantida.

1 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. Brasília: MARE, 1997, p. 7.

O modelo das autoridades administrativas independentes foi importado para o Brasil nesse contexto. Criadas originalmente (de acordo com a maioria da literatura Administrativa) em 1887 nos Estados Unidos², são primordiais para uma condução mais eficaz do governo.

As Agências Independentes são instrumentos essenciais para dissolver os anéis burocráticos dos Ministérios e subtrair a regulação de setores estratégicos da economia do âmbito das escolhas políticas do Presidente da República. De um ponto de vista pragmático, essa pretensa despolitização tinha por objetivo criar um ambiente regulatório não diretamente responsivo à lógica político-eleitoral, mas pautado por uma gestão profissional, técnica e imparcial. (Binenbojm, 2006, n.p.)

Com sua implementação, a lógica piramidal de estruturação da Administração Pública foi substituída por uma lógica policêntrica, visto que as agências reguladoras se situam fora da esfera de responsabilidade direta do governo.

No Brasil, são dotadas de personalidade jurídica de direito público, se desenvolvem na forma de autarquias de regime especial e fazem parte da Administração Pública indireta.

Apesar de seu intuito primeiro ser o de desempenhar a atividade regulatória em termos de eficiência, transparência e controle, acuidade técnica e credibilidade, sem a influência indesejável das conveniências políticas dos ocupantes dos cargos públicos³, sua atuação não está imune a críticas.

São diversos os debates envolvendo a figura das autoridades administrativas independentes. Questiona-se, por exemplo, a credibilidade de um modelo que confia em mãos não eleitas democraticamente a habilidade de conduzir serviços públicos destinados a atender demandas coletivas e sua concreta eficiência.

2 A primeira agência reguladora federal foi a *Interstate Commerce Commission* (ICC), que dispunha sobre a regulação das empresas de transporte ferroviário.

3 NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e Planejamento: a criação do PROREG. Fórum de Contratação e Gestão Pública**, n. 97, janeiro, 2010.

Isto posto, o presente estudo busca analisar a criação e constituição dessas figuras independentes, frente a sua importância e complexidade, em um contexto mundial e nacional, indicando as controvérsias acerca de sua existência e verificando sua experiência no Direito brasileiro.

Introdução feita, se reservará ao segundo capítulo a tarefa de exposição das diferentes fases pelas quais passou o Estado. O que importa na distinção entre seu momento inicial e a fase reguladora, que permitiu a criação das agências reguladoras.

O terceiro cuidará especificamente da regulação. Serão observadas as experiências regulatórias em diferentes países, como também suas características e fundamentos.

O quarto, ainda mais específico, tratará da regulação em solo brasileiro. Analisando o momento histórico da criação das agências nacionais, bem como suas peculiaridades e as controvérsias a seu respeito.

Por fim, restará ao último capítulo a conclusão do presente estudo.

CAPÍTULO II

EVOLUÇÃO DO ESTADO

Para que se entenda a figura das agências reguladoras, é necessário que se explique o cenário e a reunião de motivos e condições que ensejaram seu nascimento. O presente capítulo buscará demonstrar a evolução histórica do que se pode chamar fases do Estado, para que se compreenda o contexto de criação dessas autoridades administrativas independentes.

Só se entende o Direito Público e, em especial, o Direito Administrativo à vista da Sociedade sobre a qual se projete. Sem um conhecimento das ideias que presidem a vida social e política em cada momento histórico não se compreende bem os conceitos jurídicos, nem as leis que imperam nesse momento. (GROTTI, 2006, p. 39)

Primeiramente, vale a observação de que os termos agência reguladora, agência independente, autoridade administrativa independente, ente autônomo, ente regulador etc., serão aqui empregados como sinônimos, não comportando distinções entre seus significados.

O Estado, desde sua concepção, entendendo-se que sua constituição decorreu da necessidade de grupos em estabelecer uma sociedade política, passou por diversas fases até a instituição do modelo atual.

Em cada momento, as forças políticas e sociais moldaram a construção Estatal de acordo com as concepções reinantes à época e, primordialmente, de acordo com a vontade daquele que seria o detentor de mais força e poderio econômico.

As fases do Estado Moderno são as referentes ao Absolutismo, Liberalismo, Estado Social e Estado Regulador, cada qual com suas características próprias adaptadas às expectativas sociais de constituição de um governo.

O Estado Absolutista, conduzido por um monarca irresponsável e de razões egoísticas foi derrocado pela Revolução Francesa, pelas ideias iluministas e pela consagração do Estado de Direito.

O Liberal, pequenino, afastado da realidade proletária, se mostrou insuficiente frente as necessidades coletivas e contribui para o aumento das disparidades sociais.

O Estado Social, gigante, chamou para si todas as responsabilidades sociais as quais acreditava ser capaz de suprir. Gastador, foi igualmente burocrático e obtuso.

O Estado Regulador, por sua vez, busca conciliar as necessidades privadas e públicas em equilíbrio, de forma que se possam ser alcançados sucessos econômicos e também sociais. A transferência de atividades às esferas fora da lógica pública precisa, no entanto, ser acompanhada e conduzida.

Os movimentos de reengenharia estatal conduziram a diferentes arquétipos ao longo dos séculos, descambando em um Estado médio. Não há o que se falar do totalitarismo ultrapassado, nem do menosprezo relativamente recente. Intervenções adequadas e pontuais parecem ser a intenção máxima.

Logicamente, ao se falar em modelos e desejos, a teoria nem sempre encontra materialidade real. Espera-se que, ao longo desse estudo, possam ser indicadas as instabilidades e vicissitudes de cada modelo estatal, teoria administrativa e justificativa teórica para os mais diversos casos.

Diante ao exposto, cumpre agora analisar as diversas fases assumidas pelo Estado ao longo dos séculos.

1. Estado Absolutista

No início era o Absolutismo⁴. Esse modelo estatal originado graças a crise do feudalismo foi caracteristicamente autoritário, totalitário e parasita.

⁴ A passagem diz respeito às fases estatais a que se pretende referir o presente estudo. As organizações sociais anteriormente estabelecidas serão ignoradas, não por não serem reconhecidas, mas por não serem objeto de análise no momento.

O monarca, que justificava a origem de seu poderio na concessão Divina, exercia suas faculdades de forma irrestrita, vitalícia e hereditária, sem que houvesse qualquer consulta ao povo a ele subordinado. Poderia criar leis, impostos, tributos, interferir em assuntos religiosos etc., a seu bel prazer. Ele exercia ao mesmo tempo o correspondente aos Poderes Executivo e Legislativo.

O poder era totalmente centralizado e concentrado na figura do soberano e o Estado era irresponsável, assim, o rei ocupava tal posição que nenhum dever ou responsabilidade poderia ser a ele imputado. Não haviam obrigações públicas.

A célebre frase "L'état c'est moi", atribuída ao rei Luis XIV da França, sintetiza habilmente o espírito da época, em que o monarca ditava e reconfigurava as leis conforme as suas conveniências. Não há o que se falar em qualquer tipo de contenção ao poder monárquico.

Nesse momento, não existia interesse estatal no desenvolvimento de políticas dirigidas a coletividade, o fim público não era perseguido.

De tal forma, em um sistema que opere dessa maneira é evidente que exista descontentamento popular frente a vasta desigualdade econômica e social e a claudicante estrutura de poder.

Na França, essas questões somadas à má gestão política do então rei Luiz XVI e a crescente impregnação de ideias Iluministas, foram fatores cruciais para a insurreição dos revolucionários.

A Revolução francesa é considerada o marco responsável pela derrocada do Regime Absolutista. Somente após sua eclosão⁵ a figura do governante deixa de ser imune ao controle legal. O princípio da responsabilidade estatal, algo que só se tornou viável após a organização jurídica da Administração Pública, foi, portanto, reconhecido.

5 Não se trata de um reflexo imediato, no entanto.

Com o advento do Estado de Direito, que floresceu como principal arma da insurgente burguesia europeia dos séculos XVI e XVII no combate ao Antigo Regime e à legitimação divina dos reis, foi possível a construção de um aparato estatal marcado pela submissão do império à lei, pela soberania popular, pela representação política, pela separação dos poderes, pela supremacia constitucional e por um núcleo pétreo de direitos civis e políticos⁶.

“(...) a democracia e o Estado de Direito são a resposta da tradição política ocidental ao problema da dominação. A contradição fundamental entre dominação e autodeterminação do homem deve tornar-se suportável através da combinação democrática entre (...) decisão dos dominantes e as reivindicações e interesses dos dominados e através do ordenamento jurídico, da limitação e do controle das atribuições para o exercício da dominação. (Karpen, 1993, p. X)

O princípio da separação de poderes, desenvolvido por Barón de Brède Montesquieu e Charles Louis Sécondat em "O espírito das leis"⁷, de 1748, foi igualmente decisivo para o surgimento do Estado de Direito.

Essa teoria permitiu a separação de forma independente e harmônica dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegurasse a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face aos demais e das pressões dos poderosos particulares⁸.

a tripartição das funções do Estado em executivas, legislativas e judiciais veio ensejar a especialização das atividades do governo e dar impertinência aos órgãos incumbidos de realizá-las. Daí surgiu a necessidade de julgamento dos atos da administração ativa, o que inicialmente ficou a cargo dos Parlamentares, mas posteriormente reconheceu-se a conveniência de se desligar as atribuições políticas das judiciais. Num estágio subsequente foram criados, a par dos tribunais judiciais, os tribunais administrativos. Surgiu, assim, a Justiça Administrativa, e, como corolário lógico, se foi estruturando um Direito específico da Administração e dos Administrados para as suas relações recíprocas. (Meirelles, 2015, p. 51)

6 FRANÇA FILHO, Marcílio Toscana. **A Alemanha e o Estado de Direito. Apontamentos de teoria constitucional comparada**. Brasília: Revista de informação legislativa, 1997, p. 110.

7 MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Victor Civita, 1973.

8 DÍAZ, Elías. **Estado de derecho e sociedad democrática**. Madrid. Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1973, p. 29 e segs.

Foi, portanto, impulso para a ruptura do regime anterior em que em uma só pessoa se concentravam todos os poderes e viabilizou a inauguração do Estado de Direito que, nas palavras de Canotilho, 1999, p. 11, é uma forma de organização político-estatal cuja atividade é determinada e limitada pelo direito. 'Estado de não direito' (...), pelo contrário, (seria) aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito.

Assim, somente após a Revolução francesa,

pela afirmação do princípio da divisão dos poderes e da integral sujeição do poder executivo às normas editadas pelo poder legislativo é que foi possível constatar a eficácia vinculante das leis que tratavam da organização e atividade dos órgãos da Administração Pública e o surgimento de relações jurídicas entre o Estado e os cidadãos. (Mafra Filho, 2004, p. 169)

2. Estado Liberal

O Estado liberal foi o sucessor do Absolutismo. Surgido no século XVII como uma necessidade de contenção ao poder irrestrito do monarca, sofreu influência da obra de 1681 “Segundo Tratado do Governo Civil” de John Locke, considerado o pai do Liberalismo.

O Liberalismo, diferentemente do regime que o antecedeu, moldava-se por uma concepção de Estado não intervencionista, limitado somente a proteger a propriedade e liberdade individual⁹.

A monarquia absoluta não prestava qualquer conta aos súditos do governo, ao passo que poderia intervir em qualquer esfera política, econômica ou individual desejada.

Locke, em sua obra, foi contra os fundamentos desse regime autoritário, já que acreditava que a associação de pessoas somente se justificava pelo mútuo interesse por segurança e melhores condições de vida, em que imperaria a vontade da maioria, quando reunida para a formação de uma sociedade.

9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.). **Direito Regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 38.

Se todos os homens são, como se tem dito, livres, iguais e independentes por natureza, ninguém pode ser retirado deste estado e se sujeitar ao poder político de outro sem o seu próprio consentimento. A única maneira pela qual alguém se despoja de sua liberdade natural e se coloca dentro das limitações da sociedade civil é através de acordo com outros homens para se associarem e se unirem em uma comunidade para uma vida confortável, segura e pacífica uns com os outros, desfrutando com segurança de suas propriedades e melhor protegidos contra aqueles que não são daquela comunidade. Esses homens podem agir desta forma porque isso não prejudica a liberdade dos outros, que permanecem como antes, na liberdade do estado de natureza. Quando qualquer número de homens decide constituir uma comunidade ou um governo, isto os associa e eles formam um corpo político em que a maioria tem o direito de agir e decidir pelo restante. (Locke, 1861, p.61)

É válida a lembrança de que antes do lançamento da obra de Locke, no período compreendido entre 1789 e 1799, ocorreu a Revolução francesa, marco da luta popular mundial contra os despautérios de um governo absolutista.

A revolução, entre outras causas que levaram a sua eclosão, questionou o poder integral do estado, completamente irresponsável frente aos governados e concentrado na figura de um monarca imprudente que não respondia as expectativas individuais.

Desse enfrentamento aos governos monárquicos, surge a necessidade de um regime inovador, construído com lógica oposta ao seu antecessor. Assim sobrevém o Liberalismo, pautado na mínima intervenção estatal, de modo que sejam asseguradas as liberdades individuais.

O Liberalismo econômico surge em um próximo momento. O lançamento da obra “A riqueza das Nações – Investigação sobre sua natureza e suas causas” em 1776, de Adam Smith, garantiu ao autor o título de “pai do liberalismo econômico”.

Sua obra difundiu ideias do que seria uma nova teoria do desenvolvimento econômico, tais como a divisão do trabalho e sua importância como garantidora de maior produtividade. Em uma passagem famosa de seu livro, narra como a produção de alfinetes feita por diferentes homens, cada qual trabalhando em uma única e específica função, levaria a uma maior produção.

Tomemos, pois, um exemplo, tirado de uma manufatura muito pequena, mas na qual a divisão do trabalho muitas vezes tem sido notada: a fabricação de alfinetes. Um operário não treinado para essa atividade (que a divisão do trabalho transformou em uma indústria) nem familiarizado com a utilização das máquinas ali empregadas

(cuja invenção provavelmente se deveu à mesma divisão do trabalho), dificilmente poderia talvez fabricar um único alfinete em um dia, empenhando o máximo de trabalho; de qualquer forma, certamente não conseguirá fazer vinte. Entretanto, da forma como essa atividade é hoje executada, não somente o trabalho todo constitui uma indústria específica, mas ele está dividido em uma série de setores, dos quais, por sua vez, a maior parte constitui provavelmente um ofício especial. Um operário desenrola o arame, um outro o endireita, um terceiro o corta, um quarto faz as pontas, um quinto afia nas pontas para a colocação da cabeça do alfinete, (...). Assim cada pessoa consegue fazer 1/10 de 48 mil alfinetes por dia, pode-se considerar que cada uma produzia 4.800 alfinetes diariamente. Se, porém, tivessem trabalhando independentemente um do outro, e sem nenhum deles tivesse sido treinado para esse ramo de atividade, certamente cada um deles não teria conseguido fabricar 20 alfinetes por dia. (Smith 1996, p.66)

Essa obra foi igualmente responsável por embasar uma teoria de desenvolvimento econômico em que a iniciativa privada, livre de qualquer ingerência Estatal, encontraria meios para seu pleno desenvolvimento, de modo que o próprio mercado, ou as forças econômicas, se auto regulariam. A interferência Estatal de forma excessiva seria sinônimo de menor eficiência.

Uma vez que o mercado seja ele próprio o responsável por sua regularização, ele seria moldado, portanto, de acordo com o que fosse conveniente e relevante à população em determinado momento.

Esse pensamento foi explicado graças a criação, por Smith, de uma figura alegórica denominada “mão invisível do mercado”. As forças naturais conduziriam as relações econômicas, sem necessidade de interferências de qualquer tipo.

O Estado adotaria uma postura absenteísta, atuando em ocasiões pontuais e garantindo, tão somente, condições para o desenvolvimento do mercado, a defesa da nação e promoção da segurança de seus governados e a execução de tarefas que não poderiam ser promovidas pela iniciativa privada.

Assim, nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, 2002, p. 285-286, o Liberalismo “exibe um Estado de funções reduzidas, confinadas à segurança, justiça e serviços essenciais. É o Estado da virada do século XIX para o XX. Nele vivia-se a afirmação, ao lado dos direitos de participação política, dos direitos individuais, cujo objeto precípua era o de traçar uma esfera de proteção das pessoas em face do Poder Público. Estes direitos, em sua expressão econômica mais nítida, traduziam-se na liberdade de contrato, na propriedade privada e na livre iniciativa.”

A falha do Liberalismo começa quando se percebe que as condições previstas para seu funcionamento foram elaboradas imaginando-se uma sociedade em que as relações não acontecem como de fato são.

Imaginar o funcionamento de um mercado sem levar em conta sua factual conjuntura e incidência de fatores tais como a inequidade dos agentes, que leva a uma competição desequilibrada, é deveras ingênuo.

Mais uma vez, diferentemente do que pressupunha Smith, a persecução de interesses individuais não leva necessariamente ao alcance de um bem comum. O afastamento do Estado fazia com que as demandas sociais não pudessem ser plenamente atendidas, criando uma maior distância entre aqueles que já eram economicamente e socialmente desiguais.

Além disso, outros fatores que podem ser citados como contribuintes a falência do modelo liberal são a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), a crise de 29, ou Grande Depressão e, posteriormente, a Segunda Guerra Mundial, fatores que abalaram a confiança no mercado e demonstraram necessária a atuação do Estado na Economia¹⁰.

3. Estado Social

Com o fracasso do modelo liberal, percebeu-se necessária a instalação de um novo modelo estatal, agora intervencionista, capaz de garantir a prosperidade a todas as classes sociais. De um modelo absenteísta, passa-se a um modelo interveniente, controlador das forças econômicas e condutor de desenvolvimento.

O advento dos direitos de cunho liberal não se mostrou suficiente para que a dignidade humana fosse assegurada. A industrialização, marcada pelo signo do *laissez faire*, *laissez passer*, acentuou a exploração do homem pelo homem, problema que o Estado liberal, de característica absenteísta, não tinha como resolver. (Sarmiento, 2006, p. 15)

10 SILVA, Cristina Alves da; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. **Agências reguladoras e evolução Estatal: uma análise temporal do papel do Estado no setor econômico**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 251-273, jan./mar. 2013, p. 255.

Os interesses eminentemente privados como a propriedade e o mercado¹¹ haviam se tornado mais relevantes que o fortalecimento das garantias individuais e interesses coletivos.

Esse novo modelo, portanto, busca sair da lógica anterior e preocupar-se não com o “ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre teve maravilhosa convivência, mas sim o conjunto dos grupos sociais oprimidos pela miséria e pela doença (Comparato, 2007, p. 54-55).

Apesar da inegável valorização do homem esquecido no absolutismo¹², a crise do Liberalismo deu-se devido a impotência do modelo em assegurar a todos os indivíduos a igual promoção de seus direitos. Com o aumento da disparidade entre classes, o Estado Social não decorreu necessariamente do socialismo, mas partiu da perspectiva da ausência de atuação estatal específica para a promoção de justiça social¹³.

O modelo anterior, apesar de se preocupar com liberdades individuais e igualdade de maneira formal, falhou na prestação concreta dessas garantias. A industrialização acentuou a disparidade entre as classes, criando uma massa de proletariados que não conseguiam ser salvaguardados das condições precárias em que se encontravam somente com a lei.

O grande impacto causado pela industrialização, aliado aos graves problemas sociais e econômicos dela decorrentes, bem como ao surgimento das doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal da liberdade e da igualdade não gerava a garantia de que seriam efetivamente gozadas, resultaram, ainda no decorrer do século XIX, no surgimento de amplos movimentos reivindicatórios e no consequente reconhecimento de direitos que impunham ao Estado um comportamento ativo na busca da realização de justiça social. (SARLET, 2007, p. 56)

11 MELO, Thiago Dellazari. **Do Estado Social ao Estado Regulador**. Revista do programa de pós-graduação em Direito da UFC. n.30, n. 1, 2010, p. 224.

12 FILHO, José dos Santos Carvalho. **Estado Mínimo x Estado Máximo: o dilema**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º.12, dezembro/janeiro/fevereiro, 2008, p. 3.

13 PLACHA, Gabriel. **A atividade Regulatória do Estado**. Dissertação de Mestrado) - PUCPR. Paraná, fevereiro de 2007.

A atuação do Estado seria, portanto, imperiosa para “garantir que sejam efetivadas políticas de caráter assistencialista na sociedade, para promover os notadamente hipossuficientes em suas necessidades básicas” (Vizeu, 2011, p.2).

Abandonado o individualismo do momento anterior, o Estado mínimo transformou-se em máximo. Os direitos individuais já existentes no Liberalismo foram mantidos, mas agora o Estado realizaria medidas efetivas para sua materialização.

Novos e importantes conceitos são introduzidos. como os de função social da propriedade e da empresa, assim como se consolidam os chamados direitos sociais, tendo por objeto o emprego, as condições de trabalho e certas garantias aos trabalhadores. (Barroso, 2002, p.286)

Os movimentos sociais à época lutavam contra esse Estado que só contribuía para o aumento da desigualdade social. O liberalismo em se abster da prestação concreta de direitos, ensejou a luta por igualdade e direitos sociais. Há a separação entre os proprietários dos meios de produção e os trabalhadores, verdadeira massa oprimida de proletariados.

A obra “Manifesto do Partido Comunista”, de Karl Marx e Friedrich Engels, lançada em 1848, é símbolo das opressões sofridas pelos trabalhadores e representa a oposição entre as duas camadas sociais que seriam os trabalhadores e os donos dos meios de produção.

O Estado Social, portanto, buscou sanar essas reivindicações, preservando o mercado capitalista e a propriedade dos meios de produção, mas sem a postura de neutralidade absoluta frente ao aspecto de intervenção da economia como forma de tornar os valores liberais mais efetivos¹⁴.

O advento do Estado social também assegurou o reconhecimento e positividade dos direitos econômicos e sociais, sendo provavelmente a principal contribuição do pensamento socialista em favor da humanidade.

Segundo Dimitri e Martins, 2007, p.32, o processo revolucionário de luta por direitos sociais “culminou com a positividade dos chamados ‘direitos fundamentais de segunda

14 Ibid., p.35.

geração', quando da promulgação da Constituição Mexicana em 05 de fevereiro de 1917 e, posteriormente na Alemanha, com a Constituição de Weimar, em 11 de agosto de 1919.

Assim, o Estado Social surge

[...] ancorado na necessidade de uma reformulação do capitalismo, a partir do esgotamento do modelo liberal. Os direitos de liberdade, considerados como direitos naturais e correlatos à própria condição humana, revelaram-se incapazes de conter conflitos crescentes no âmbito social, sendo necessário que o Estado passasse a positivizar direitos de índole “artificial”, os direitos econômicos e sociais (Appio, 2005, p. 55-56).

Esse Estado prestador “ainda dita os salários, intervém na economia, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, controla as profissões, financia as exportações, concede crédito, enfrenta crises econômicas, provê necessidades individuais”¹⁵.

Assim, apesar dos êxitos atingidos pelo modelo Social, forma-se um Estado pesado, ao passo que intervém em tantos aspectos da vida social e individual. A burocracia demandada para a realização dos feitos, cria uma máquina estatal obtusa e altamente dispendiosa.

A dimensão alcançada pelo Estado faz com que ele se torne lento nas prestações a que se propôs, impossibilitado de satisfazer as crescentes demandas sociais¹⁶. Nas palavras de Bonavides, 1996, p. 187, “alcança-lo, já foi difícil, conservá-lo, parece quase impossível”.

Destarte, as soluções adotadas pelo Estado Social para os problemas do modelo Liberal não lograram sucesso definitivo. Na tentativa de êxito nas esferas individual e econômica, o Estado se faz demasiadamente presente, de maneira que não consegue suportar os custos de sua atuação.

15 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997, p.186.

16 Ibid., p. 225.

Da mesma forma, a manutenção dos projetos de satisfação do interesse coletivo demandava a existência de recursos que se tornaram escassos. O endividamento do Estado cresceu, fazendo com que não pudessem mais ser suportadas as exigências da sociedade¹⁷.

4. Estado Regulador

Como explanado anteriormente, a manutenção do Estado Social tornou-se tarefa difícil. O Estado perde sua imagem de garantidor eficiente de direitos frente a dificuldade encontrada em assegurá-los.

Com a igual insuficiência experimentada pelo modelo Liberal, o estabelecimento de um novo arquétipo estatal, capaz de combinar os benefícios de ambos os modelos Liberal e Social, era essencial. Considerando-se a alta complexidade em que se estabelecem as sociedades, o aparato social necessitou ser reformulado para enfrentar este dinamismo social¹⁸.

A dicotomia entre público e privado frustra a elaboração de medidas que harmonizem os dois lados e inibe a criação de um governo em que o desenvolvimento econômico e a consolidação de direitos fundamentais sejam igualmente perseguidos.

O Estado, portanto, não poderia ser mínimo, a ponto de ser impotente em conferir proteção a seus cidadãos, nem poderia ser máximo, extremamente burocrático e ineficiente.

Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, 2002, p. 286, o Estado havia perdido seu “charme redentor, passando-se a encarar com ceticismo o seu potencial como instrumento do progresso e da transformação. O discurso deste novo tempo é o (...) da privatização e das organizações não governamentais”.

17 SILVA, Cristina Alves da; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. **Agências reguladoras e evolução Estatal: uma análise temporal do papel do Estado no setor econômico**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 251-273, jan./mar. 2013.

18 Ibid., p. 226.

O Estado Regulador foi assim a resposta encontrada para lidar com as questões apresentadas na tentativa de saná-las, percebendo na concessão de espaço à iniciativa privada uma maneira de aprimorar sua atuação.

Fique claro que o Estado, por gozar de uma legitimidade política que lhe é conferida em nome do interesse público, é o único possuidor de legitimidade para regular serviços públicos¹⁹.

Nesse novo modelo haveria a delegação de atividades e reordenação da posição estratégica na economia, transferindo-se à iniciativa privada todas as atividades que por ela possam ser bem executadas, de forma a permitir que a Administração se dedique principalmente ao atendimento das necessidades fundamentais da população²⁰.

Assim, a participação privada seria responsável por garantir os atributos que tinham sido associados ao seu modo de agir, tais como eficiência, celeridade e presteza, sem que fosse deixado de lado a proteção aos indivíduos e a promoção dos interesses coletivos no desenvolver da atuação pública.

Todos os serviços públicos que puderem ser organizados segundo padrões de estrita racionalidade econômica deverão ser remetidos à iniciativa privada. Somente incumbe ao Estado desempenhar atividades diretas nos setores em que a organização econômica, modelada pelos parâmetros de acumulação privada de riqueza, colocar em risco valores coletivos ou for insuficiente para propiciar sua plena realização (Justen Filho, 2002, p. 24).

Esse novo Estado admite sua inaptidão na condução de determinadas atividades, delegando certas competências à iniciativa privada, ao passo que continua como principal condutor do bem comum.

A regulação foi a maneira em que se pôde conjugar a atuação privada com a ordenação pública. Nas palavras de Maria Sylvia Di Pietro, 2004, p. 21, a regulação estatal da atividade

19 JÚNIOR, Aragon Érico Dasso. **Reforma do Estado com participação cidadã? Déficit democrático das agências reguladoras brasileiras**. Tese de Doutorado - UFSC. Florianópolis, 2006, p. 100.

20 AZEVEDO, Eurico de Andrade. **Agências Reguladoras**. R. Dir. Adm. Rio de Janeiro, 213:141 – 148, jul./set. 1998, p. 141.

privada seria “o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade privada pelo Estado, com a finalidade de estabelecer o funcionamento equilibrado do mercado”.

Esta nova visão da atuação do Estado na economia, com a diminuição de sua participação direta na prestação de serviços, impõe, por outro lado, a necessidade de fortalecimento de sua função reguladora e fiscalizadora. E, para esse fim, é indispensável que reestruture a sua administração, de maneira a poder controlar eficientemente as empresas privadas que venham a assumir a prestação dos serviços públicos. (Eurico de Andrade Azevedo, 1998, p.1)

A regulação permitiria a promoção de deveres sociais por parte do governo e a incorporação de características privadas de atuação, formada por um

conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direção socialmente desejáveis (Aragão, 2005, p. 37).

Como o Estado não assume diretamente o exercício da atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade²¹, a regulação passa a ser uma opção de política econômica²².

defende-se, por isso, a concepção de ser a regulação um conjunto ordenado de políticas públicas, que busca a realização de valores econômicos e não econômicos, reputados como essenciais para determinados grupos ou para a coletividade em seu conjunto. Essas políticas envolvem a adoção de medidas de cunho legislativo e de natureza administrativa, destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e a reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores prezados. As políticas regulatórias envolvem inclusive a aplicação jurisdicional do Direito. (Justen Filho, 2002, p. 40)

A regulação institucionalizada seria, portanto, a forma de o Estado controlar a atuação privada para que essa permanesse nos parâmetros exigidos de condução do bem público ao executar atividades econômicas.

21 SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

22 Ibid., p. 101.

Nessa redefinição de seu papel, o Estado não intervém diretamente na economia, mas coordena, condiciona e disciplina a atividade econômica privada²³. O desejado é conciliar os interesses públicos e privados.

A transferência da exploração de serviços a outro ente que não o Poder Público, exige que a exploração seja feita em benefício da coletividade. Daí a importância da regulação em fiscalizar se assim ocorre de fato.

O Estado Regulador precisa ter como objetivo permanente a repressão ao abuso do poder econômico. O Estado deve manejar o poder econômico em prol da coletividade, ou seja, no desenvolvimento econômico e social do país. (Estado Reg, p. 230)

Essa intervenção pública na economia busca adequar a atuação dos agentes econômicos, já que, nas palavras de Gasparini, 2002, p. 621, “o poder econômico não pode voltar-se contra a coletividade. Sua manipulação há de ser em benefício do desenvolvimento nacional e da justiça social.

Como já dito, a regulação evitaria o conflito de interesses públicos e privados e, para que fosse desempenhada de forma satisfatória, houve a criação de entes especializados, responsáveis por controlar setores determinados, de acordo com sua especificidade técnica.

A essas entidades foi dado o nome de agências reguladoras e serão elas o objeto do presente estudo.

Sua implementação, nas palavras de Eurico de Andrade Azevedo, 1998, p. 142, decorrem de serem as agências resposta a uma série de necessidades, tais como:

- necessidade de possuir ampla autonomia técnica, administrativa e financeira, de maneira a ficar, tanto quanto possível, imune às injunções político-partidárias, aos entraves burocráticos e à falta de verbas orçamentárias,
- necessidade de expedir normas operacionais e de serviço, de forma a poder acompanhar o ritmo extraordinário do desenvolvimento tecnológico e o atendimento das demandas populares.
- necessidade de aplicar sanções com rapidez, respondendo aos reclamos da população e às exigências do serviço.
- necessidade de associar a participação dos usuários no controle e fiscalização do serviço.

²³ Ibid., p. 100.

De tal forma, a lógica piramidal de estruturação da Administração Pública, em que a atividade administrativa é diretamente responsiva à lógica político eleitoral²⁴, é rompida com a implementação desses novos entes, instaurando-se uma disposição policêntrica, já que sua atividade passa a situar-se em esfera jurídica externa à da responsabilidade política do governo²⁵.

O primeiro modelo de agências reguladoras a que se tem registro surgiu nos Estados Unidos, em 1887. A chamada Interstate Commerce Commission (ICC) dispunha da regulação entre as empresas de transporte ferroviário e empresários rurais.

O modelo regulatório ocorreu de maneira heterogênea ao redor do mundo, sendo implantado oficialmente no Brasil apenas na década de 1990, graças aos projetos de reforma do Estado e políticas de desestatização.

Aqui, são dotadas de personalidade jurídica de direito público, se desenvolvem na forma de autarquias de regime especial e fazem parte da Administração Pública indireta. A criação e análise da figura das agências independentes brasileiras serão melhor exploradas no terceiro capítulo.

A instauração do modelo regulatório, no entanto, não é imune a críticas e nos próximos capítulos será feita uma abordagem ampliada do tema.

São diversos princípios consagrados que possuem como função principal, servir como barreira para o poder de punir do Estado. É o fruto de um Estado de Direito que concebe suas

24 BINENBOJM, Gustavo (coord). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

25 Op. Cit., p. 22.

próprias limitações, tendo em vista a realidade punitivista da sociedade e a sua sede por “justiça” a qualquer custo.

É devido a esses princípios que a presunção de inocência e a prisão sem sentença condenatória transitada em julgado, poderão coexistir. No Brasil, os princípios que regem a prisão cautelar são: da jurisdicionalidade, do contraditório, da provisoriedade, da excepcionalidade, da proporcionalidade e da legalidade. Todos serão tratados adiante.

CAPÍTULO III

DA REGULAÇÃO

Como bem nos esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 2003, do conceito de regulação surgem dois elementos: a própria ideia de regulação e a ideia de mudança. Ao mesmo tempo em que se procura assegurar um certo grau de estabilidade no objeto da regulação, as portas para as mudanças necessárias permanecem abertas²⁶.

Assim, a ideia máxima de que o advento das estruturas de regulação serviria para assegurar a perenidade social, deve ser conjugada com a concepção de que os entes administrativos não podem ser estáticos, devem adequar-se às Instituições do país e ao seu modelo econômico. A premissa é a de que a regulação não é um fim em si mesmo e sim um instrumento para promover conscientemente os fins do Estado²⁷.

Considerando-se, desta forma, o valor da adaptabilidade, aos próximos parágrafos cumpre a tarefa de análise das experiências das autoridades administrativas independentes estrangeiras, bem como as modalidades e formas em que se expressa a regulação, possibilitando um panorama do exercício e evolução desses entes.

Quando são averiguadas as raízes históricas, razões de fundamento, objetivos e estruturação de uma entidade, ocorre melhor sua compreensão. A comparação com modelos diversos é de igual forma importante, já que permite que sejam notadas falhas, no modelo usado e no comparado, e notados também os acertos, o que permite uma construção de um modelo mais adequado e eficaz.

A constituição desses modelos em cada país ocorrerá de forma diversa, logicamente. Assim, a reprodução no ordenamento jurídico brasileiro, sem adaptações às peculiaridades específicas nacionais será impossível.

Outrossim, o delineamento dos atributos basilares da regulação exercida pelo Poder Público será da mesma maneira apreciado.

26DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.). **Direito Regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

27 Ibid., pág. 93

1. Modalidades de Regulação

Conforme as lições do Professor Leonardo Vizeu, 2011, p. 3, o Estado, via de regra, não intervirá na economia, somente o fazendo quando se configure estritamente necessário para garantir a observância dos princípios constitucionais que norteiam a Ordem Econômica, notadamente os princípios da livre iniciativa e da liberdade de concorrência.²⁸ Assim, a regulação somente ocorrerá quando houver, de fato, alguma falha de mercado.

Ainda segundo o professor, as falhas ocorrerão devido às seguintes razões: Deficiência na concorrência, deficiência na distribuição dos bens essenciais coletivos, externalidades, assimetria informativa e poderio e desequilíbrio de mercado.

Deficiência na concorrência ocorre quando não existem condições equilibradas de disputa entre os agentes econômicos, seja devido à formação de monopólios, ou oligopólios, permitindo que o interesse privado se sobrepose ao coletivo.

Deficiência na distribuição dos bens essenciais coletivos acontece quando a função primeira do Estado de promoção do acesso coletivo a bens referentes ao mínimo existencial não se cumpre.

Externalidades refere-se à elementos gerados pelos agentes econômicos que interferem na vida de terceiros, alheios a atuação desses entes, de forma que sejam prejudicados.

Assimetria informativa se dá quando a realidade concreta de operação do mercado não condiz com a informação recebida pelo Estado ou o consumidor acerca de seu funcionamento.

Poderio e desequilíbrio de mercado diz respeito à magnitude do mercado e sua importância para a economia interna. De tal forma, o agir dos agentes pode, ocasionalmente, estar revestido de técnicas abusivas e posições arbitrárias.

O agir da regulação se faz necessário, portanto, para coibir que essas práticas nocivas atinjam a coletividade. A incidência de entes reguladores nas atividades prestadas por entes

²⁸ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *A Evolução da ordem econômica no direito constitucional brasileiro e o papel das agências reguladoras*, p. 7.

privados encontra sua razão de agir quando são detectados vícios de comportamento, que afastam os resultados perseguidos pelas empresas do fim público.

A Regulação Pública, ainda, difere-se da regulação privada, por ser essa conduzida de forma espontânea. Seria um reflexo da mão invisível e sua regulação automática. Os agentes econômicos agem de acordo com suas vontades e o mercado é configurado a partir disso, norteado pelos princípios de livre concorrência e iniciativa.

Vale destacar que, ainda assim, a regulação estatal se mostra necessária, impedindo a formação de concorrência desleal, ou qualquer outro tipo de ilegalidade ou irregularidade.

A interferência pública no setor econômico, assunto a que esse estudo faz referência, mostra-se necessária já que, como dito anteriormente, a crise do liberalismo evidenciou que a manutenção do mercado sem a participação estatal resultou em falhas que precisaram de correção. A regulação foi assim, a maneira encontrada de nortear esse setor.

A atuação Pública tem se manifestado de algumas formas. As agências são um desses desdobramentos, mas

Observe-se que, não é indispensável que a regulação seja exercida por agência reguladora, podendo ser feita por qualquer órgão ou entidade integrante da Administração Pública. Como exemplos históricos de entes reguladores públicos, podemos destacar o antigo Departamento de Aviação Civil – DAC, criado em 22 de abril de 1931, pelo Presidente Getúlio Vargas, subordinado ao, então, Ministério de Viação e Obras Públicas, tendo por fim disciplinar a navegação e a indústria aeronáutica do Brasil, cujas atribuições encontram-se, atualmente, a cargo da recém-criada Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC; o já extinto Instituto Brasileiro do Café, criado em 1952, em substituição ao Departamento Nacional do Café, com o fim de regular a política cafeeira nacional, o qual atuou até o ano de 1989, no qual foi substituído pelo Conselho Deliberativo de Política de Café; bem como o Banco Central do Brasil, responsável pela normatização do Sistema Financeiro Nacional. (Vizeu, 2011, 9-10).

O Estado regulador brasileiro atua de forma setorial e seu exercício será melhor explanado no próximo capítulo.

Ainda de acordo com Vizeu, 2011, p.7, a regulação, de maneira geral, poderá ser econômica, quando opera diretamente no mercado, coibindo as práticas prejudiciais já mencionadas anteriormente. Poderá referir-se à serviços públicos, quando conjuga sua

adequada prestação e a aferição de lucro ao delegatário²⁹. E poderá, ainda, ser social, ambiental e cultural, quando cuida, respectivamente, da proteção do interesse público³⁰, da promoção da preservação do meio ambiente³¹ e da produção cultural nacional³².

Segundo o professor Stéphane Braconnier (2001, p.46-47), os modelos de regulação são os seguintes: sunshine regulation, autorregulação, light-handed regulation, regulação setorial independente e modelo de regulação americano.

O primeiro, sunshine regulation, restringe-se a censura de determinadas condições de funcionamento dos serviços públicos, tendo um poder exclusivamente moral³³.

This regulatory tool can be implemented separately or as a complement to other regulation techniques. The power of sunshine regulation is less effective when applied separately than when it is applied as a complement to the prevailing regulatory process.

(...) Sunshine regulation always encompasses the use of benchmarking mechanisms, namely through performance indicators (or other methods), to a greater or lesser degree. While presenting the results of economic performance, sunshine regulation is not very effective (...). However, concerning the quality of service the consequences are almost always very positive.

(...) It must also be mentioned that the implementation of sunshine regulation raises some difficulties and need some requirements, such as the institution of a body at a national level to implement this task, preferably one that is independent from the state, since the operators are very often state operators, the fear that providing information about performance may put their image at risk and uneasiness with regard to the possible consequences of revealing their performance are other difficulties brought about by this regulatory method. (Marques, 2010, p. 15)

Autorregulação, por sua vez, seria realizada pelo próprio ente, dirigida à sua atuação, através da criação de uma seção formada por diferentes agentes de diferentes setores.

29 É o caso da ANATEL, Agência Nacional de Telecomunicações.

30 É exemplo a ANS, Agência Nacional de Saúde.

31 Ex. IBAMA, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis.

32 Ex. ANCINE, Agência Nacional do Cinema.

33 Ibid., p. 110.

Light – handed regulation, refere-se a uma versão mais branda de regulação. Usada por alguns, nas palavras de Brian Easton, 2012, para alinhar seus bolsos às custas do poder público. Uma regulação mais formalmente leve é a noção de que o mercado pode ser deixado à auto-regulação por interesses privados com um mínimo de regulamentação pública através da lei e supervisão³⁴.

It is common to hear that regulation of natural monopolies should be 'light-handed' and that some form of 'price monitoring' regime is best-practice in these circumstances.

However, inevitably there are some situations where the conditions for effective competition are absent; such as where firms have a legislated or natural monopoly.

(...) In these circumstances the owner of the infrastructure is able to reduce output and service levels while charging monopoly prices, as basic economic theory suggests, causing significant detriment to users and the economy as a whole. (Sims, 2015)

Regulação setorial independente ocorreria quando o ente regulador se propusesse a desempenhar sua função promovendo, igualmente, a emulação entre os regulados. Se desenovelaria na forma de sanções, premissas para eficiência etc.

Por fim, no modelo de regulação americano, que será melhor explanado em próximos parágrafos, os entes regulados podem participar do momento decisório através do exercício do contraditório. Atuam ao demonstrar as distorções que precisam ser corrigidas sem, no entanto, gozarem de artifícios coercitivos.

Para Vital Moreira, 1997, p. 145-146, a regulação será direta quando se configura em ordens juridicamente vinculantes aos particulares para deles se obter uma ação, omissão ou prestação, e será indireta quando a finalidade pública for atingida não pela coação, mas por incentivos ou meios adaptados a outros fins.

Será classificada como estrutural quando fizer referência às condições que evitem o comportamento criticável, como limitação do número de operadoras³⁵ e será atividade

34 EASTON, Brian. **The context of light-handed regulation**, 2012. Disponível em: <https://www.eastonbh.ac.nz/2012/09/the-context-of-light-handed-regulation/>

35 FERRER, Juan De La Cruz, 2002, p. 142-145.

regulatória de conduta quando atinge a realização da atividade, ao estabelecer padrões de qualidade, por exemplo.

Outra modalidade classificatória, é a divisão entre a atividade reguladora protecionista e a policiadora. A primeira protege a atividade regulada de outras, e a segunda protege direitos alheios em face da atividade desempenhada pelo ente regulado, como proteção do consumidor, por exemplo³⁶.

Ainda de acordo com Moreira, a intensidade da incidência da regulação poderá ser fraca, média ou forte³⁷.

Para que a regulação aconteça, diferentes meios poderão ser empregados, tais como:

- a) atos normativos, gerais e abstratos, porém de caráter setorial, para supervisão e regulamentação da atividade econômica;
- b) mediação entre os interesses dos setores públicos e privados, através de instrumentos jurídicos transacionais de composição extrajudicial de conflitos;
- c) exercício de poder de polícia (fiscalização) sobre a atividade econômica, seja mediante expedição de regulamentos proibitivos próprios, seja através de aplicação de sanções administrativas nas infrações a serem apuradas no caso concreto – função judicante;
- d) fomento, estímulo e promoção a determinadas atividades, a fim de se alcançar os objetivos políticos estabelecidos pelo Poder Público. (Vizeu, 2011, p.11)

Segundo o ilustre professor e ministro Luís Roberto Barroso, 2005, p.6, o Poder Público interfere na atividade econômica, traçando sua disciplina, através da edição de leis, regulamentos e pelo exercício do poder de polícia.

De fato, o Estado exerce competências normativas primárias e edita normas decisivas para o desempenho da atividade econômica, algumas com matriz constitucional, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor (art. 5º, XXXII³⁸), a lei de remessa de lucros (art. 172³⁹), a lei de repressão do abuso do

36 MOREIRA, Vital. **A auto-regulação profissional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 20.

37 Op. Cit., p. 34.

38 “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

39 “A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.”

poder econômico (art. 173, § 4º⁴⁰), entre outras. Exerce, ademais, competências normativas de cunho administrativo, editando decretos regulamentares, resoluções, deliberações, portarias, algumas em domínios relevantíssimos como a política de crédito e a de câmbio. Por fim, desempenha, também, o poder de polícia, restringindo direitos e condicionando o exercício de atividades em favor do interesse coletivo (e.g., polícia ambiental, sanitária, fiscalização trabalhista).

Ainda, poderá intervir através do fomento, estimulando a iniciativa privada à subordinação a utilidade pública. O professor cita o exemplo dos incentivos fiscais, que promovem a instalação de indústrias ou outros ramos de atividade em determinada região e a elevação ou redução da alíquota de impostos, decisivo na expansão ou retração de determinado segmento da economia⁴¹.

A atuação direta do Estado seria, por fim, de acordo com o professor, a última forma de atuação do Poder Público. Ocorreria na forma de prestação de serviços públicos e exploração de atividades econômicas, pelos órgãos despersonalizados integrantes da Administração.

A prestação indireta, em contrapartida, ocorreria de duas formas:

Pode o Estado constituir pessoas jurídicas públicas (autarquias e fundações públicas – as chamadas “fundações autárquicas”) ou privadas (sociedades de economia mista e empresas públicas) e, mediante lei (CF, art. 37, XIX⁴²), outorgar a tais entes a prestação do serviço público, seja de educação, água, eletricidade ou qualquer outro. Ou pode, por outro lado, delegar à iniciativa privada, mediante contrato ou ato negocial, a prestação do serviço. Serve-se aí o Estado de figuras jurídicas como a concessão e a permissão. Mais recentemente, têm sido concebidas diferentes formas de delegação, identificadas genericamente como terceirização, que incluem espécies negociais como a franquia e o contrato de gestão, entre outros. O caput do art. 175 prevê sobre o tema:

‘Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos’. (Barroso, 2005, p. 6)

40 “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

41 BARROSO, Luís Roberto. **Agências Reguladoras. Constituição, transformações do Estado e Legitimidade Democrática**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro. 229: 285-311. Jul./Set., 2002, p. 6.

42 “Somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.”

Nas palavras de Aragon Érico Dasso Júnior, 2006, p. 113, a estrutura regulatória necessita de dois elementos: marco normativo regulatório, em que se desenvolvem as atividades das empresas prestadoras de serviços públicos) e instituições regulatórias (encarregadas do acompanhamento, monitoramento, aplicação e fiscalização do marco normativo).

Após a análise da estruturação da regulação, serão objeto de estudo do próximo tópico as referidas instituições regulatórias, em específico as autoridades administrativas independentes. Será ilustrado o momento de criação dos modelos em diferentes países, para que se enxergue as influências ao modelo brasileiro, tema do próximo capítulo.

2. Agências Reguladoras

Para Carlos Ari Sundfeld⁴³, o surgimento das agências reguladoras foi consequência da necessidade de o Estado organizar as relações econômicas de modo constante e profundo, através do emprego de instrumentos de autoridade, conferindo às autoridades incumbidas dessa intervenção, dose de autonomia frente à estrutura tradicional do poder político.

A regulação, enquanto espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos (o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões etc.). Fazem regulação autoridades cuja missão seja cuidar de um específico campo de atividades considerado em seu conjunto (o mercado de ações, as telecomunicações, a energia, os seguros de saúde, o petróleo), mas também aquelas com poderes sobre a generalidade dos agentes da economia (exemplo: órgãos ambientais). A regulação atinge tanto os agentes atuantes em setores ditos privados (o comércio, a indústria, os serviços comuns – enfim, as atividades econômicas em sentido estrito) como os que, estando especialmente habilitados, operam em áreas de reserva estatal (prestação de serviços públicos, exploração de bens públicos e de monopólios estatais)”. (Sundfeld, 2002, p. 18)

Assim, seriam entes com relevante autonomia, dotados de prerrogativas estatais. Conduzem o agir de agentes privados, fiscalizando-os e, convencionalmente, os sancionando.

43 Ibid., p. 18.

Para tanto, é necessário que gozem de capacidade técnica, para que regulem setores específicos de acordo com sua especialização; canais abertos de comunicação com os entes regulados, o Poder Público e, também, o destinatário final de seus serviços; e independência, de forma que não sofram influências externas em sua atuação, configurando o que é chamado de risco de captura.

Risco de captura, é o uso discricionário de agências reguladoras para que se chegue a fins desejados por grupos específicos diferentes do fim coletivo. Acontece por influência política, influência dos próprios entes regulados e configura, certamente, corrupção.

O modelo brasileiro será analisado no próximo capítulo e, por hora, serão observados os modelos estrangeiros.

Como dito anteriormente, a importância em se observar a constituição do instituto estudado em ordenamentos alienígenas reside no fato de que, assim, podemos melhor compreender a instauração do instituto no ordenamento pátrio, entendendo suas raízes e fundamentos.

A observação permite, além disso, que sejam notados erros no modelo adotado, permitindo que correções sejam feitas, buscando-se a melhor adequação do ente ao fim exigido pela coletividade.

Em vista do influxo estadunidense, quase sempre as análises sobre as agências reguladoras locais acompanham o debate norte-americano. Considerando que o Direito Administrativo brasileiro se inspirou no francês, é recomendável um acompanhamento de perto dos debates que estão sendo travados na revisão do sistema gaulês de regulação descentralizada. Tudo isso para a construção de um modelo regulatório específico, com padrões adequados ao contexto jurídico-constitucional brasileiro. (Sergio e Thamires Guerra, 2016)

A adoção da figura da agência pelo Direito brasileiro, foi marcada por condições específicas, que não permitem que haja a exata transplantação de qualquer outro modelo regulatório pelo Estado. Apesar disso, a análise de entes estrangeiros não é menos importante, visto que, por exemplo,

Vivenciamos problemas próximos aos que ocorrem na França. Indicações para as diretorias das agências sem qualificações técnicas adequadas; vacância nos cargos, impedindo a deliberação pelo colegiado; excessivo contingenciamento de recursos;

controle pouco transparente e eficaz das metas regulatórias e dos impactos provenientes da regulação. (Sergio e Thamires Guerra, 2016)

Assim, o papel do Estado frente à ordem econômica, com a privatização de empresas estatais (caso do Brasil e América Latina e países europeus), ou a adoção de novas práticas pelo Poder Público, pode ser observado em diversos ordenamentos, possibilitando uma rica análise acerca do tema.

Os modelos estadunidense e inglês, por exemplo, influenciaram grandiosamente o modelo brasileiro. O Francês, por outro lado, possui estruturas semelhantes ao alicerce jurídico brasileiro. E o Argentino, por fim, se localiza em um país de semelhante conjuntura política ao Brasil. Cumpre agora, analisar o surgimento das agências nesses países.

2.1. O modelo Norte-Americano

Ainda que alguns doutrinadores façam referência a primazia inglesa no que tange a criação de figuras reguladoras, a maior parte da literatura Administrativa considera o modelo americano o inaugural.

A criação das agências independentes nos Estados Unidos significa o marco inicial da criação de estruturas de controle de diversos setores, em especial para a regulação das atividades de utilidade pública na metade do século XIX. (Motta, ano, p.54-55)

De acordo com o professor Conrado Hubner Mendes, 2002, p. 121 - 122, a história das agências reguladoras nos Estados Unidos passou por quatro fases principais. A primeira data de 1887 e refere-se ao nascimento do modelo americano, criado como resposta às disputas entre empresas de transporte ferroviário e os empresários rurais.

Nesse primeiro momento, é criada a Interstate Commerce Commission, com o objetivo, como dito anteriormente, de regular a relação entre operadores de transporte ferroviário e produtores rurais, de forma que fossem controlados os monopólios e práticas de concorrência desleal.

Segundo as lições de Leila Cuéllar, 2002, p. 160, a imposição de sanções pela Administração aos particulares deveria ser autorizada pelo Poder Legislativo, através de

regras que controlassem a atuação das agências administrativas; os procedimentos decisórios adotados pelas agências deveriam se pautar pelas diretivas legislativas; havia possibilidade de revisão jurisdicional da atividade das agências, conforme diretivas impostas pelos legisladores; e o processo decisório utilizado pelas agência deveria facilitar o exercício da revisão judicial.

De tal maneira, a atuação das agências reguladoras americanas era subordinada ao exercício do Poder Legislativo, incumbido de apreciar a fixação de sanções e, ainda, passível de revisão judicial, de acordo com orientações do Poder Legislativo.

A agência independente Federal Trade Commission, criada posteriormente, em 1914, pelo Federal Trade Commission Act, foi resultado de uma decisão da Corte Suprema Americana contra a Standard Oil e a American Tobacco em 1911, em uma tentativa de se criar uma lei que regulasse o comércio interestadual.

Com a renegação da lei, o assunto permaneceu em voga, sendo apoiado pelos partidos políticos nas eleições americanas de 1912. Assim, criaram-se condições que permitiram a assinatura do Federal Act pelo então Presidente Woodrow Wilson, culminando na formulação da Federal Trade Commission, responsável pela eliminação e prevenção de práticas negociais anticompetitivas, assim como monopólios.

O Segundo momento⁴⁴, diz respeito à implementação da política do New Deal pelo presidente Frankling Delano Roosevelt. O New Deal, executado nos anos 1933 a 1937, correspondia a uma série de programas que buscavam recuperar a economia estadunidense da crise experienciada em 1929, a Grande Depressão.

Esse período foi marcado pela forte intervenção governamental na Economia, de forma que se pudesse garantir o bem-estar da população, em oposição à condução Liberal governamental até então experimentada.

Para que pudesse atingir seus objetivos, a política do New Deal foi responsável pela criação de diversas agências administrativas, como a Federal Communications Commission,

44 Ainda de acordo com a exposição anteriormente mencionada do Professor Conrado.

National Labor Relations Board and Securities and Exchange Commission e a Civil Aeronautics Board.

Ironically, it was during the New Deal period, the golden age of the independent agency, that its weaknesses were eloquently exposed. Even while important new independent agencies were being established with legislative and executive cooperation (...), President Roosevelt was being advised by the Brownlow Committee to place the independent agencies under executive departments in order to manage administrative policymaking. The vivid words of that Committee refer to the independent agency as a "headless fourth branch of government." The purpose of Louis Brownlow's efforts was to restore to President Roosevelt greater control over the regulatory state his administration had virtually invented.

The Committee concluded: 'The independent commissions present a serious immediate problem. No administrative reorganization worthy of the name can leave hanging in the air more than a dozen powerful, irresponsible agencies free to determine policy and administer law. Any program to restore our constitutional ideal of a fully coordinated Executive Branch responsible to the President must bring within the reach of that responsible control all work done by these independent commissions which is not judicial in nature. That challenge cannot be ignored. (Verkuil, 1988, p. 257-258)

O terceiro momento, compreendido entre 1945 e 1965⁴⁵, correspondeu a elaboração do Administrative Procedure Act, um estatuto americano que estabelece como as agências administrativas federais se ordenarão e como por elas será feita a regulação.

Mais que isso, a APA também estipula que todas as ações das agências poderão ser revisadas pelo Poder Judiciário, como forma de garantia aos seus possíveis arbítrios. O "Ato do Procedimento Administrativo"⁴⁶ tornou-se lei em 1946.

A quarta fase histórica seria correspondente aos anos 1965 e 1985⁴⁷, período marcado pela captura regulatória. Captura Regulatória ocorreria quando as agências são usadas para atender interesses específicos, de grupos que dominam a indústria, ou outros setores, ao invés de se pautarem pela persecução do fim público.

45 TÁCITO, Caio apud MENDES, Conrado Hübner. **Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão**, p. 120.

46 Tradução Livre.

47 Op. Cit., p. 121.

the regulatory impulse itself is rooted in a much longer and wider historic. American struggle with the problem of corruption – with the persistent threat that agglomerations of private interest continually pose to the aspirations of the commonwealth.

(...) The problems of regulation and capture will not be solved by fleeing to some kind of imaginary laissez-faire past. No, the way forward involves neither ignoring the problems of corruption and capture, nor capitulating to the private interests that seek undue influence in the polity as well as the economy. Rather, a more sensible approach is recommended by both Western political tradition and American constitutional experience.

And they continue the endless, vigilant democratic-republican project (...) the simultaneously mundane and heroic task of attempting to blunt the force of perennial public corruptions and private coercions by simply piling on ‘all the checks and balances that human ingenuity can devise’. (Novak, 2013, p. 30)

Por fim, o momento atual das agências independentes americanas começou a consolidar-se em 1985, com a redefinição de controles externos adequados a garantir sua independência⁴⁸.

O surgimento desses entes nos Estados Unidos, diferentemente do caso brasileiro, como se verá no próximo capítulo, ocorreu em decorrência da necessidade de proteger usuários dos abusos do poder econômico. Portanto, o afastamento das concepções de que o agir das agências seria influenciado por interesses particulares faz parte do seu processo de legitimação.

When looking at the history of economic regulation in the United States, capture theory frequently assumed that the main problem that regulation was attempting to solve was essentially an economic problem – for which a political solution was proposed. (Novak, 2013, p. 28)

2.2. O modelo inglês

De acordo com o pensamento compartilhado pelo ministro Alexandre de Moraes, 2001, p. 745, a origem remota das agências reguladoras é inglesa, a partir da criação pelo Parlamento, em 1834, de diversos órgãos autônomos com a finalidade de aplicação e concretização dos textos legais.

Esse seria o princípio da existência desses entes que, cerca de 53 anos depois, foram instalados nos Estados Unidos da América, ganhando notoriedade e sendo reproduzidos ao redor do mundo.

48 Op. Cit., p. 122.

De acordo com Aragão, apud CARDOSO, 2006, p. 97, como não existia a ideia de Administração Pública, mas apenas governo, quando era editada uma lei para dar conta de determinado interesse público, era concomitantemente criado um órgão para implementá-la. Desta maneira foram criados quangos para as mais diversas finalidades.

Os quangos, ou quasi-autonomus non-governmental organisation, termo criado em 1967, por Alan Pifer, referia-se a organizações não governamentais que desempenhavam funções de governo.

Na década de 1970, as Executive Agencies, nome pelo qual atendem as agências reguladoras inglesas, tiveram sua ascensão. Graças à política privatizadora implementada pela Primeira Ministra Margaret Thatcher, foi necessária a ampliação do suporte regulatório, capaz de coordenar a atuação dos entes privatizados.

De tal forma, os quasi-autonomus non-governmental organisations, foram substituídos por um modelo mais contemporâneo, com competência regulatória.

2.3. O modelo francês

Assim como o modelo americano, o modelo francês também influenciou fortemente a elaboração das agências brasileiras. Vale lembrar que o Direito Administrativo nacional possui, também, raízes no sistema gaulês.

Inaugurando o surgimento das autoridades administrativas independentes em solo europeu, a Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés é criada em 1978, com atribuições consultivas e decisórias sobre certas atividades, autonomia financeira e garantia de inamovibilidade a seus membros⁴⁹.

As autoridades independentes francesas não são qualificadas como pessoas jurídicas, possuem poder normativo, autonomia administrativa, não estão sujeitas à lei francesa de controle financeiro e seus dirigentes são estáveis⁵⁰.

49 VÁZQUEZ, J. Ramón Parada, p. 138/139.

Por mais de 30 anos desde sua criação, o número de agências chegou a 42, sem que fosse seguido um modelo padrão. As autoridades administrativas francesas possuem cada qual sua característica própria. Inclusive, algumas entidades tornaram-se autoridades administrativas por força de lei, mediante decisões judiciais, ou por menção no relatório do Conselho de Estado⁵¹.

Como nos informa o professor Sérgio Guerra, 2016, foi criada uma comissão de inquérito no Senado francês em 2015 para que fosse feito um balanço patrimonial e controle sobre a criação, organização, atividade e gestão das AAI, chegando-se à conclusão de que alguns desses entes surgiram em decorrência de imposições políticas internacionais à França e outras, na obrigação de o poder público responder questões de impacto midiático, as questions à l' impact médiatique.

O professor ainda decorre sobre o surgimento dessas autoridades como resposta legislativa à escândalos políticos e o papel desempenhado por elas em assumir para si decisões controversas, tirando da política a impopularidade da resposta encontrada.

Sua impopularidade entre os franceses também estaria no fato de que, ao olhar popular, elas significariam a falha do Estado em desempenhar seu papel e, também, seriam formadas por grupos específicos favorecidos, com membros com diversas funções em diferentes agências.

Em busca de se sanar essas questões e o descrédito das autoridades administrativas independentes francesas, foram propostos alguns pontos para reestruturação do modelo, tais como:

- a) reservar à lei a qualificação de um organismo como autoridade administrativa independente;
- b) manter apenas 20 autoridades administrativas independentes, que efetivamente justificam essa qualificação em razão de seu objeto e suas competências;
- c) rever e diversificar a composição dos membros, limitando a nomeação de membros do Conselho do Estado, da Corte de Cassação e da Corte de Contas;

50 CAL, Ariane Brito Rodrigues. As agências reguladoras no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.78.

51 Vide <https://www.conjur.com.br/2016-out-30/brasil-observar-modelo-frances-agencias-reguladoras>

- d) consolidar regras comuns de deontologia para os membros das AAI, notadamente a interdição de detenção de interesses junto ao setor regulado, quarentena etc.;
- e) impedir a recondução do mandato dos dirigentes e participação em mais de uma AAI;
- f) sistematizar a forma de apresentação de relatórios para controle das atividades pelas comissões permanentes do parlamento. (Guerra, 2016)

Nas palavras de Cardoso, 2006, p. 123, a França assemelha-se ao Brasil nos desafios da adoção da desestatização, da regulamentação e implementação da concorrência. Assim como no modelo brasileiro, as agências surgiram pós um período de desestatizações, e da necessidade de se regular entes privados. Na França, as autoridades administrativas independentes receberam da lei personalidade jurídica, para que, assim as fossem atribuídas condições de independência e autonomia.

2.4. O modelo Argentino

Por fim, o modelo Argentino, assim como o brasileiro, originou-se em um processo de reforma de estado, marcado pelo elevado número de privatizações de empresas estatais.

Profundos y amplios procesos de privatización permitieron transferir a la iniciativa privada, una serie de empresas y servicios tradicionalmente prestados por órganos y entidades estatales. Entre ellos, y con particular énfasis, los servicios públicos de naturaleza económica, tales como electricidad, agua y alcantarillado, telecomunicaciones, transportes y otros. Durante décadas, esos servicios habían sido provistos a la población por empresas de propiedad estatal, que disponían de monopolios de hecho y de derecho. (Saravia, 2013, p. 1)

O ressurgimento de ideias liberais na condução do mercado tiveram causa em uma liquidez nunca antes registrada, somada ao alto endividamento externo e a situação precária das finanças públicas. As transferências de atividades à esfera privada tiveram como argumentos a conferência de maior efetividade e a necessidade de se mandar ao sistema internacional sinais positivos referentes à economia.

Consequentemente, esse processo demandou o fortalecimento da função reguladora em razão dos serviços privatizados.

Se percibía que la transferencia de bienes y servicios al sector privado requería el fortalecimiento de la capacidad de regulación y fiscalización del mercado y de control de los servicios públicos privatizados. Las nuevas relaciones entre el sector público y el privado, exigían una normativa que eliminase, entre otros riesgos, el de la transformación de monopolios estatales en monopolios privados, que favoreciera el principio de libre competencia y que, al mismo tiempo, protegiera al ciudadano-usuario de estos servicios y le garantizase oferta creciente y universalizada de los mismos. (Saravia, 2013, p. 2)

O modelo regulatório argentino começou a estabelecer-se pós o período de privatizações e, assim como no Brasil, a legislação estabelece que a regulação deve ser feita objetivando-se o amparo ao usuário e consumidor dos serviços prestados pelo ente regulado.

A Argentina, entretanto, não estabeleceu, segundo Saravia, 2013, p7, critérios uniformes para o instrumento de criação (lei ou decreto), forma de designação de diretores, composição de seus diretórios etc.

Por fim, as agências argentinas são controladas pelo Congresso, através de

1. La Comisión Bicameral de Seguimiento de la Reforma del Estado y las Privatizaciones, creada por la Ley N° 23.696 de Reforma del Estado, que es un organismo compuesto por seis miembros de cada una de las Cámaras con el objeto de seguir la aplicación de la Ley N° 23.696 e informar a los poderes del Estado.
2. La Auditoría General de la Nación (AGN) que es un órgano técnico, funcionalmente autónomo, que se encuentra dentro del área del Congreso de la Nación y tiene como competencia el control de las privatizaciones y de los entes reguladores. Desde la Gerencia General de Entes Reguladores, audita los estados contables y la gestión. Emite informes de auditoría y dictámenes de estados contables de los entes reguladores que son comunicados a los propios entes, a la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas -órgano bicameral que controla la AGN- y a los Ministerios que tienen a su cargo el control de la privatización de que se trate.

CAPÍTULO IV

AS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

As agências reguladoras foram introduzidas no ordenamento pátrio a partir da década de 1990, após um momento de reformas políticas, em que imperou o movimento de desestatização e privatização.

Inspiradas no modelo americano, criado décadas antes, as agências brasileiras foram constituídas sob a forma de autarquias especiais de direito público. Sua atuação deve gozar de capacidade técnica específica em relação a área em que desempenha suas funções e seus dirigentes devem ser escolhidos de forma que se ignorem desejos políticos.

Estão sujeitas ao artigo 37, XIX, da Constituição Federal, que determina que a criação de autarquias somente ocorrerá através de lei específica. Da mesma forma, somente através de lei poderá ocorrer a sua extinção.

A função precípua de regulação das agências, poderá ser exercida por várias vertentes. Barroso, 2002, p. 300, cita como suas tarefas o controle de tarifas, a universalização do serviço, o fomento da competitividade, a fiscalização do cumprimento do contrato de concessão e o arbitramento dos conflitos entre as partes envolvidas, sejam elas os consumidores, os concessionários ou o poder concedente.

Apesar de inaugurarem uma organização administrativa pluricêntrica, já que se situam em esfera alheia às estruturas organizacionais estatais, a nomeação de seus dirigentes será feita pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, com mandato fixo de três ou quatro anos, e possibilidade de demissão apenas após apuração de falta grave através do devido processo legal.

Essa autonomia dos dirigentes que gozam, inclusive, de estabilidade, será acompanhada da autonomia financeira do ente, que buscará fontes de receita em taxas de fiscalização e regulação, ou ainda, na participação em contratos e convênios⁵².

O presente capítulo busca, assim, demonstrar como se deu a criação desses entes administrativos independentes no Brasil, analisando suas raízes, compromissos e controvérsias acerca de sua existência.

Existem atualmente no Brasil onze agências reguladoras a nível federal, tendo sido a última criada há poucos meses, no ano de 2017.

52 Ibid., p. 10.

1. Histórico

As fases históricas pelas quais passou o Estado, com suas delimitações, formas de agir e características próprias, não foram exatamente acompanhadas pelo desenvolver do Estado brasileiro. O Brasil nunca foi, propriamente, liberal ou social. A sociedade brasileira, historicamente, sempre gravitou em torno do oficialismo. O Poder Estatal sempre foi a razão do êxito ou do fracasso de qualquer projeto político, social ou empresarial que se pretendesse implantar⁵³.

De tal maneira, pode-se contatar que o Estado brasileiro se moldou de acordo com o nível de interferência pública no desenvolver das atividades econômicas e direcionamento do país, através de políticas, condução do mercado, fiscalizações etc.

Segundo demonstrado por Farias et al., 2016, p. 218, o Brasil passou por quatro marcos regulatórios: a regulação patrimonialista, regulação desconcentrada, regulação concentrada e o período contemporâneo.

A primeira fase, da regulação patrimonialista, compreendida a partir do Brasil Colônia até o começo do Segundo Império, correspondia à um período em que o Estado era tão somente o que a vontade dos governantes desejasse que fosse. A regulação era meio para a permanência e manutenção do poder.

A segunda, regulação desconcentrada, compreendida entre o começo do Segundo Império e o fim da República Velha, representou a descentralização e o enfraquecimento do poderio imperial. Foi marcado por ideias liberais, que influenciaram uma relativa desregulação da economia.

Com o advento da Era Vargas, até a década de 1990, vigorou a regulação concentrada. Com o desenvolvimento econômico experimentado pelo país, fruto das políticas populistas do presidente Getúlio Vargas, foram implantadas medidas para que se combatessem os colapsos

⁵³ Ibid., p. 286.

do livre mercado, fossem promovidas as substituições das importações, se estabelecesse uma política de congelamento de preços etc⁵⁴.

O período contemporâneo, por fim, diz respeito ao iniciado nos anos 1990, correspondente à Reforma do Estado operada no governo de Fernando Henrique Cardoso, símbolo dos processos de privatizações de empresas públicas.

A partir desse momento, a regulação brasileira surge como resposta à inoperância da máquina estatal, tida como extremamente burocrática e ineficiente. A delegação de serviços públicos à iniciativa privada é solução à essas questões, sendo, no entanto, imperativo, que para o desempenho de suas funções, fossem criadas figuras responsáveis por sua fiscalização e condução.

1.1. A Reforma do Estado brasileiro da década de 1990

Já na década de 1980, o Brasil, seguindo o padrão mundial, enfrentou a crise da dívida externa, responsável por agravar a situação do país, com uma administração, aos olhos públicos, pesada e obsoleto. Assim, seja em consequência da ineficiência da administração pública, da captura por interesses privados, ou da incapacidade de atender as demandas populares, o Estado perdia autonomia financeira e se imobilizava, deixava de ser agente do desenvolvimento e transformava-se em seu próprio obstáculo⁵⁵.

O momento enfrentado pelo país, não era só reflexo da situação crítica mundial, como também da falha de políticas internas. Aqui, apontavam-se como fatores causadores da inoperância estatal a sua forma ultrapassada de operar, que não estava à altura da economia globalizada, sem práticas eficientes ou fortes o suficiente.

Na década de 1990, constata-se a necessidade de reformulação do Estado, exigindo-se maior governabilidade e superação de sua forma extremamente burocrática de atuação. O modelo estatizante precisava ser superado e a falta de crédito contornada.

54 Op. Cit., p. 219.

55 Ibid., p. 13-14.

A primeira tentativa de reforma do Estado foi inaugurada pela Medida Provisória nº 155, de 15 de março de 1990, que posteriormente se transformaria na lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990 (revogada pela lei nº 9.941, de 9 de setembro de 1997), responsável por instituir o Plano Nacional de Desestatização – PND, que institui diversas privatizações, sendo a maneira encontrada pelo governo de Fernando Collor para a recondução do Estado e superação das questões anteriormente apontadas.

Em seu primeiro artigo, a lei do PND classificava como objetivos fundamentais a reordenação da posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público, a redução da dívida pública, a retomada de investimentos nas empresas e atividades transferidas à iniciativa privada, a modernização do parque industrial do país, o fortalecimento do mercado de capitais e, principalmente, a concentração dos esforços estatais nas atividades em que sua presença seja tão somente fundamental⁵⁶.

A medida não logrou sucesso, visto o fracasso do governo de Fernando Collor de Mello que, conjuntamente a adoção de outras políticas, culminou em sua renúncia ao cargo presidencial, em 30 de dezembro de 1992.

Em 1995, já no governo de Fernando Henrique Cardoso, o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, PDRAE, foi a resposta encontrada para as questões originadas na crise dos anos 1980. Mais uma vez, o Plano consistia na redefinição da atuação do aparelho estatal, adotando-se práticas oriundas de entes privados.

De acordo com o então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira, essa reforma envolvia quatro pontos distintos: a delimitação do tamanho do Estado e a redefinição de seu papel regulador, a recuperação da governança ou capacidade financeira e administrativa de implementar as decisões políticas tomadas pelo governo e o aumento da governabilidade ou capacidade política do governo de intermediar interesses, garantir legitimidade e governar⁵⁷.

⁵⁶ Ibid., p. 7

⁵⁷ Vide <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>

De acordo com o Plano Diretor, a Reforma deveria ser entendida no contexto de redefinição do papel do Estado, que deixa de ser responsável pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento⁵⁸.

Ou seja, a persecução do Plano buscava a adoção de práticas mais ágeis pelo Estado, e somente através de uma verdadeira transformação administrativa, poderia a Administração Pública adequar-se aos parâmetros de eficiência exigidos pela nova ordem mundial.

Assim, para Barroso, 2005, p. 3, foram três os momentos de transformação econômica no país, à época. Na primeira, em que houve a extinção de restrições ao capital estrangeiro, foram elaboradas as seguintes Emendas à Constituição:

A Emenda Constitucional nº 6, de 15.08.95, suprimiu o art. 171 da Constituição, que trazia a conceituação de empresa brasileira de capital nacional e admitia a outorga a elas de proteção, benefícios especiais e preferências. A mesma emenda modificou a redação do art. 176, caput, para permitir que a pesquisa e lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica sejam concedidos ou autorizados a empresas constituídas sob as leis brasileiras, dispensada a exigência do controle do capital nacional. Na mesma linha, a Emenda Constitucional nº 7, de 15.08.95, modificou o art. 178, não mais exigindo que a navegação de cabotagem e interior seja privativa de embarcações nacionais e a nacionalidade brasileira dos armadores, proprietários e comandantes e, pelo menos, de dois terços dos tripulantes. Mais recentemente ainda, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 36, de 28.05.02, que permitiu a participação de estrangeiros em até trinta por cento do capital das empresas jornalísticas e de radiodifusão. (Barroso, 2005, p. 4)

O segundo momento, chamado flexibilização dos monopólios estatais, compreendeu as mudanças inauguradas pela Emenda Constitucional nº 5, de 15 de agosto de 1995, que alterou a redação do §2º do art. 25, possibilitando aos Estados – membros conceder às empresas privadas a exploração de serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado, o que antes só poderia ser delegado a empresas sob controle acionário do Estado.

58 Cardoso, 1995, p. 12.

Da mesma forma, a título exemplificativo, os serviços de telecomunicações e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, que antes da EC nº8, de 1995, só eram concedidos a empresas estatais, puderam ser abertas ao capital estrangeiro.

O terceiro momento, por fim, compreendia a fase de privatizações, inaugurada com a edição da lei nº 8.031, que, como dito anteriormente, inaugurou o PND e tinha como objetivos a transferência de atividades públicas ao setor privado, a modernização da Administração Pública e o reposicionamento econômico do Estado.

Acreditava-se, portanto, que o distanciamento público de atividades que poderiam ser controladas pelo mercado, seria uma medida altamente eficaz para contornar-se a obsoleta e inoperante aparelhagem estatal.

A fuga para o setor privado, na execução de serviços que não envolviam o exercício do Poder do Estado⁵⁹, foi justificada por esse ser, aparentemente, gestor mais qualificado. A máquina estatal, pesada, ineficaz e burocrática, daria lugar a uma nova aparelhagem, rápida, eficiente e flexível.

O Estado reduz seu papel de executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se entretanto no papel de regulador e provedor ou promotor destes, principalmente dos serviços sociais como educação e saúde, que são essenciais para o desenvolvimento, na medida em que envolvem investimento em capital humano; para a democracia, na medida em que promovem cidadãos; e para uma distribuição de renda mais justa, que o mercado é incapaz de garantir, dada a oferta muito superior à demanda de mão-de-obra não-especializada. Como promotor desses serviços o Estado continuará a subsidiá-los, buscando, ao mesmo tempo, o controle social direto e a participação da sociedade. (Bresser Pereira, 1995, p. 13)

O governo, então, demonstrou interesse em ver o Estado abandonar seu papel de prestador e vestir a roupagem de regulador de serviços antes prestados por ele, em nome da modernização de suas estruturas.

A regulação da atividade econômica surgiu como pressão do Estado sobre a economia para evitar a ocorrência de falhas de mercado que pudessem comprometer a realização dos interesses envolvidos, isto é, para garantir um regime de livre concorrência, evitando-se práticas abusivas pelos agentes mais fortes em face dos mais fracos, bem como em detrimento do mercado e, por consequência, de toda a sociedade. (Vizeu, 2014, p. 4)

59 Op. Cit., pág. 13

1.2. Gênese das Agências Reguladoras brasileiras

Com as mudanças operadas, o papel do Estado é modificado. Apesar das concessões de certos serviços públicos à iniciativa privada, o fim desses serviços não deixa de ser público e, portanto, sua natureza não é alterada. Assim, o Estado, de principal executor, passa a ser fiscalizador e regulador dessas atividades.

O movimento de desregulação, desestatização e privatização, iniciou-se, como demonstrado pelo Professor Farlei Martins Riccio de Oliveira, 2012, p. 57, já na Constituição Federal de 1988, que determinou como dever estatal o exercício regulador da economia, normatizando-a a fim de estabelecer as regras de mercado, e resguardar os direitos constitucionais expressamente previstos em seu artigo 170⁶⁰.

Necessário mencionar o igualmente importante artigo constitucional 174, que veste o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, responsável por sua fiscalização, incentivo e planejamento.

Assim, privatizações de empresas como a Light Serviços de Eletricidade S.A., em 1996 e a Espírito Santo Centrais Elétricas S.A., em 1995, ocorreram antes da instituição do ente regulador específico à sua área, a do setor elétrico brasileiro.

Da mesma forma, instituições como o Banco Central (Bacen), a Superintendência de Seguros Privados (Susep) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), criadas antes da Reforma da década de 1990 e do advento do PND, demonstram a existência no Brasil de entidades governamentais dotadas de poder regulatório, mas sem características e poderes específicos das atuais agências independentes⁶¹.

60 Art. 170 - CF/88: 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;
- IV- Livre Concorrência.

61 OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. **Não-Manipulabilidade e Contestabilidade da Regulação. Elementos para uma abordagem neorrepublicana das agências reguladoras independentes**. Abril de 2012. 165 f. Tese - PUCRJ. Rio de Janeiro, 2012, p. 56

Desse modo, o processo regulatório brasileiro não obedeceu às suas próprias premissas principais, de estabelecer-se, primeiro, um ente regulador destinado à uma área de atuação específica e, apenas posteriormente, abrir-se o mercado.

Relevante exemplo disso foi a criação da Agência Nacional de Energia Elétrica, ANEEL, em 26 de dezembro de 1996, primeira agência reguladora brasileira, após a privatização de empresas do setor elétrico, LIGHT e ESCELSA, citadas anteriormente, e também a CERJ, Companhia de Eletricidade do Rio de Janeiro.

Após a criação da ANEEL, em 1996, foram criadas a Agência Nacional de Telecomunicações, ANATEL, e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, ANP, ambas em 1997.

Em âmbito federal, as agências reguladoras brasileiras, até o presente momento, se distribuem da seguinte forma, quanto a sua lei instituidora, data de criação e funções:

Agência	Sigla	Lei	Data de Criação	Finalidade
Agência Nacional de Energia Elétrica	ANEEL	Lei nº 9.427	26/12/1996	Produção, transmissão e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal ⁶²
Agência Nacional de Telecomunicações	ANATEL	Lei nº 9.472	16/07/1997	Regular o setor de telecomunicações ⁶³
Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis	ANP	Lei nº 9.478	06/08/1997	Regular as atividades que integram as indústrias de petróleo e gás natural e de biocombustíveis

⁶² Vide https://pt.wikipedia.org/wiki/Ag%C3%A2ncia_Nacional_de_Energia_El%C3%A9trica

⁶³ Vide https://pt.wikipedia.org/wiki/Ag%C3%A2ncia_Nacional_de_Telecomunica%C3%A7%C3%B5es

Agência Nacional de Vigilância Sanitária	ANVISA	Lei nº 9.782	26/01/1999	no Brasil ⁶⁴ Promover e proteger a saúde da população, intervindo nos riscos decorrentes da produção e do uso de produtos e serviços sujeitos à vigilância sanitária ⁶⁵
Agência Nacional de Saúde Suplementar	ANS	Lei nº 9.961	28/01/2000	Promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, a relação entre prestadoras e consumidores ⁶⁶
Agência Nacional de águas	ANA	Lei nº 9.984	17/07/2000	Regulamentar o uso das águas dos rios e lagos do domínio da União, implementando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, garantindo seu uso sustentável, evitando a poluição e o desperdício ⁶⁷
Agência Nacional de Transportes Aquaviários	ANTAQ	Lei nº 10.233	5/06/2001	Regulamentar, estudar, desenvolver e

64 Vide <http://www.anp.gov.br/wwwanp/noticias/3928-lei-do-petroleo-completa-20-anos>

65 Vide https://pt.wikipedia.org/wiki/Ag%C3%A2ncia_Nacional_de_Vigil%C3%A2ncia_Sanit%C3%A1ria

66 Vide https://pt.wikipedia.org/wiki/Ag%C3%A2ncia_Nacional_de_Sa%C3%BAde_Suplementar

67 Vide https://pt.wikipedia.org/wiki/Ag%C3%A2ncia_Nacional_de_%C3%81guas

Agência Nacional de Transportes Terrestres	ANTT	Lei nº 10.233	5/06/2001	controlar as tarifas do transporte aquaviário brasileiro ⁶⁸ Regulamentar as atividades de exploração da infraestrutura ferroviária e rodoviária federal e prestação de serviços de transporte terrestre ⁶⁹
Agência Nacional do Cinema	ANCINE	Lei nº 10.454	13/05/2002	Fomentar, regular e fiscalizar a indústria cinematográfica e videofonográfica nacional ⁷⁰
Agência Nacional de Aviação Civil	ANAC	Lei nº 11.182	27/09/2005	Regular as atividades de aviação civil ⁷¹
Agência Nacional de Mineração	ANM	Lei nº		Implantar as políticas nacionais para as atividades de mineração e estabelecer normas e padrões para o aproveitamento dos recursos minerais ⁷²

⁶⁸ Vide https://pt.wikipedia.org/wiki/Ag%C3%A2ncia_Nacional_de_Transportes_Aquavi%C3%A1rios

⁶⁹ Vide https://pt.wikipedia.org/wiki/Ag%C3%A2ncia_Nacional_de_Transportes_Terrestres#cite_note-3

⁷⁰ Vide https://pt.wikipedia.org/wiki/Ag%C3%A2ncia_Nacional_do_Cinema

⁷¹ Vide https://pt.wikipedia.org/wiki/Ag%C3%A2ncia_Nacional_de_Avia%C3%A7%C3%A3o_Civil

⁷² Vide <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/09/22/comissao-da-mp-que-cria-agencia-nacional-de-mineracao-ouvira-representantes-de-ministerios>

A Medida Provisória nº 791, responsável por criar a Agência Nacional de Mineração, encontra-se, até o presente momento, na Câmara dos Deputados, restando, ainda, ser remetida ao Senado Federal e, a partir daí, seguir o seu curso de tramitação.

1.2.1. Características das Agências Reguladoras brasileiras

O supracitado Plano Diretor de Reforma Administrativa do Estado, em seu artigo 8.1.2, estipulava o seguinte:

A responsabilização por resultados e a conseqüente autonomia de gestão inspiraram a formulação deste projeto, que tem como objetivo a transformação de autarquias e de fundações que exerçam atividades exclusivas do Estado, em agências autônomas, com foco na modernização da gestão.

O Projeto das Agências Autônomas desenvolver-se-á em duas dimensões. Em primeiro lugar, serão elaborados os instrumentos legais necessários à viabilização das transformações pretendidas, e um levantamento visando superar os obstáculos na legislação, normas e regulações existentes. Em paralelo, serão aplicadas as novas abordagens em algumas autarquias selecionadas, que se transformarão em laboratórios de experimentação.

Autarquias, de acordo com o artigo 5º, I, do Decreto-lei nº 200, de 1967, configuram o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada⁷³.

Têm como características principais sua criação por lei, personalidade jurídica pública, capacidade de autoadministração, especialização dos fins ou atividades e sujeição ao controle ou tutela⁷⁴. Assim, as agências reguladoras foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro sob a forma de autarquias, com personalidade jurídica de direito público, dotadas de certa autonomia e prerrogativas especiais⁷⁵.

73 Vide http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm

74 Ibid., p. 586.

75 Para Binenbojm, 2006, seu regime especial justifica-se por sua autonomia reforçada e concentração de funções públicas. Autonomia caracterizada na independência política de seus dirigentes, independência técnica na tomada de suas decisões, independência normativa e independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada.

No direito brasileiro não há uma norma geral que defina o que seja uma agência reguladora. Tais agências vão se configurando, na realidade, na medida em que vão sendo criadas, não havendo uniformidade de tratamento na definição de tais entidades.

De um modo geral, o marco legal das agências reguladoras caracteriza a entidade como autarquia especial, atribuindo independência político-administrativa e independência econômico-financeira. A primeira protege os dirigentes contra a destituição da função, salvo demissão por falta grave apurada mediante devido processo legal, tendo em vista a investidura em mandato por prazo fixo. Com a segunda, procura-se conferir às agências, além das dotações orçamentárias gerais, a arrecadação de receitas provenientes de outras fontes, como taxas de fiscalização e regulação ou participações em contratos e convênios.

A partir dessas características principais, pode-se conceituar as agências reguladoras independentes brasileiras como sendo as autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à administração centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração ad nutum. (Oliveira, 2012, p. 60)

Podemos apontar, portanto, como principal marca das agências, a sua relativa independência frente ao governo em exercício. Para Binenbojm, 2006, n.p., o motivo de adoção de sua roupagem institucional guarda relação com o contexto de seu surgimento.

Com efeito, a proposta de neutralidade e insulamento políticos dependia, fundamentalmente, da criação de entidades dotadas de personalidade jurídica própria e de mecanismos de garantia institucional que lhes permitissem melhor exercer suas funções, de forma independente do governo. (Binenbojm, 2006, n.p.)

1.3. Principais Controvérsias

A atuação das agências independentes brasileiras é marcadamente composta por diversas controvérsias. A título de exemplo, o agir com certa autonomia de que gozam seus dirigentes, como dito anteriormente, insurge questões acerca de sua legitimidade. A própria escolha de seus dirigentes é, igualmente, motivo de conflito. Os próximos parágrafos buscarão apontar algumas dessas problemáticas, analisando seu desenrolar na experiência administrativa brasileira.

1.3.1 A questão da legitimidade

Gustavo Binenbojm, 2006, n.p., nos mostra que as agências independentes quebram o vínculo unitário da Administração Pública, pois a sua atuação situa-se em esfera externa à da responsabilidade jurídica do governo.

Caracterizadas por um grau reforçado da autonomia política de seus dirigentes em relação à chefia da Administração central, as autoridades independentes rompem o modelo tradicional de recondução direta de todas as ações administrativas ao governo (decorrente da unidade da Administração). Passa-se, assim, de um desenho piramidal para uma configuração policêntrica. (Binenbojm, 2006, n.p.)

O que se pretende esclarecer é o seguinte: em um sistema presidencialista (caso brasileiro), as decisões tomadas pelo Chefe de Governo guardam legitimidade por ser ele escolhido pelo voto popular, fazendo com que seu agir seja pautado por sua responsabilidade política.

De tal forma, a estrutura formada de responsabilização estatal é piramidal. O Chefe de governo, no topo, representante popular, é figura legítima para tomar decisões e direcionar o agir público, intervindo intra-administrativamente, nos limites de suas prerrogativas.

Com a instauração das agências, acontece a quebra dessa lógica. Uma figura exterior a estrutura político - administrativa obtém autorização para atuar, sem que sequer haja a sujeição de seus dirigentes aos procedimentos de accountability⁷⁶ eleitoral, gozando, ainda, de mandatos a termo, que ultrapassam os limites dos mandatos dos agentes políticos eleitos⁷⁷.

Essa autonomia das agências reguladoras justifica-se por ser essa condição que as possibilitam de não ser manipuladas pela ação estatal. A presença de complexidade técnica faz com que a entidade reguladora não esteja sujeita a ingerências de natureza política⁷⁸.

⁷⁶ *Accountability*, segundo Carla Sena Pontes, 2009, p. 37, refere-se a uma forma de controle social, de sujeição do poder público a estruturas formais e institucionalizadas de constrangimento de suas ações à frente da gestão pública, tornando-o obrigado a prestar contas e a tornar transparente sua administração. Deve-se dar ênfase, igualmente, à dimensão política, havendo uma conscientização da classe política em torno da necessária comunicação com a sociedade, não só na implementação das políticas públicas, como também na aferição dos resultados conforme as expectativas da sociedade.

⁷⁷ Binenbojm, 2006, n.p.

⁷⁸ OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. **Não-Manipulabilidade e Contestabilidade da Regulação. Elementos para uma abordagem neorrepública das agências reguladoras independentes.** Abril de 2012. 165 f. Tese - PUCRJ. Rio de Janeiro, 2012, p. 121.

Como a função primeira das agências é coordenar a atuação de entes privados no seu direcionamento ao fim coletivo, o desprendimento de suas estruturas do agir político, como um todo, faz com que o risco de captura seja menor.

A especialização técnica é condição precípua de seu agir, assim, a atuação das agências será pautada de acordo com conceitos de sua área específica de gestão e não de acordo com vontades de determinados grupos. Sua autonomia técnica garante sua imunidade às injunções político – partidárias⁷⁹.

1.3.2. Dirigentes

Intrínseco à discussão da legitimidade das agências, está o fato de os dirigentes das agências não serem eleitos por voto popular. Discute-se se alguém não eleito democraticamente teria a habilidade de conduzir um serviço público destinado a atender demandas coletivas.

Em que pese serem os dirigentes indicados pelo Chefe do Executivo, mister se faz destacar que, tanto os diretores como os conselheiros, somente serão nomeados após aprovação pelo Senado Federal dos nomes indicados pelo Presidente.

Assim, sua nomeação é composta por dois aspectos: um processual e um subjetivo. O primeiro refere-se à sua nomeação e o segundo diz respeito à capacidade técnica que, obrigatoriamente, deve o indicado possuir, no que tange a sua área de atuação, formação universitária e reputação ilibada.

Além disso, seu mandato é disposto de forma que as trocas de governo não coincidam com seu término, possibilitando que as trocas de dirigentes fundamentadas em razões políticas sejam reduzidas (o propósito é que assim não ocorra de qualquer maneira).

Visando, igualmente, afastar a incidência de justificativas políticas na destituição de dirigentes e conselheiros, o artigo 9º da lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, responsável por dispor sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras, prevê que somente

⁷⁹ Azevedo, 1998, p. 142.

perderão o mandato em caso de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar⁸⁰.

Outras delimitações são impostas, tais como a vedação a ex – dirigente de, até um ano após deixar seu cargo, representar qualquer interesse perante a agência de que fez parte, ou prestar qualquer serviço a empresas sob a sua regulamentação⁸¹.

Na tentativa de se suprir a questão acerca da falta de legitimidade das agências, foi estipulado que existiram Conselhos Consultivos, como forma de participação social na tomada de decisões das agências. Ocorre que, no entanto, os membros que compõem esses conselhos prestam pareceres apenas consultivos, visto que suas orientações não possuem valor vinculante.

1.3.4. O risco de Captura

Apesar dos mecanismos utilizados para se afastar a incidência de interesses privados no desempenho das funções das agências, o risco de influência de fatores pessoais e políticos na administração⁸² de entes reguladores é real.

Essas interferências, qualificadas como “problemas de captura” poderão ocorrer quando o setor privado atinge o ente regulador, influenciando seu comportamento, ou quando o próprio setor público, por razões políticas, vincula a atividade das agências reguladoras com seus interesses⁸³.

80 Vide http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9986.htm

81 Azevedo, 1998, p. 148.

82 Farias, et.al. **Regulação Setorial no Brasil e Teoria da captura de agências: lineamentos históricos, concepção e desafios para um modelo regulatório independente**. Revista Jurídica, vol. 02, nº. 43, Curitiba, pp. 216-233. 2016, p. 228.

83 Op. Cit., p. 229.

De tal forma, desenvolvem-se artifícios que visam evitar o comprometimento da atuação das agências, que deixam de perseguir o fim público quando há a captura de sua atividade, e passam a guiar seu agir pautando-se em interesses privados determinados, diferentes dos da coletividade.

A Constituição Federal de 1998 busca combater a ocorrência de tais ingerências. Em seu artigo 173, § 4º prevê o seguinte:

A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.⁸⁴

Outras soluções poderiam ser perseguidas, visto que a atuação de entes reguladores, certamente, será sempre objeto de interesse, seja dos que estão sendo regulados, como também de dirigentes do próprio poder público, que desejarão direcionar sua atuação a fins específicos, de acordo com suas motivações políticas, e não de acordo com critérios técnicos.

Podemos citar a possibilidade de atuação do poder judiciário, tomando como exemplo o seguinte caso:

No julgamento da Apelação Cível nº 342.739, o TRF da 5ª Região, com base nos princípios da administração pública, decidiu no sentido de impedir a nomeação, para vagas do Conselho Consultivo da ANATEL, destinadas à representação de entidades voltadas para os usuários, de pessoas que haviam ocupado cargos em empresas concessionárias, uma vez que estava evidente a suspeita de que tais nomeações poderiam prejudicar as atividades regulatórias da referida autarquia. (Farias, 2016, p. 229)

84 Vide https://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/CON1988_05.10.1988/art_173_.asp

CAPÍTULO V

CONCLUSÃO

O Estado passou por diversas fases ao longo dos séculos. Foi Absoluto, Liberal, Social e Regulador.

No Absolutismo, o poder era concentrado nas mãos dos monarcas, verdadeiros parasitas do Estado. Não havia direcionamento de políticas ao fim público, contensão estatal ou responsabilidade do governante frente aos seus súditos.

O Liberalismo, adotado graças aos movimentos populares responsáveis por derrocar o modelo anterior, carregava a mancha de seu antecedente. Nesse momento, a renegação a tudo proveniente das forças governamentais imperava. O Estado passa a configurar-se como não intervencionista, limitado somente a proteger a propriedade e as liberdades individuais.

Da mesma forma como o Absolutismo não logrou sucesso, o Liberalismo também se encontrou na falha dos extremismos. Uma intervenção absurda não era agradável, mas um esquecimento estatal de seus governados também não era o adequado. O Liberalismo falha

em não ser hábil no estabelecimento de uma igualdade real e concreta entre seus os indivíduos, criando uma maior distância entre aqueles que já eram economicamente e socialmente desiguais.

O Estado social surge como resposta a essas demandas, propondo-se a garantir a prosperidade a todas as classes sociais. Ao desempenhar seus objetivos, o Estado, mais uma vez, falha, ao tornar-se demasiado presente, incapaz de suportar os custos de sua atuação, altamente burocrático e ineficiente.

O Estado Regulador, assim, emerge. Considerado capaz de contornar as problemáticas anteriores, percebe na concessão de espaço à iniciativa privada a maneira de aprimorar sua atuação.

No Brasil, esse último modelo foi adotado, mais especificamente, na década de 1990. Vivido um momento de desestatização e privatizações, importaram-se dos Estados Unidos as agências reguladoras.

Como o Estado delega à iniciativa privada a prestação de determinados serviços, o Estado mantém-se presente em sua fiscalização.

Atualmente no Brasil existem cerca de onze agências reguladoras a nível federal, tendo sido a última criada recentemente, já no ano de 2017.

Devido a relevância das agências, sua atuação tem sido objeto de interesse de diversas parcelas da sociedade. Tanto os integrantes do Poder Público, por razões políticas, e também econômicas, como as partes reguladas, desejam controlar seu agir.

Para que isso não ocorra, diversos foram os mecanismos propostos, como a definição de um regime jurídico próprio, a possibilidade de somente o Legislativo poder criar e extinguir agências, a indicação de Dirigentes das agências reguladoras federais pelo Poder Executivo ter a necessidade do aval do Senado Federal, sendo destituídos apenas em condições específicas previstas por lei.

O desempenho de suas tarefas exigiu a adoção de certa autonomia política pelas agências, como já discutidos anteriormente, e, justamente por gozarem de tal autonomia, fez-se necessário a criação de mecanismos que a preservassem fora dos riscos de captura dos interesses públicos e privados.

Apesar disso, a desconfiança pública de que a atuação das agências tenha cedido espaço aos interesses particulares, permanece vigente. Até mesmo devido ao ativismo judicial no controle de suas atividades, que impulsiona o achismo da corrupção de suas estruturas.

Há também a discussão em relação ao seu poder normativo, visto por alguns como afronta à normas constitucionais, e não como poder subsidiário de edição de instrumentos regulatórios.

Essas tensões são, logicamente, próprias dos regimes democráticos, ainda mais no caso do Brasil, em que vige uma democracia deveras claudicante. Apesar disso, não se pode afastar a concepção de que são as agências reguladoras, sem dúvida alguma, estruturas fundamentais na condução de um Estado que visa, ou pelo menos deveria visar, sempre, a execução de medidas em proveito da coletividade.

REFERÊNCIAS

Pereira, Luiz Carlos Bresser, 1934 **A Reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle** / Luiz Carlos Bresser Pereira. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. 58 p. (Cadernos MARE da reforma do estado; v. 1)

NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e Planejamento: a criação do PROREG**. Fórum de Contratação e Gestão Pública, n. 97, janeiro, 2010.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscana. **A Alemanha e o Estado de Direito. Apontamentos de teoria constitucional comparada**. Revista de informação Legislativa. Brasília, ano 34, n. 133, jan./mar. 1997.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Victor Civita, 1973.

DÍAZ, Elías. **Estado de derecho e sociedad democrática**. Madrid. Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1973.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (Org.). **Direito Regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

SILVA, Cristina Alves da; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. **Agências reguladoras e evolução Estatal: uma análise temporal do papel do Estado no setor econômico**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 251-273, jan./mar. 2013, p. 255.

MELO, Thiago Dellazari. **Do Estado Social ao Estado Regulador**. Revista do programa de pós-graduação em Direito da UFC. n.30, n. 1, 2010, p. 224. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1244>. Acesso em 14. Nov. 2017.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Estado Mínimo x Estado Máximo: o dilema**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº.12, dezembro/janeiro/fevereiro. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 24. Nov. 2017.

PLACHA, Gabriel. **A atividade Regulatória do Estado**. Dissertação de Mestrado) - PUCPR. Paraná, fevereiro de 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997, p.186.

SILVA, Cristina Alves da; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. **Agências reguladoras e evolução Estatal: uma análise temporal do papel do Estado no setor econômico**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 251-273, jan./mar. 2013.

JÚNIOR, Aragon Érico Dasso. **Reforma do Estado com participação cidadã? Déficit democrático das agências reguladoras brasileiras**. Tese de Doutorado - PUCPR. Florianópolis, 2006

AZEVEDO, Eurico de Andrade. **Agências Reguladoras**. R. Dir. Adm. Rio de Janeiro, 213:141 – 148, jul./set. 1998, p. 141.

SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BINENBOJM, Gustavo (coord). **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **A Evolução da ordem econômica no direito constitucional brasileiro e o papel das agências reguladoras**, p. 7. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32590-39803-1-PB.pdf>. Acesso em 24. Nov. 2017.

EASTON, Brian. **The context of light-handed regulation**, 2012. Disponível em: <https://www.eastonbh.ac.nz/2012/09/the-context-of-light-handed-regulation/>. Acesso 24. Nov. 2017.

MOREIRA, Vital. **A auto-regulação profissional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 20.

BARROSO, Luís Roberto. **Agências Reguladoras**. Constituição, transformações do Estado e Legitimidade Democrática. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro. 229: 285-311. Jul./Set., 2002, p. 6.

OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. **Não-Manipulabilidade e Contestabilidade da Regulação. Elementos para uma abordagem neorrepublicana das agências reguladoras independentes**. Abril de 2012. 165 f. Tese - PUCRJ. Rio de Janeiro, 2012

Farias, et.al. **Regulação Setorial no Brasil e Teoria da captura de agências: lineamentos históricos, concepção e desafios para um modelo regulatório independente**. Revista Jurídica, vol. 02, nº. 43, Curitiba, pp. 216-233. 2016

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: **Estabelecendo os Parâmetros de Discussão**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 99-139.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A Evolução da Ordem Econômica no Direito Constitucional Brasileiro e o papel das Agências Reguladoras. 2011. disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32590-39803-1-PB.pdf> Acesso: 31/10/2017.

SMITH,Adam. A riqueza das nações:investigação sobre sua natureza e suas causas. São Paulo: Nova Cultural,1996,1v.Disponível em <http://www.webartigos.com/artigos/a-ideia-central-do-pensamento-de-administração/49809#ixzz4x6e08uVY> Acesso; 31/10/2017

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

APPIO, Eduardo. Teoria Geral do Estado e da Constituição. Curitiba: Juruá,2005.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas .Rio de Janeiro: Lumen Juris,2006.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva,2007.

Dimitri, Leonardo Dimoulis,Teoria Geral Dos Direitos Fundamentais.São Paulo:Editora Revista dos Tribunais,2007.p.32.

MEIRELLES,Hely Lopes .Direito Administrativo Brasileiro.LIVRO DE 2015, p.51

CANOTILHO,José Joaquim Gomes.Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Lisboa: Almedina, 1999^a.

FILHO,Saltes Almeida Mafra. Nascimento e Evolução do Direito Administrativo.LIVRO DE 2004, p.169