

## 2

# Agências reguladoras no Brasil: os juristas e a legitimidade democrática

Neste capítulo inicial, procurarei delimitar o contexto em meio ao qual surgiram os questionamentos sobre a legitimidade da atuação normativa das agências reguladoras e, posteriormente, a proposta de aplicação da teoria de Habermas como possível solução para este problema. Na primeira seção, (1) será desenhado o cenário no qual se insere o problema de pesquisa. Para tanto, reconstruirei o processo de criação das agências reguladoras no Brasil, que se insere no processo mais amplo de reforma do Estado na década de 1990. Em seguida, (2) destacarei os questionamentos sobre legitimidade democrática das agências reguladoras, que permanecem latentes desde o momento da criação dessas entidades no cenário administrativo brasileiro. Ao final, (3) apontarei, brevemente, as principais correntes jurídico-doutrinárias sobre o tema, procurando demonstrar suas insuficiências.

### 2.1

#### O Estado brasileiro contemporâneo e as agências reguladoras

A ordem econômica prevista na Constituição de 1988 <sup>1</sup> evidencia a influência, no Brasil, de uma certa concepção acerca das funções do Estado e da forma de sua intervenção na economia que ganhou força mundialmente a partir da

---

<sup>1</sup> Como analisa Sérgio Guerra: “É de notar-se que os arts. 173, 174, 176 e 177 da Constituição Federal definiram, expressamente, o que compete ao Estado no ordenamento econômico. Por esses dispositivos constitucionais, o desempenho estatal deve se concentrar nas funções de fiscalização, incentivo e planejamento, permitindo-se, contudo, a sua atuação direta mediante a exploração de atividade econômica quando necessária *aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo*, conforme definidos em lei, bem como nos casos de monopólio estatal”. Assim, conclui o autor que: “Esse novo papel do Estado está subsumido ao princípio da subsidiariedade, pelo qual a iniciativa privada tem primazia sobre a iniciativa estatal. Vale dizer, o Estado deve abster-se de exercer qualquer atividade que compete à livre iniciativa, cabendo a este o fomento, a coordenação e a fiscalização das atividades desenvolvidas pelo particular” (GUERRA, Sérgio. *Introdução ao Direito das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 6). Note-se, por outro lado, que, embora o título sobre a ordem econômica e financeira da Constituição de 1988, se comparado com o do regime anterior, revele a opção por um Estado dotado de novas funções e de instrumentos diferentes de intervenção na economia, a estrutura da administração pública nela disposta representava, de fato, uma barreira para a implementação desse novo modelo de Estado. O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado foi elaborado em 1995 justamente com o objetivo de adequar a estrutura da administração pública brasileira às exigências desse novo modelo de Estado.

década de 1980. O modelo de Estado construído a partir dessa concepção tem sido representado entre os juristas brasileiros pela fórmula “Estado Regulador”.

É importante ressaltar que sob o título de “Estado Regulador” se encontram experiências de Estado que possuem diferenças significativas entre si. Ou seja, embora as funções e forma de intervenção na economia desses Estados sejam semelhantes – justamente por isso, são denominados “Estados Reguladores” – o contexto de seu surgimento e, conseqüentemente, os problemas para os quais pretendem oferecer soluções, são bastante distintos.

Nesse sentido, pode-se, por exemplo, distinguir o atual Estado Regulador brasileiro do Estado Regulador implementado nos E.U.A. durante o período do *New Deal*<sup>2</sup> (1933-1940). O Estado Regulador do *New Deal* surgiu como uma resposta à crise gerada pelo Estado capitalista liberal do *laissez-faire*, não-intervencionista, que se baseava “na auto-regulação das relações econômicas pelo mercado, segundo a lógica do equilíbrio de preços dada pelo mercado concorrencial puro (...), e que funcionaria segundo o pressuposto de que o homem age racionalmente buscando a maximização de seus interesses individuais”<sup>3</sup>. A concentração do capital gerada por esse sistema, associada à superprodução e à especulação financeira, levou à depressão econômica do início do séc. XX, nos E.U.A., que teve seu apogeu com a quebra da bolsa de valores de Nova York, em 1929.

Diante desse quadro, defendia-se como necessário um conjunto de mudanças institucionais que permitissem ao Governo federal enfrentar os

---

<sup>2</sup> Embora nos E.U.A. a primeira agência reguladora tenha surgido ainda no séc. XIX, o Estado Regulador tal como o entendemos só surge, de fato, com a implementação do *New Deal*. Como explica MATTOS: “Nos Estados Unidos, a regulação de mercados tem início no final do século XIX, com a criação de órgãos de regulação estaduais. A primeira agência de regulação estadual a ter relevância no cenário econômico norte-americano é a *Massachusetts Board of Railroad Commissioners*, criada em 1869 para regular o transporte por meio de estradas de ferro na região. Contudo, a regulação por meio de agências independentes começa a se desenvolver efetivamente nos Estados Unidos com a criação da primeira agência de regulação setorial federal, em 1887: a *Interstate Commerce Commission*. No entanto, nesse momento, além das preocupações relativas a controle de tarifas, segurança e qualidade dos serviços, outras se colocam no horizonte. Em 1890 é editado pelo Congresso o *Sherman Antitrust Act*, e em 1914 são editados o *Clayton Act* e o *Federal Trade Commission Act*, que reforçam o aparato jurídico-institucional para a defesa da concorrência e para a regulação de mercados nos Estados Unidos. Porém, as agências de regulação se tornam importantes como mecanismos jurídico-institucionais de intervenção do Estado sobre a economia” (MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Regulação Econômica e Democracia: Contexto e Perspectivas na Compreensão das Agências de Regulação no Brasil*, in: FARIA, José Eduardo (org.), *Regulação, Direito e Democracia*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002, pp. 45-46).

<sup>3</sup> Cf. MATTOS, Paulo. *O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade*. São Paulo: Editora Singular, 2006, p. 70.

inúmeros problemas econômicos e sociais que surgiram no rastro da depressão<sup>4</sup>. O Estado assumia, assim, o dever de sair de sua inércia não-intervencionista para atuar no mercado visando, principalmente, a controlar os monopólios e a concorrência destrutiva, e a planejar o desenvolvimento econômico norte-americano através da elaboração de estratégias de crescimento dirigidas ao setor industrial<sup>5</sup>.

O contexto da construção do Estado Regulador brasileiro na década de 90, porém, é bem diferente e se insere num quadro mais amplo de mudanças na forma de intervenção do Estado na Economia, no qual estão compreendidos, também, os fenômenos da desestatização dos Estados capitalistas europeus e da *deregulation* nos E.U.A.. Certo é que, até a década de 1980, a intervenção estatal na economia encontrava seu fundamento nas teorias que defendiam um rígido controle do desenvolvimento econômico por parte do Estado, o que se traduziu nas políticas econômicas de nacionalização, na Europa, e regulação, como vimos, nos Estados Unidos<sup>6</sup>. Este panorama se alterou, porém, nas últimas décadas do século XX.

Nos E.U.A., a idéia de regulação que inspirou o *New Deal* passou por grandes transformações ao longo dos anos. A mais significativa tem como marco fundamental o movimento regulatório que se convencionou chamar de *New Social Regulation* (1965-1980), que tinha sua base ideológica na *New Left*<sup>7</sup> norte-americana. Se o discurso que fundamentava o Estado Regulador do *New Deal* tinha como objetivo principal corrigir as falhas do mercado econômico, o discurso defensor do Estado pós *New Social Regulation* buscava proteger os indivíduos não apenas contra os interesses do grande capital, mas contra os interesses de um Estado no qual o poder decisório estaria profundamente centralizado<sup>8</sup>. A principal crítica da *New Left* ao *New Deal* se dirigia ao insulamento burocrático gerado por suas medidas, que afastavam a participação dos indivíduos na formulação de políticas públicas, delegando o poder de decisão acerca de seu conteúdo a um

<sup>4</sup> Cf. SUNSTEIN, Cass. *O Constitucionalismo após o The New Deal*, in: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord). *Regulação Econômica e Democracia: O Debate Norte-Americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 132.

<sup>5</sup> Cf. MATTOS, *O Novo Estado Regulador no Brasil...*, p. 86.

<sup>6</sup> Cf. MATTOS, *Regulação Econômica e Democracia...*, p. 44.

<sup>7</sup> “(...) a força dessa segunda onda regulatória nos Estados Unidos nasce nos movimentos políticos que serão qualificados depois como a *New Left* norte-americana. A organização de movimentos de ativistas políticos favoráveis à radicalização da democracia na década de 1960 – os *civil rights movements* – permitiu o desenvolvimento das bases teóricas que iriam dar suporte à *New Social Regulation*” (Cf. MATTOS, *O Novo Estado Regulador no Brasil...*, pp. 86-87).

<sup>8</sup> Cf. *Ibid*, p. 87.

grupo de especialistas. O movimento do *New Social Regulation* acrescentou aos objetivos regulatórios do *New Deal*, portanto, a preocupação “em corrigir os problemas de informação imperfeita aos consumidores e a pequenos acionistas, além dos relativos à segurança dos produtos, proteção do meio ambiente, certeza dos resultados da ação regulatória e maior equidade distributiva”<sup>9</sup>. Essas mudanças resultaram numa “redução do poder ou do grau de intervenção das agências de regulação sobre os entes privados”<sup>10</sup>, gerando um movimento de desregulação (*deregulation*)<sup>11</sup> da economia americana nos anos 1980.

No caso europeu, as mudanças na forma de intervenção do Estado na economia ocorridas na década de 1980 têm como pano de fundo um cenário diverso do norte-americano<sup>12</sup>. A crise fiscal do *Welfare State* fez surgir nos Estados capitalistas europeus o discurso sobre a necessidade de reformar sua estrutura jurídico-administrativa, de modo a diminuí-la para reduzir custos. Some-se a isso a concretização do projeto da União Européia em sua vertente econômica, que se fundava nos princípios da livre iniciativa e da concorrência, e, desse modo, não poderia admitir monopólios estatais<sup>13</sup>. A solução adotada por esses países foi a introdução, em suas ordens jurídicas, de instrumentos de fiscalização e regulação da ordem econômica, “que deram condições institucionais para o processo de privatização das empresas estatais e para a quebra de monopólios com a introdução de concorrência em vários setores da economia européia”<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Cf. MATTOS, *O Novo Estado Regulador no Brasil...*, p. 86; Ver também: MATTOS, *Regulação Econômica e Democracia...*, p. 46.

<sup>10</sup> Cf. MATTOS, *Regulação Econômica e Democracia...*, p. 50.

<sup>11</sup> Explica Paulo Mattos que: “Nos Estados Unidos, a chamada desregulação da economia (*deregulation*) pode ser compreendida como uma redução do poder ou do grau de intervenção das agências de regulação sobre os entes privados. No entanto, podemos também definir desregulação como redução ou flexibilização das próprias normas existentes (desregulação em sentido amplo). Tais processos de desregulação passam a ganhar força nos Estados Unidos fundamentalmente a partir das seguintes críticas ao controle do desenvolvimento econômico com base em agências de regulação: captura das agências por parte dos interesses dos administrados; restrições ao ingresso de novas empresas no mercado; desincentivo à inovação; instrumentos regulatórios ineficientes com custo de aplicação excessivo; dificuldade de coordenação entre os programas de regulação; dificuldades no controle das agências; criação de distorções na concorrência” (Cf. MATTOS, *Regulação Econômica e Democracia...*, pp. 50-51).

<sup>12</sup> Para um panorama dos debates relacionados à implantação do Estado Regulador nos países capitalistas europeus nos anos 80, ver: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). *Regulação Econômica e Democracia: O Debate Europeu*. São Paulo: Eitora Singular, 2006.

<sup>13</sup> Cf. MATTOS, *Regulação Econômica e Democracia...*, pp. 48-49.

<sup>14</sup> Cf. *Ibid.*, p. 49.

Ou seja, se a crise do mercado foi responsável pelo surgimento do Estado Regulador do *New Deal* e a defesa de uma maior participação da população com vistas à limitação da atuação desse novo Estado resultou nas reformas da *New Social Regulation*, serão a crise fiscal do Estado de bem-estar social e a integração econômica proporcionada pela criação da União Européia as principais causas da defesa da construção do modelo regulador de Estado nos países capitalistas europeus nos anos 80.

O surgimento do Estado brasileiro contemporâneo insere-se, pois, num contexto mais amplo de reformas regulatórias – no qual se inserem, também, os casos norte-americano e europeu – e dele recebeu influências claras. Com efeito, em que pese suas especificidades jurídico-institucionais e o contexto macroeconômico de sua implantação, o discurso que acompanhou a criação do Estado Regulador brasileiro se caracterizava, basicamente, pela busca em corrigir a sua crise fiscal, diminuindo o tamanho do aparelho do Estado e criando novos entes administrativos dotados de independência e competência técnica para decidir – como ocorreu entre os países capitalistas europeus – e pelo aumento da eficiência no controle social dos atos da administração pública – tal qual verificado ao longo dos anos 80 nos E.U.A..

A seguir, (a) apresentaremos o processo de implementação desse modelo de Estado no Brasil, para, então, (b) identificarmos as principais diretrizes do projeto governamental que o viabilizou institucionalmente – o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE). Ao final, (c) destacaremos a importância do papel atribuído às agências reguladoras pelo PDRAE no processo de reforma do Estado brasileiro.

### 2.1.1

#### **A construção do Estado Regulador brasileiro**

No meio jurídico, o denominado “Estado Regulador brasileiro” é, normalmente, definido como um modelo de Estado que intervém na economia de forma indireta, fixando, através de entidades administrativas dotadas de alto grau de autonomia e tecnicamente especializadas, certos parâmetros para o mercado, com o objetivo de aumentar a competitividade entre os agentes produtivos e

assegurar uma coordenação eficiente – do ponto de vista do bem-estar social – das atividades econômicas.

É, precisamente, com relação a estes dois aspectos, ou seja, a concepção acerca das funções que cabem ao Estado desempenhar e, principalmente, a maneira como este deve se relacionar com a economia e com a sociedade, que se diferencia o modelo regulador de Estado dos modelos liberal e social-desenvolvimentista, que o precederam historicamente no Brasil.

O modelo liberal de Estado, previsto pela Constituição de 1891<sup>15</sup>, foi construído a partir dos ideais burgueses que inspiraram a formação dos E.U.A.<sup>16</sup> e a Revolução Francesa. Duas seriam suas características principais: A limitação do seu poder e a limitação de suas funções<sup>17</sup>. A conjugação dessas duas idéias básicas tem como consequência o reconhecimento de uma esfera de liberdade dos indivíduos frente ao poder do Estado, constituída pelos chamados direitos fundamentais<sup>18</sup>. E a atividade econômica faz parte dessa esfera de liberdade inviolável ao poder estatal.

Assim, sob o ângulo da atividade econômica privada, os principais fundamentos do Estado Liberal, sobre os quais não cabia ao Estado intervir, eram a propriedade e os contratos<sup>19</sup>. De fato, defendia-se que um mercado livre, que funcionasse segundo os interesses individualistas dos atores econômicos, traria benefícios para todo o conjunto da sociedade. Competia ao Estado apenas garantir o direito de propriedade e o cumprimento dos contratos.

---

<sup>15</sup> Não ignoramos que o próprio fato de haver existido, realmente, um Estado liberal no Brasil é tema bastante controverso. Como escreveu José Afonso da Silva acerca da Constituição de 1891: “Constituíra-se formoso arcabouço formal.(...) Faltara-lhe, porém, vinculação com a realidade do país. Por isso não teve eficácia social, não regeu os fatos que previra, não fora cumprida” (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 79). Baseamos nossa análise dos modelos de Estado experimentados no Brasil, portanto, no modelo institucional-legal sobre o qual os mesmos se fundavam.

<sup>16</sup> É notória a influência que a Constituição norte-americana e os ideais que a inspiraram exerceram sobre o processo de elaboração da Constituição brasileira de 1891, através de Rui Barbosa, revisor do projeto de Constituição apresentado à Assembléia Constituinte de 1890. Ver a respeito: BARRETO, Vicente (org.). *O Liberalismo e a Constituição de 1888. Textos selecionados de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira e Fundação Casa de Rui Barbosa, 1991.

<sup>17</sup> No mesmo sentido, Norberto Bobbio, para quem “por ‘liberalismo’ entende-se uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas, e como tal se contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que hoje chamamos de social” (BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 7).

<sup>18</sup> Ver a respeito: SCHMITT, Carl. *Los Principios del Estado de Derecho Liberal*, in: *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1992.

<sup>19</sup> Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Novo Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 49.

O processo de construção do Estado Social <sup>20</sup>-Desenvolvimentista <sup>21</sup> brasileiro, por sua vez, somente poderia ser compreendido se inserido no contexto político e social vivido pelo país à época da promulgação da Constituição de 1934. A rigor, desde a década de 1920 já se criticava o “idealismo” da Constituição de 1891, cujo texto, dizia-se, parecia ignorar os problemas e as estruturas de poder existentes na sociedade brasileira <sup>22</sup>. Assim, a Constituição de 1934 reflete o programa vitorioso na Revolução de 1930, cujo objetivo principal era modificar o regime instituído pela Constituição de 1891. Sua elaboração teria se dado, portanto, em um momento histórico de considerável incerteza no Brasil, tanto em razão de fatores internos quanto externos <sup>23</sup>.

Diante deste cenário, procurou-se, através da Constituição de 1934, criar novas instituições políticas, judiciais, econômicas, culturais e educacionais, além

---

<sup>20</sup> Conforme já ressaltado, a classificação que adotamos tem como critério não apenas a concepção acerca das funções do Estado, mas também a forma de sua intervenção na economia. Nesse sentido, decidimos especificar o modelo de Estado Social do Brasil com o adjetivo “desenvolvimentista” para, de um lado, diferenciá-lo do modelo de Estado Social instituído nos E.U.A. durante o período denominado *new deal* – que, pela forma de sua intervenção na economia, pode ser considerado um modelo de Estado Regulador –, e, de outro, ressaltar a característica marcante do modelo de Estado Social adotado pelos chamados países “em desenvolvimento” latino-americanos durante o século XX, que, no caso brasileiro, tinha como base de sua estratégia econômica, principalmente, a substituição das importações e a intervenção direta na economia através de empresas estatais. Voltaremos ao tema adiante.

<sup>21</sup> Como explica Luiz Carlos Bresser Pereira: “O desenvolvimentismo não era uma teoria econômica, mas uma estratégia nacional de desenvolvimento. Usava teorias econômicas disponíveis para formular, para cada país em desenvolvimento da periferia capitalista, a estratégia que permitisse alcançar gradualmente o nível de desenvolvimento dos países centrais. Teorias baseadas no mercado, porque não há teoria econômica que não parta dos mercados, mas teorias de economia política que atribuíam ao Estado e a suas instituições um papel central na coordenação da economia” (BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Macroeconomia da Estagnação e Novo Desenvolvimentismo*, in: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos (org.). *Nação, Câmbio e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2007, p. 3.)

<sup>22</sup> Ver a respeito: VIANNA, Oliveira. *O Idealismo da Constituição* - 2ª edição. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939. O maior exemplo dessa inadequação entre o texto constitucional e a realidade se encontrava nos dispositivos sobre o exercício dos direitos políticos. Isso porque o sistema eleitoral era completamente viciado, de modo a privilegiar apenas as oligarquias de certas regiões do país, a saber, São Paulo e Minas Gerais, dando origem ao que ficou conhecido como a política “café-com-leite”.

<sup>23</sup> Isso porque, no âmbito econômico, “a crise mundial trazia como conseqüência uma produção agrícola sem mercado, a ruína de fazendeiros, o desemprego nas grandes cidades. As dificuldades financeiras cresciam: caía a receita das exportações e a moeda conversível se evaporara” (FAUSTO, Boris. *História Concisa do Brasil*. São Paulo: EDUSP, Imprensa Oficial do Estado, 2002, p. 185). Já no plano político, “as oligarquias dos Estados vitoriosos em 1930 procuravam reconstruir o Estado nos velhos moldes. Os ‘tenentes’ se opunham a essa perspectiva e apoiavam Getúlio em seu propósito de reforçar o poder central” (Ibid., p. 186). Ao mesmo tempo, porém, esses mesmos tenentes “representavam uma corrente difícil de controlar, que colocava em risco a hierarquia no interior do Exército” (Ibid., loc. cit.). Some-se a esses fatores internos o apoio da Igreja e, conseqüentemente, da massa da população católica ao novo governo (Ibid., loc. cit.). Externamente, desde o advento da Revolução Russa, em 1917, aumentava a pressão sobre os regimes capitalistas no sentido de se atender aos anseios de justiça social de sua população como forma de afastar o risco de uma possível revolução comunista.

de aperfeiçoar as já existentes <sup>24</sup>. Um dos pontos mais relevantes da nova Constituição dizia respeito à ordem econômica e social, incluída pela primeira vez na história brasileira num texto constitucional. Declarava-se que a ordem econômica deveria ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilitasse a todos uma existência digna. Dentro desses limites era garantida a liberdade econômica <sup>25</sup>.

Nesse aspecto, a Constituição de 1934 se identifica com uma tendência verificada nas constituições do pós-guerra nos países ocidentais. Esse “sentido social de direito”, nela presente, pode ser percebido, também, na Constituição alemã de Weimar, de 1919, na do México, de 1917, e na Constituição Espanhola, de 1931 <sup>26</sup>. Assim, às funções estabelecidas pelo modelo liberal, foram acrescentadas outras, de caráter social, isto é, que visavam a garantir o bem-estar dos membros da sociedade e, de forma reflexa, combater a “ameaça comunista”.

Além disso, a Constituição de 1934 dispunha, ainda, sobre o aproveitamento industrial das minas e das quedas-d’água <sup>27</sup>, possibilitando uma maior ingerência do poder público nesses setores. Através da imposição de normas de controle e fiscalização – regulamentadas, respectivamente, pelo Código de Minas <sup>28</sup> e pelo Código de Água <sup>29</sup> – ampliava o Estado sua esfera de atuação.

Seria possível perceber, portanto, uma mudança da concepção acerca do papel do Estado, que, de garantidor dos direitos de liberdade dos indivíduos, passava a ser considerado um instrumento de implementação de justiça social. Por outro lado, a essa mudança de papel do Estado corresponderia, também, uma mudança na sua relação com as esferas social e econômica. O poder estaria centralizado no Estado que, através de seu corpo burocrático, teria passado a implementar medidas de caráter social e a adotar a intervenção direta na economia como estratégia de atuação, além de participar como ator econômico – por meio das empresas estatais – da competição no mercado.

---

<sup>24</sup> São exemplos de inovações trazidas pela Constituição de 1934, dentre outros, a criação das Justiças Eleitoral e Trabalhista, a burocratização do aparelho estatal e a criação do Mandado de Segurança.

<sup>25</sup> VENÂNCIO FILHO, Alberto. Verbete sobre a “Constituição de 1934”, in: *Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro: Pós 1930*, p. 1566. Fundação Getúlio Vargas (Disponível em: [www.cpdoc.fgv.br/dhbb](http://www.cpdoc.fgv.br/dhbb) - Acesso em 13.08.2007).

<sup>26</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>27</sup> Cf. Arts. 118 e 119 da Constituição de 1934.

<sup>28</sup> Decreto-lei n. 1.985, de 29 de janeiro de 1940, posteriormente alterado pelo Decreto-lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967.

<sup>29</sup> Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934.

Justamente por isso, há quem diga que “nos anos 50, tornou-se um lugar comum a idéia de que o Estado tinha um papel estratégico na promoção do progresso técnico e da acumulação de capital, além de lhe caber a responsabilidade principal pela garantia de uma razoável distribuição de renda”<sup>30</sup>. Entretanto, ambas as transformações – das funções estatais e da sua forma de atuação em relação à sociedade e à economia – teriam produzido, também, um “crescimento explosivo”<sup>31</sup> do Estado, que, para promover o bem-estar social e o desenvolvimento econômico, aumentou, de forma expressiva, seu corpo burocrático, e, conseqüentemente, teve que elevar a carga tributária para arcar com as despesas relativas às suas novas funções<sup>32</sup>.

Esse crescimento do Estado Social-Desenvolvimentista brasileiro acabou gerando distorções em relação à concepção ideal do modelo que, aos poucos, tornaram-se mais evidentes. Nesse sentido, são citados como fatores de distorção que impediam tal modelo de Estado de atender com qualidade às demandas formuladas por seus cidadãos a captura por interesses privados das transferências das receitas oriundas da arrecadação dos tributos, a ineficiência da administração pública burocrática – tanto no que diz respeito à realização das atividades exclusivas do Estado quanto ao gerenciamento das empresas estatais – e a incapacidade física de fiscalização da corrupção existente no imenso corpo burocrático estatal<sup>33</sup>. Todos esses fatores, aliados ao endividamento externo cada vez maior, teriam levado a uma grave crise fiscal, cujos sintomas se manifestaram de maneira mais explícita nos anos 1980.

---

<sup>30</sup> Cf. BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. In: *Cadernos MARE da Reforma do Estado*, n.1. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997, p. 13.

<sup>31</sup> A expressão é de Bresser Pereira (Cf. *Ibid.*, loc. cit..)

<sup>32</sup> Explica Bresser Pereira que a carga tributária “de 5 a 10 por cento no início do século [XX] passou para 30 a 60 por cento do Produto Interno Bruto dos países, e aumentou o número de burocratas públicos, que agora não se limitavam a realizar as tarefas clássicas do Estado [liberal]” (Cf. *Ibid.*, loc. cit.).

<sup>33</sup> Segundo Bresser Pereira: “As transferências [de receita] do Estado foram sendo capturadas pelos interesses especiais de empresários, da classe média e de burocratas públicos. As empresas estatais, que inicialmente se revelaram um poderoso mecanismo de realização de poupança forçada, na medida em que realizavam lucros monopolistas e os investiam, foram aos poucos vendo esse papel se esgotar, ao mesmo tempo que sua operação se demonstrava ineficiente ao adotar os padrões burocráticos de administração. Na realização das atividades exclusivas do Estado e principalmente no oferecimento dos serviços sociais de educação e saúde, a administração pública burocrática, que se revelara efetiva em combater a corrupção e o nepotismo no pequeno Estado Liberal, demonstrava agora ser ineficiente e incapaz de atender com qualidade as demandas dos cidadãos-clientes no grande Estado Social do século vinte, tornando necessária sua substituição por uma administração pública gerencial” (Cf. *Ibid.*, loc. cit.).

O Estado Social-Desenvolvimentista brasileiro fracassava, assim, em cumprir as funções por ele assumidas, pois, como explica Bresser Pereira:

“Na medida em que o Estado via sua poupança pública tornar-se negativa, perdia autonomia financeira e se imobilizava. Suas limitações gerenciais apareciam com mais nitidez. A crise de governança, que no limite se expressava em episódios hiperinflacionários, tornava-se total: O Estado, de agente do desenvolvimento, se transformava em seu obstáculo”.<sup>34</sup>

Nesse sentido, a ascensão do Estado Regulador no Brasil é associada, freqüentemente, ao colapso do modelo social-desenvolvimentista de Estado durante a década de 1980. Entretanto, a outro fator é atribuída, também, importância decisiva para o seu surgimento: o fenômeno da globalização<sup>35</sup> – principalmente no seu viés econômico. É possível pensar na globalização como resultado de uma combinação entre diminuição dos custos e aumento da velocidade dos transportes e dos meios de comunicação internacionais<sup>36</sup>. No âmbito econômico, “a globalização levou a um enorme aumento do comércio mundial, dos financiamentos internacionais e dos investimentos diretos das empresas multinacionais”<sup>37</sup>, o que teve como efeito “um aumento da competição internacional em níveis jamais pensados e uma reorganização da produção a nível mundial patrocinada pelas empresas multinacionais”<sup>38</sup>. Ou seja, formou-se um mercado global que ganha poder em detrimento da soberania dos Estados Nacionais, na medida em que o desenvolvimento econômico destes passa a depender de sua capacidade de competir internacionalmente com outros países pelos recursos dos investidores externos. Dito de outro modo, tais mudanças

<sup>34</sup> Cf. Ibid, p. 14.

<sup>35</sup> O termo “globalização” não comporta uma única definição. O significado usual a ele associado remete à idéia de uma conexão a nível mundial, que pode estar relacionada a diferentes áreas da vida social. Segundo Jan Aart Scholte: “*Globality in the sense of transworld connectivity is manifested across multiple areas of social life, including communication, travel, production, markets, money, finance, organizations, military, ecology, health, law and consciousness*” (Cf. SCHOLTE, Jan Aart. *Globalization: A Critical Introduction*. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2005, p. 49).

<sup>36</sup> Sobre a importância do desenvolvimento dos meios de comunicação e transportes para a globalização, explica Bauman: “Parece claro de repente que as divisões dos continentes e do globo como um todo foram função das distâncias, outrora impositivamente reais devido aos transportes primitivos e às dificuldades de viagem. / Com efeito, longe de ser um ‘dado’ objetivo, impessoal, físico, a ‘distância’ é um produto social; sua extensão varia dependendo da velocidade com a qual pode ser vencida (e, numa economia monetária, do custo envolvido na produção dessa velocidade). Todos os outros fatores socialmente produzidos de constituição, separação e manutenção de identidades coletivas – como fronteiras estatais ou barreiras culturais – parecem, em retrospectiva, meros efeitos secundários dessa velocidade” (Cf. BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As conseqüências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 19).

<sup>37</sup> BRESSER PEREIRA, ob. cit., p. 14.

<sup>38</sup> Ibid., loc. cit..

geraram uma significativa perda de autonomia por parte dos Estados Nacionais, uma vez que, agora, na formulação de suas políticas macroeconômicas, devem levar em conta as exigências impostas pelo mercado global.

Os efeitos da globalização econômica foram – e são ainda – sentidos de maneira distinta pelos chamados “países desenvolvidos” e pelos “países em desenvolvimento”. Como explica Bresser Pereira:

“(…) dado o fato de que os mercados sempre privilegiam os mais fortes, os mais capazes, aprofundou-se a concentração de renda seja entre os países, seja entre os cidadãos de um mesmo país. Entre os países porque os mais eficientes tiveram melhores condições de se impor sobre os menos eficientes. Entre os cidadãos de cada país pela mesma razão. Entre os trabalhadores de países pobres e ricos, entretanto, a vantagem foi para os primeiros: dado o fato que seus salários são consideravelmente mais baixos, os países em desenvolvimento passaram a ganhar espaço nas importações dos países desenvolvidos, deprimindo os salários dos trabalhadores menos qualificados nesses países”.<sup>39</sup>

Assim, se o Estado Social-desenvolvimentista brasileiro já dava sinais de seu esgotamento em razão de sua crise fiscal e da conseqüente incapacidade de implementação de políticas públicas, esse quadro teria se tornado ainda mais grave por força dos efeitos da globalização. Vale dizer, não apenas sua capacidade para implementar políticas públicas estaria limitada, mas a própria elaboração de políticas públicas pelo Estado passava a obedecer à lógica determinada pelos interesses de investidores externos. Sustentava-se que o desafio a ser enfrentado, portanto, era o de restaurar o Estado no seu papel de agente promotor do desenvolvimento sem, no entanto, aumentar os gastos com a máquina pública. Alegava-se que era necessário revigorar o Estado através de reformas que o tornassem mais barato e eficiente na realização de suas tarefas, aliviando, assim, o peso de seu custo sobre as empresas nacionais, que, agora, participavam da competição no mercado global.

Assim, por meio das reformas buscava-se (a) delimitar as funções do Estado, reduzindo seu tamanho; (b) reduzir o grau de interferência do Estado na economia, prevendo novos instrumentos para essa intervenção; (c) aumentar a governança do Estado, principalmente por meio de um ajuste fiscal; e (d) aumentar a governabilidade garantindo mecanismos de participação democrática

---

<sup>39</sup> Ibid., loc. cit..

que tornassem mais legítima a atuação do governo <sup>40</sup>. Como previa Bresser Pereira:

“(...) o Estado do século vinte-e-um será um Estado Social-Liberal: social porque continuará a proteger os direitos sociais e a promover o desenvolvimento econômico; liberal, porque o fará usando mais os controles de mercado e menos os controles administrativos, porque realizará seus serviços sociais e científicos principalmente através de organizações públicas não-estatais competitivas, porque tornará os mercados de trabalhos mais flexíveis, porque promoverá a capacitação dos seus recursos humanos e de suas empresas para a inovação e a competição internacional”. <sup>41</sup>

Desse modo, se o Estado liberal se limitava a assegurar as regras do jogo estabelecidas livremente pelos atores econômicos segundo a lógica do mercado e o Estado Social-Desenvolvimentista buscava promover o bem-estar da coletividade através da intervenção direta no mercado, o Estado Regulador brasileiro deveria atuar no sentido de corrigir as falhas do mercado, de forma a equilibrar as relações econômicas, tendo por base a eficiência da Administração Pública e a maximização do bem-estar social <sup>42</sup>.

Mas, afinal, no que consiste a atuação regulatória do Estado? É importante ressaltar, desde logo, que o termo regulação comporta diferentes significados <sup>43</sup>. Nada obstante, no campo do Direito Econômico, a regulação é normalmente definida como uma espécie de intervenção do Estado na economia que se contrapõe à intervenção direta <sup>44</sup>. Trata-se, assim, de um “conjunto de medidas

<sup>40</sup> Ibid., pp. 18-19.

<sup>41</sup> Ibid., p. 18.

<sup>42</sup> Segundo Joaquim Barbosa Gomes, para quem: “O fenômeno da Regulação, tal como concebido nos dias atuais, nada mais representa, pois, do que uma espécie de corretivo indispensável a dois processos que se entrelaçam. De um lado, trata-se de um corretivo às mazelas e às deformações do regime capitalista. De outro, um corretivo ao modo de funcionamento do aparelho do Estado engendrado por esse mesmo capitalismo” (GOMES, Joaquim Barbosa. *Agências Reguladoras: A “Metamorfose” do Estado e da Democracia - Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado*. In: BINENBOJM, *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 22).

<sup>43</sup> Paulo Todescan Lessa Mattos adota um conceito mais amplo de regulação, que se associa a “técnicas administrativas consubstanciadas em normas destinadas à organização do sistema econômico ou que geram efeitos sobre o sistema econômico” (Cf. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O Novo Estado Regulador no Brasil...*, p. 33). Para uma exposição sobre a origem do termo regulação e dos significados aos quais o mesmo pode estar associado, bem como para uma diferenciação entre a regulação e outros institutos como a regulamentação, o poder de polícia e a Administração Ordenadora, ver: ARAGÃO, ob. cit., pp. 22-37. Para um panorama das diferentes técnicas de regulação estatal ver: BALDWIN, Robert; e CAVE, Martin. *Understanding Regulation – Theory, Strategy and Practice*. Oxford: Oxford university Press, 1999, pp. 34-62.

<sup>44</sup> Assim, segundo Carlos Ari Sundfeld: “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

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 direções socialmente desejáveis”<sup>45</sup>.

Há várias teorias que procuram explicar as razões pelas quais um determinado setor econômico é regulado pelo Estado<sup>46</sup>. Foge, porém, aos limites deste estudo uma análise detalhada das mesmas. Em verdade, interessa, aqui, tão somente consignar que a implementação do que é comumente denominado “Estado Regulador” no Brasil é identificada com uma mudança na estratégia de intervenção do Estado na economia, que deixou de estar baseada na atuação direta no mercado, através das estatais, para estruturar-se, de forma descentralizada, em torno de funções de fiscalização, fomento e planejamento da atividade econômica do país, voltadas à correção de falhas de mercado, o que pressupunha a criação de novas entidades administrativas<sup>47</sup>.

---

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)” (Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às Agências Reguladoras*. In SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 18.).

<sup>45</sup> Cf. ARAGÃO, ob. cit., p. 37.

<sup>46</sup> Até os anos 70 os estudos sobre o tema partiam da premissa de que a regulação era um instrumento estatal criado para corrigir as falhas do mercado. Em 1971, porém, George J. Stigler, Professor da Universidade de Chicago, formulou o que ficou conhecido como Teoria Econômica da Regulação para afirmar que “falhas de governo coexistiam com falhas de mercado – sobrepujando-as, por vezes. Isso invalidaria e tornaria inócuo o esforço do Estado dirigido à correção das primeiras. O resultado, segundo a Escola de Chicago, era uma regulação que protegia os interesses da indústria regulada e que não promovia o bem-estar social” (Cf. MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Regulação econômica e Democracia: O Debate Norte-Americano*. São Paulo: editora 34, 2004, prefácio dos organizadores, p. 15. Para uma introdução à teoria Econômica da Regulação, ver, na mesma obra: STIGLER, George J.. *Teoria Econômica da Regulação*; POSNER, Richard A. *Teorias da Regulação Econômica*; e PELTZMAN, S.. *A Teoria Econômica da Regulação depois de uma década de desregulação*). Ver, ainda: BALDWIN; e CAVE, ob. cit., pp. 9-33.

<sup>47</sup> Sobre as diferentes espécies de intervenção estatal e sua relação com o processo de implementação do Estado Regulador no Brasil, Vinícius Marques de Oliveira observa que: “É atribuída ao Estado, portanto, uma série de funções na organização do processo econômico. Situando-as de maneira sintética, correspondem a dois grandes grupos: aquelas em que o Estado aparece como empresário, ou seja, como produtor ou distribuidor de bens e serviços, e aquelas em que ele se apresenta como regulador, enquadrando nesse âmbito as medidas de cunho legislativo e administrativo por meio das quais controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, tendo em vista orientá-los em direções desejáveis e evitar efeitos lesivos aos

Se é certo, assim, que, segundo o critério classificatório acima adotado, optou-se na CRFB/88 por um modelo regulador de Estado, há que se reconhecer, porém, que a implementação de um tal modelo somente tornou-se possível, de fato, a partir de meados da década de 1990, após a elaboração do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE. O PDRAE, de 1995, representa, nesse sentido, um marco fundamental do “processo de substituição do Estado planejador, controlador, produtor e árbitro dos conflitos dos quais era parte por um Estado Regulador, que se limita a impor marcos referenciais, a promover a direção descentralizada e a adotar controles indiretos por meio fomento à concorrência”<sup>48</sup>.

### 2.1.2

#### **O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado como marco para o Estado Regulador no Brasil**

Foi visto, portanto, que, diante da crise fiscal do Estado nos anos 80 e das exigências de flexibilidade e eficiência da Administração Pública geradas pela globalização econômica, defendeu-se, no Brasil, a necessidade de reforma do Estado. O modelo de reforma pensado à época englobava uma série de aspectos, tais como o ajuste fiscal, a liberalização comercial, o programa de privatizações e o programa de publicização dos serviços competitivos ou não-exclusivos do Estado<sup>49</sup>.

No que diz respeito às funções do Estado e à forma de sua intervenção na economia, a ordem econômica estabelecida pela Constituição de 1988 é considerada um passo importante no caminho para uma reforma voltada à instituição do Estado Regulador no Brasil. Contudo, com relação à estrutura da Administração Pública, estabeleceu o Poder Constituinte de 1988 um modelo

---

interesses socialmente legítimos”. Prossegue o autor: “O que se pode observar no Brasil, a partir do início da década de 1990, foi o deslocamento da relevância atribuída às modalidades de intervenção estatal. Enquanto, por um lado, se iniciou um esvaziamento das funções do Estado empresário por intermédio do processo de privatizações de empresas estatais, por outro constituiu-se um novo aparato regulatório formado pelas agências de regulação” (Cf. CARVALHO, Vinícius Marques de. *Regulação de Serviços Públicos e Intervenção Estatal na Economia*, in: FARIA, ob. cit., pp. 13-14).

<sup>48</sup> Cf. MATTOS, Paulo todescan Lessa. *Regulação Econômica e Democracia...*, no prefácio de José Eduardo Faria, p. 17.

<sup>49</sup> Cf. PDRAE, p. 13.

identificado pelos reformistas como um verdadeiro “retrocesso burocrático”, que resultou no encarecimento do custo da máquina administrativa, tanto no que se refere a gastos com pessoal, como em relação a bens e serviços, o que teria gerado, conseqüentemente, um enorme aumento da ineficiência dos serviços públicos<sup>50</sup>.

Coube ao primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso a elaboração do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), que lançou as bases do projeto de reestruturação do aparato estatal, visando, principalmente, a solucionar o problema da rigidez e ineficiência da máquina administrativa, que eram vistos como os principais limitadores diretos da capacidade do Estado de implementar políticas públicas. Segundo o discurso político então vigente, o PDRAE tinha como objetivo não apenas enfrentar a “crise generalizada do Estado”, mas também, em última análise, “defendê-lo como *res publica*”, na medida em que visava a reestruturar a relação entre Estado e cidadão sobre a base da eficiência da Administração Pública<sup>51</sup>. Ou seja, sua elaboração tinha o objetivo de “reforçar a governança – a capacidade de governo do Estado – através da transição programada de um tipo de administração pública burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, para uma administração pública gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão”<sup>52</sup>.

Assim, observado de uma perspectiva mais ampla, o desafio que se propôs enfrentar através da elaboração do PDRAE em 1995 era o de reconhecer as limitações econômicas impostas ao Estado, que impediam a volta ao desenvolvimentismo de 1930 e 1950, sem, no entanto, adotar o modelo ortodoxo de Estado mínimo do neoliberalismo<sup>53</sup>. Em outras palavras, a questão que se colocava era: Como reduzir os custos do Estado sem negar a ele seu papel essencial de coordenador da sociedade e de promotor do desenvolvimento?

---

<sup>50</sup> Ver a respeito: PDRAE, pp. 20-22; e BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *A Reforma do Aparelho do Estado e a Constituição Brasileira* (Conferência ministrada no seminário sobre a reforma constitucional realizados com os partidos políticos sob o patrocínio da Presidência da República). Brasília, janeiro de 1995. Revisada em abril. Versão eletrônica disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br> (Aceso em 13.08.2007)

<sup>51</sup> Cf. PDRAE, pp. 14-18.

<sup>52</sup> Cf. *Ibid.*, p. 13.

<sup>53</sup> Cf. *Ibid.*, p. 44: “Dada a crise do Estado e o irrealismo da proposta neoliberal do Estado mínimo, é necessário reconstruir o Estado, de forma que ele não apenas garanta a propriedade e os contratos, mas também exerça seu papel complementar ao mercado na coordenação da economia e na busca da redução das desigualdades sociais”.

Na busca por uma solução, entendeu-se como medida prioritária redefinir com clareza as funções do Estado. Redefinir as funções estatais seria, segundo a lógica dos defensores da reforma do Estado, fazer com que ele abandonasse a estratégia de desenvolvimento econômico e social pela via direta da produção de bens e serviços para fortalecer-se na função de promotor indireto desse desenvolvimento, via regulação, cumprindo, assim, o disposto na Constituição de 1988<sup>54</sup>.

Nos termos do PDRAE, isso significava transferir, para o setor privado, as atividades que poderiam ser controladas pelo mercado e, para o setor público não-estatal, as atividades públicas não-exclusivas do Estado<sup>55</sup>. A lógica orientadora desse processo deveria levar em conta a existência de quatro grandes setores da atuação do Estado e uma análise sobre o quão necessária e eficiente seria a atuação estatal em cada um desses setores.

O primeiro setor seria o núcleo estratégico, correspondente ao governo em sentido amplo, cujas atividades não poderiam ser delegadas pelo Estado<sup>56</sup>. O segundo seria o de atividades exclusivas do Estado, ou seja, aqueles serviços que só o Estado poderia realizar<sup>57</sup> e que, portanto, também não poderiam ser transferidos. O terceiro, por sua vez, seria o setor de atuação simultânea do Estado e outras organizações públicas não-estatais e privadas. Seriam, portanto, atividades com caráter essencialmente público, mas nas quais o Estado não atuaria privativamente<sup>58</sup>, podendo, assim, ser transferidas através de publicização<sup>59</sup>.

---

<sup>54</sup> Cf. *supra*, item 1.1.

<sup>55</sup> Cf. BRESSER PEREIRA, ob. cit., p. 22.

<sup>56</sup> “É o setor que define as leis e as políticas públicas, e cobra o seu cumprimento. É portanto o setor onde as decisões estratégicas são tomadas. Corresponde aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e, no Poder Executivo, ao Presidente da República, aos ministros e aos seus auxiliares e assessores diretos, responsáveis pelo planejamento e formulação das políticas públicas” (Cf. PDRAE, p. 41).

<sup>57</sup> “São serviços em que se exerce o poder extroverso do Estado – o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar. Como exemplos temos: a cobrança e fiscalização dos impostos, a polícia, a previdência social básica, o serviço de desemprego, a fiscalização do cumprimento de normas sanitárias, o serviço de trânsito, a compra de serviços de saúde pelo Estado, o controle do meio ambiente, o subsídio à educação básica, o serviço de emissão de passaportes, etc.” (Cf. PDRAE, p. 41).

<sup>58</sup> “As instituições desse setor não possuem o poder de Estado. Este, entretanto, está presente porque os serviços envolvem direitos humanos fundamentais, como os da educação e da saúde, ou porque possuem ‘economias externas’ relevantes, na medida que produzem ganhos que não podem ser apropriados por esse serviço através do mercado. As economias produzidas imediatamente se espalham para o resto da sociedade, não podendo ser transformadas em lucros. São exemplos desse setor: as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa e os museus” (Cf. PDRAE, pp. 41-42)

Finalmente, o quarto setor seria aquele responsável pela produção de bens e serviços para o mercado e, nesse sentido, seria o menos característico em termos de intervenção “exclusiva e/ou necessária” do Estado <sup>60</sup>. Tais atividades poderiam ser privatizadas, ficando o Estado com a regulamentação e controle do seu exercício pelos entes privados.

Em resumo, o PDRAE tinha como objetivos gerais aumentar a governança do Estado e limitar sua atuação às funções que lhe são próprias. Esses objetivos gerais eram traduzidos para cada um dos quatro setores da atuação estatal na forma de objetivos específicos <sup>61</sup>. Isso porque cada um desses quatro setores apresentaria características peculiares, tanto no que se refere às suas prioridades, quanto aos princípios administrativos adotados.

Assim, conforme disposto no PDRAE, “no núcleo estratégico, o fundamental é que as decisões sejam as melhores, e, em seguida, que sejam efetivamente cumpridas”, de modo que “a efetividade é mais importante que a eficiência”. Vale dizer: o que importa é saber “se as decisões que estão sendo tomadas pelo governo atendem eficazmente ao interesse nacional, se correspondem aos objetivos mais gerais aos quais a sociedade brasileira está voltada ou não” e “se, uma vez tomadas as decisões, estas são de fato cumpridas”<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> Explica Bresser Pereira que: “A palavra ‘publicização’ foi criada para distinguir esse processo de reforma do de privatização. E para salientar que, além da propriedade privada e da propriedade estatal existe uma terceira forma de propriedade existente no capitalismo contemporâneo: a propriedade pública não-estatal. (...) / O reconhecimento de um espaço público não-estatal tornou-se particularmente importante em um momento em que a crise do Estado aprofundou a dicotomia Estado-setor privado, levando muitos a imaginar que a única alternativa à propriedade estatal é a privada. A privatização é uma alternativa adequada quando a instituição pode gerar todas as suas receitas da venda de seus produtos e serviços, e o mercado tem condições de assumir a coordenação de suas atividades. Quando isto não acontece, está aberto o espaço para o público não-estatal” (Cf. BRESSER PEREIRA, ob. cit., pp. 25-27).

<sup>60</sup> “Corresponde à área de atuação das empresas. É caracterizado pelas atividades econômicas voltadas para o lucro que ainda permanecem no aparelho do Estado como, por exemplo, as do setor de infra-estrutura. Estão no Estado seja porque faltou capital ao setor privado para realizar o investimento, seja porque são atividades naturalmente monopolistas, nas quais o controle via mercado não é possível, tornando-se necessário, no caso de privatização, a regulamentação rígida” (Cf. PDRAE, p. 42).

<sup>61</sup> Como exemplo de objetivos específicos, é possível citar, para o núcleo estratégico, uma política de profissionalização do serviço público; para o setor de atividades exclusivas, a transformação de autarquias e fundações que possuem poder de Estado em agências autônomas; para o terceiro setor, a publicização dos serviços públicos não-exclusivos; e, para o quarto setor, dar continuidade ao processo de privatização das empresas estatais. Para uma lista detalhada dos objetivos específicos do PDRAE para cada setor da atuação do Estado, ver: PDRAE, pp. 44-48.

<sup>62</sup> Cf. PDRAE, p. 42.

Já em relação às atividades exclusivas do Estado, aos serviços não-exclusivos e à produção de bens e serviços, a eficiência despontaria como critério fundamental. Nesses setores, segundo o disposto no PDRAE, “o que importa é atender milhões de cidadãos com boa qualidade e a um custo baixo”<sup>63</sup>. E, para que isso fosse possível, seria necessário substituir o modelo burocrático de administração pela administração gerencial<sup>64</sup>.

Não é por outro motivo que a principal idéia que justifica e orienta o projeto de reforma do Estado brasileiro na década de 1990 é a da “eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos e desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações”<sup>65</sup>, o que, no plano da reforma do aparelho do Estado se traduz na implementação da Administração Pública Gerencial. Esse novo modelo administrativo não negaria o modelo anterior. A idéia defendida era a de conservá-lo, mas flexibilizando alguns dos seus princípios fundamentais<sup>66</sup>. Como diferença fundamental entre os dois modelos, apontava-se a forma de controle dos atos da Administração, não mais concentrada nos processos, e sim nos resultados. Vale dizer:

“Na administração pública gerencial a estratégia volta-se (1) para a definição precisa dos objetivos que o administrador público deverá atingir em sua unidade, (2) para a garantia de autonomia do administrador na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros que lhe forem colocados à disposição para que possa atingir os objetivos contratados, e (3) para o controle ou cobrança *a posteriori* dos resultados”.<sup>67</sup>

A implementação dos princípios gerenciais de administração deveria ocorrer, segundo o PDRAE, concomitantemente, em três dimensões: a dimensão *institucional-legal*, que diz respeito à reforma do sistema jurídico-legal – principalmente da ordem constitucional, por meio de emendas à constituição; a *cultural*, responsável por viabilizar “a operacionalização da cultura gerencial centrada em resultados através da efetiva parceria com a sociedade, e da cooperação entre administradores e funcionários”; e a dimensão *gestão*, isto é, aquela referente às práticas administrativas<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> Cf. *Ibid.*, loc. cit.

<sup>64</sup> Cf. *Ibid.*, p. 43.

<sup>65</sup> Cf. *Ibid.*, p. 16.

<sup>66</sup> Como, por exemplo, “a admissão Segundo rígido critérios de mérito, a existência de um sistema estruturado e universal de remuneração, as carreiras, a avaliação constante de desempenho, o treinamento sistemático” (Cf. PDRAE, p. 16).

<sup>67</sup> Cf. *Ibid.*, p. 16.

<sup>68</sup> Cf. PDRAE, p. 48.

Para o presente estudo, interessa o nível das práticas administrativas que constituem a “dimensão gestão” e, mais especificamente, a previsão da criação das agências reguladoras independentes<sup>69</sup>, tema que trataremos a seguir.

### 2.1.3

#### As agências reguladoras e o novo modelo de Estado

A implementação da denominada *Reforma do Aparelho do Estado*, a partir da elaboração do PDRAE, introduziu no cenário jurídico-administrativo brasileiro as agências reguladoras independentes<sup>70</sup>. Sustentava-se, então, que o caminho rumo à Administração Pública gerencial passava pela “implantação de laboratórios, especialmente nas autarquias voltadas para as atividades exclusivas do Estado, visando iniciar o processo de transformação em agências autônomas, ou seja, em agências voltadas para resultados, dotadas de flexibilidade administrativa e ampla autonomia de gestão”<sup>71</sup>.

Assim, segundo tal plano, essas agências, nitidamente inspiradas na figura das *independent regulatory agency* do Direito Norte-americano<sup>72</sup>, seriam

<sup>69</sup> Cabe observar que o PDRAE utiliza o termo “autônomas”, e não “independentes”, para caracterizar as agências reguladoras. A utilização mais comum, atualmente, do termo “independente” se justifica, porém, como forma de diferenciar o grau de autonomia de que gozam essas agências da autonomia de que dispõem, por exemplo, outras entidades autárquicas integrantes do aparato estatal brasileiro. Daí falar-se, também, de uma “autonomia reforçada” das agências reguladoras se comparada com essas outras entidades. Ver a respeito: ARAGÃO, ob. cit., pp. 263-275.

<sup>70</sup> Há hoje, no Brasil, somente no âmbito federal, dez agências: Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, criada pela Lei n. 9.427/96; Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, criada pela Lei n. 9.472/97; Agência Nacional do Petróleo – ANP, criada pela Lei n. 9.478/97; Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, criada pela Lei n. 9.782/99; Agência Nacional de Águas – ANA, criada pela Lei n. 9.984/00; Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, criada pela Lei n. 9.961/00; Agência Nacional de Transportes Aquáticos – ANTAQ, criada pela Lei n. 10.233/01; Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, também criada pela Lei n. 10.233/01; Agência Nacional do Cinema – ANCINE; criada pela MP n. 2.228/01; e Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, criada pela Lei n. 11.182/05.

<sup>71</sup> PDRAE, p. 55.

<sup>72</sup> Alexandre Santos de Aragão observa, porém, que “como demonstração de que a recente legislação brasileira das agências reguladoras se abebera, não apenas da experiência norte-americana, como também nas recentes construções legislativas e doutrinas européias, cuja escola do Direito Administrativo integramos, é digno de nota o art. 9º da Lei Geral das Telecomunicações – Lei n. 9.472/97 –, que dispõe que a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL ‘atuará como autoridade administrativa independente’ ” (Cf. ARAGÃO, ob. cit., p. 237, nota n. 43). De fato, a expressão “autoridade administrativa independente” é a versão em português das “*autorités administratives indépendantes*” francesas. Essa aparente confusão terminológica se explica, segundo Carlos Ari Sundfeld, na medida em que, na realidade, “antes de regulação nada têm de específicos à *common law*, podendo, sim, ser adotados em países estranhos a esse sistema – como a França – uma vez que “a regulação não é própria de certa família jurídica, mas sim de uma opção política econômica” (Cf. SUNDFELD, ob. cit., p.23).

instrumentos essenciais para diminuir os entraves burocráticos da atuação estatal em setores estratégicos da economia, uma vez que sua instituição implicaria a retirada da regulação desses mesmos setores do âmbito das escolhas políticas do Presidente da República e de seus Ministros de Estado. Ou seja, “sob 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 técnica e imparcial”<sup>73</sup>.

Em verdade, a estratégia de “despolitização” de setores considerados estratégicos para a economia se insere na lógica do processo de privatizações e de desestatização que inspirou a Reforma do Estado<sup>74</sup>. Isso porque se defendia que “a atração do setor privado, notadamente o capital internacional, para o investimento nas atividades econômicas de interesse coletivo e serviços públicos objeto do programa de privatizações e desestatizações estava condicionada à garantia de estabilidade e previsibilidade das regras do jogo nas relações dos investidores com o poder público”<sup>75</sup>. Assim, tais agências teriam como função garantir, lançando mão de um aparato decisório fundado no seu caráter técnico e assegurado pela sua independência em relação a interferências políticas, a satisfação do interesse público através da regulação de setores até então afeitos à prestação direta do Estado<sup>76</sup>.

Isso se daria pelo desempenho, no âmbito de sua competência – definido na lei de sua criação –, de atividades de caráter executivo, normativo e judicante, correntemente equiparadas pelos juristas às três funções típicas do Estado, a saber: executiva, legislativa e jurisdicional<sup>77</sup>. O exercício dessas funções e seu elevado

<sup>73</sup> Cf. BINENBOJM, Gustavo (coord.). ob. cit., apresentação, p. ix.

<sup>74</sup> Sob o ângulo específico do Direito Administrativo esse fenômeno se insere no contexto maior de descentralização do Estado, também resultado das novas condições econômicas proporcionadas pela globalização. Nesse sentido, afirma André de Laubadère que: “As transformações das estruturas econômicas são hoje em dia tão rápidas que obrigam a freqüentes revisões das regras administrativas. Por outro lado, as flutuações conjunturais reclamam adaptações constantes das medidas econômicas decididas pela administração” (LAUBADÈRE, *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras...*, p. 7). Acrescenta Alexandre Santos de Aragão que: “É sob esta perspectiva que a elaboração teórica e legislativa das agências reguladoras, com seu dinamismo, independência, especialização técnica e valorização das soluções consensuais, deve ser destacada como um importante instrumento de intercomunicação do sistema jurídico com o subsistema econômico envolvente” (Ibid., loc. cit.).

<sup>75</sup> Cf. BINENBOJM, ob. cit., apresentação, p. ix.

<sup>76</sup> Cf. CARVALHO, Vinícius Marques de. *Regulação de Serviços Públicos e Intervenção Estatal na Economia*, in: FARIA, José Eduardo (org.). *Regulação Direito e Democracia...*, p. 14.

<sup>77</sup> “As agências podem assumir distintos estatutos jurídicos, desde sua participação na administração direta, até sua existência autárquica e independente. A elas competem funções do Executivo, tais como a concessão e fiscalização de atividades e direitos econômicos, e lhes são

grau de autonomia política para decidir fizeram com que alguns considerassem as agências reguladoras um quarto Poder <sup>78</sup>, ou, ainda, uma espécie de “mini-Estado”<sup>79</sup>.

A regulação executiva por parte das agências reguladoras – por exemplo, por meio de atos de consentimento de ingresso no mercado mediante concessão de licenças, autorizações e permissões, ou, ainda, através de atos de fiscalização sobre a execução da atividade consentida ou contratada – seria assemelhada às atribuições dos órgãos da Administração Pública direta, no exercício do poder de polícia <sup>80</sup>. Já o exercício da função normativa por essas entidades consistiria na especificação das normas gerais definidas pelo legislador às particularidades do setor econômico regulado <sup>81</sup> e encontraria sua justificativa no discurso da necessidade de flexibilidade, rapidez e especialização técnica da intervenção estatal na economia nas sociedades capitalistas contemporâneas <sup>82</sup>. Saber, no entanto, até que ponto a atuação normativa das agências tem respeitado os limites estabelecidos pelo legislador ou, ao contrário, vem usurpando sua competência, é tema bastante controverso, que pressupõe a definição prévia de critérios capazes de responder à pergunta acerca de quais são esses limites <sup>83</sup>. Por fim, a função judicante diria respeito “à solução de eventuais conflitos entre os diversos agentes regulados, entre esses agentes e os usuários/consumidores ou com o Poder Público (concedente, permitente ou autorizador)” <sup>84</sup>. Ainda no âmbito da atuação

---

atribuídas funções do Legislativo, como criação de normas, regras, procedimentos, com força legal sob a área de sua jurisdição. Ademais, ao julgar, impor penalidades, interpretar contratos e obrigações, as agências desempenham funções judiciárias” (Cf. NUNES, Edson de O.; NOGUEIRA, André M.; COSTA, Cátia C. da; ANDRADE, Helenice V. de; e RIBEIRO, Leandro M.. *Agências Reguladoras e Reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político institucional*. Rio de Janeiro: Garamond, 2007, p. 16).

<sup>78</sup> Segundo Edson Nunes *et al.*, “desde a década de 30, nos EUA, chamou-se de quarto poder às atividades atribuídas às agências. O comitê Brownlow (Committee on Administrative Management), no Governo Franklyn Roosevelt, dizia que eram, em verdade, miniaturas de governos independentes, que constituíam um ‘fourth branch of the government’ ”(Ibid., p. 17).

<sup>79</sup> Ibid., loc. cit..

<sup>80</sup> Ver a respeito: GUERRA, Sérgio. *O Controle Judicial dos Atos Regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 96-99; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 57.

<sup>81</sup> Como ressalta Sérgio Guerra, “as Agências Reguladoras brasileiras vêm editando uma série de normas com vistas a traduzir, por critérios técnicos, os comandos previstos na Carta Magna e na legislação infraconstitucional acerca do subsistema regulado”. Nesse sentido, cita o autor, como exemplo, a interpretação do termo “eficiência”, previsto no parág. 1º, do art. 6º, da Lei n. 8.987/95.

<sup>82</sup> Ver a respeito: SUNDFELD, ob. cit., p. 27.

<sup>83</sup> E isso depende, em última análise, de uma teoria do Estado e, conseqüentemente, da separação dos poderes, que consiga justificar o exercício das funções estatais sem se prender a arranjos institucionais específicos. Voltaremos a este tema adiante.

<sup>84</sup> Cf. GUERRA, Sérgio. *O Controle Judicial...*, pp. 125-126.

judicante, há a previsão, nas leis de criação de algumas agências reguladoras, da solução de controvérsias por meio de conciliação, mediação e arbitragem <sup>85</sup>.

Percebe-se, portanto, a partir da lógica que orientou a reforma do Estado, o qual importante era que as novas entidades reguladoras fossem dotadas de independência para decidir <sup>86</sup>. Em última análise, a garantia de que as decisões resultantes de sua atuação executiva, normativa ou judicante, supostamente técnicas, iriam prevalecer, dependia, diretamente, de que elas tivessem independência política no desempenho de suas funções.

## 2.2

### Agências reguladoras independentes e legitimidade

Mas o que significa, exatamente, essa “independência”? A independência das agências reguladoras é entendida como a ausência de subordinação hierárquica dessas entidades aos órgãos do Poder Executivo, o que, na prática, faz com que o Conselho Diretor da agência seja a última instância decisória em matérias de sua competência <sup>87</sup>. Fundamentais para que seja assegurada a independência das agências seriam a sua autonomia orçamentária e financeira <sup>88</sup> e a impossibilidade de exoneração *ad nutum* <sup>89</sup> dos seus dirigentes <sup>90</sup> – nomeados por mandato determinado <sup>91</sup> – pelo Poder Executivo.

<sup>85</sup> A título de exemplo, a lei de criação da Agência Nacional do Petróleo – ANP (Lei n. 9.478/97), no art. 43, X, prevê a necessidade de haver, no contrato de concessão para as atividades de exploração, “regras sobre a solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e arbitragem”. No mesmo sentido, a lei que criou a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei n. 9.472/97) determina, no art. 93, XV, que o contrato de concessão contenha “o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais”.

<sup>86</sup> Mencionar os artigos da Legislação sobre independência. Note-se, ainda, que, como ressalta Carlos Ari Sundfeld: “No caso brasileiro, inclusive porque a Constituição o exige, as agências vêm sendo instituídas por lei, e não por mero decreto do executivo, o que tem importância óbvia quanto à garantia de sua autonomia” (SUNDFELD, ob. cit., pp. 23-24, nota 14).

<sup>87</sup> “A independência decisória representa o estabelecimento do Conselho Diretor das Agência Reguladora como última instância decisória, haja vista a sua vinculação administrativa (e não subordinação hierárquica) ao respectivo Ministério” (Cf. GUERRA, ob. cit., p. 15).

<sup>88</sup> “A autonomia financeira e orçamentária está assegurada nas leis instituidoras de cada Agência Reguladora. Têm como principal receita as denominadas taxas de fiscalização ou regulação pagas por aqueles que exercem as respectivas atividades econômicas reguladas, fazendo com que inexista dependência de recursos do Tesouro” (Cf. GUERRA, ob. cit., p. 15)

<sup>89</sup> Isso significa que “os Dirigentes das Agências Reguladoras somente perderão seus mandatos em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar, cabendo à lei de criação das Agências prever outras condições para a perda do mandato” (Cf. GUERRA, ob. cit., p. 15).

<sup>90</sup> Segundo Alexandre Aragão, as agências reguladoras são “órgãos e entidades dotadas de independência frente ao aparelho central do estado – assegurada sobretudo pela vedação de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes –, com especialização técnica e autonomia, inclusive normativa, capazes de direcionar as novas atividades sociais na senda dos interesses públicos

Vale ressaltar que a previsão legal de vedação da exoneração dos dirigentes das agências até mesmo pelo chefe do Poder Executivo foi objeto de muita controvérsia no meio jurídico no passado <sup>92</sup>. De fato, apenas recentemente, no julgamento da ADI 1949-0/RS, o STF reverteu o entendimento até então dominante na Corte, que autorizava a exoneração de dirigentes de autarquias nomeados pelo Presidente para mandato determinado. Em seu voto, o Ministro Nelson Jobim destacou que as agências reguladoras teriam sido concebidas para a execução da política legal, que não necessariamente corresponde à política de governo. Nesse sentido, sustentou o Ministro Jobim que a vedação à exoneração *ad nutum* de seus dirigentes pelo chefe do Poder Executivo constitui condição necessária para que as agências reguladoras possam cumprir as funções que lhes foram atribuídas em Lei <sup>93</sup> – e às quais sua atuação está, portanto, vinculada – sem sofrer interferências políticas <sup>94</sup>.

---

juridicamente definidos” (Cf. ARAGÃO, ob. cit., p. 1). Carlos Ari Sunfeld, por sua vez, afirma que “na verdade, o fator fundamental para garantir a autonomia da agência, parece estar na estabilidade dos dirigentes” (Cf. SUNDFELD, ob. cit., p. 24).

<sup>91</sup> Explica Carlos Ari Sunfeld: “Na maior parte das agências atuais o modelo vem sendo o de estabelecer mandatos. O Presidente da República, no caso das agências federais, escolhe os dirigentes e os indica ao Senado Federal, que os sabatina e aprova (o mesmo sistema usado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal); uma vez nomeados, eles exercem mandato, não podendo ser exonerados *ad nutum*”. O mesmo autor adverte, porém, que esse sistema de nomeação tem sido seguido com maior ou menor rigidez nas diferentes agências (Cf. SUNDFELD, ob. cit., p. 25). O prazo do mandato também pode variar: na ANA e na ANEEL, os mandatos dos dirigentes são de quatro anos (Cf. art. 9º da Lei n. 9.984/00 e art. 5º da Lei n. 9.427/96), enquanto que, na ANS, é de três anos (Cf. art. 6º, parágrafo único, da Lei n. 9.961/00).

<sup>92</sup> Segundo Alexandre Santos de Aragão, “há algumas décadas começou a ser instituída, via legislativa, uma série de autarquias de regime especial a cujos dirigentes a lei restringia o poder de exoneração do chefe do Poder Executivo ao estabelecer sua nomeação por mandato determinado”. O autor cita o exemplo do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários, criado pela lei n. 3.807/60 e registra que “o STF, contudo, à época, considerou inconstitucional este reforço de autonomia por violar o poder de direção do Presidente da República sobre toda a Administração Pública. Esta posição jurisprudencial foi consolidada pela Súmula n. 25, que dispõe: ‘A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo dirigente de autarquia’ ” (Cf. ARAGÃO, ob. cit., p. 264).

<sup>93</sup> No mesmo sentido entende Alexandre Santos de Aragão, entendemos que “a independência das agências reguladoras deve ser tratada sem preconceitos ou mitificações de antigas concepções jurídicas que, no mundo atual, são insuficientes ou mesmo ingênuas. Com efeito, limitar as formas de atuação e organização estatal àquelas do século XVIII, ao invés de, como afirmado pelos autores mais tradicionais, proteger a sociedade, retira-lhe a possibilidade de regulamentação e atuação efetiva dos seus interesses” (Cf. ARAGÃO, ob. cit., p. 9).

<sup>94</sup> Nessa linha de raciocínio, argumentou o Ministro Jobim: “Eu, por exemplo, quando Ministro da Justiça, tive a tentação de intervir em decisões do CADE no que diz respeito a casos que aconteceram aqui, em relação à concentração COLGATE/KOLYNOS, etc., e o CADE repelia completamente o conflito que se estabeleceu naquele momento entre a política econômica do Governo, ou seja, a Secretaria de Assuntos Econômicos do Poder Executivo e a Secretaria de Defesa Econômica do Ministério da Justiça. E ele trancou a possibilidade dessa concentração na perspectiva da política macroeconômica estar altamente interessante, mas que iria em detrimento da concorrência, que era o objetivo da lei. O CADE não era para instrumentar política de Governo,

Dáí se depreende que a independência das agências reguladoras não implica a ausência de qualquer limite à sua atuação. Toda agência reguladora deve ser criada por lei ordinária <sup>95</sup>, que lhe atribui competência e estabelece os parâmetros e limites de sua atuação.

Justamente por isso, estão previstos, no ordenamento jurídico, diferentes mecanismos de controle dos atos decisórios das agências reguladoras, tais como a prestação de contas junto ao respectivo Tribunal de Contas quanto às verbas públicas por elas despendidas <sup>96</sup>, a possibilidade de revisão judicial de suas decisões <sup>97</sup>, e, principalmente, a possibilidade de fiscalização de seus atos, de alteração de seu regime jurídico e até mesmo de sua extinção pelo poder Legislativo <sup>98</sup>. Há, ainda, mecanismos de participação pública nos processos de tomada de decisão das agências, como as “consultas públicas”, as “audiências públicas” <sup>99</sup> e as ouvidorias.

Portanto, a qualificação “independente” deve ser entendida em termos <sup>100</sup>. Mesmo porque “em nenhum país onde foram instituídas [as agências reguladoras] possuem independência em sentido próprio, mas apenas uma maior ou menor autonomia, dentro dos parâmetros fixados pelo ordenamento jurídico” <sup>101</sup>. Dito de outro modo, independência, no caso das agências reguladoras, não é sinônimo de soberania <sup>102</sup>, mas sim de uma “efetiva descentralização autônoma, uma

---

mas sim a política da lei de proteção da concorrência” (Cf. ADI 1.949-0-RS. STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, D.J. 25/11/2005).

<sup>95</sup> Como têm natureza institucional de “autarquia especial”, as agências reguladoras estão submetidas ao disposto no art. 5º, I, do Decreto-Lei n. 200 de 1967, que exige que as autarquias sejam criadas “por lei”.

<sup>96</sup> Cf. art. 70 da Constituição de 1988.

<sup>97</sup> Cf. art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988. Cabe ressaltar que os limites do controle judicial sobre os atos administrativos – neles inseridos, portanto, os atos das agências reguladoras – são, ainda hoje, objeto de muita controvérsia. Para uma análise aprofundada do tema, ver: GUERRA, Sérgio. *Controle Judicial dos Atos Regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>98</sup> Cf. art. 49, V e X, da Constituição de 1988.

<sup>99</sup> Para um histórico da evolução dos mecanismos de controle dos atos das agências reguladoras nos E.U.A. desde o New Deal até os anos 90 ver: SUNSTEIN, Cass. *O Constitucionalismo Após o New Deal*. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Regulação Econômica e Democracia: O Debate Norte-Americano*(...).

<sup>100</sup> Segundo SUNDFELD, dizer que as agências reguladoras são dotadas de independência é apenas “fazer uma afirmação retórica com o objetivo de acentuar o desejo de que a agência seja ente autônomo em relação ao Poder Executivo, que atue de maneira imparcial e não flutue sua orientação de acordo com as oscilações que, por força até do sistema democrático, são próprias desse poder” (Cf. SUNDFELD, ob. cit., p. 24).

<sup>101</sup> Cf. ARAGÃO, ob. cit., p. 9.

<sup>102</sup> Segundo Fezas Vital, a soberania é a “competência da competência, quer dizer, competência para marcar os limites da própria competência. E assim, se o poder político tiver competência para marcar os limites dentro dos quais exerce o seu poder de ordens, dir-se-á soberano; mas se os limites dentro dos quais exerce o seu poder de dar ordens forem marcados, não por ele próprio,

autonomia ‘reforçada’ em comparação com a autonomia das demais entidades da Administração Indireta”<sup>103</sup>.

É essa “autonomia reforçada” a principal nota distintiva das agências reguladoras em relação aos demais entes de regulação previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro<sup>104</sup>. Vale dizer: embora tenham natureza institucional de autarquia, diferenciam-se das demais entidades autárquicas em razão de seu elevado grau de autonomia.

Assim, com base no que foi visto até aqui, é possível afirmar que, em que pesem suas especificidades<sup>105</sup>, as agências reguladoras brasileiras têm como características essenciais “a impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes, a organização colegiada, a formação técnica, competências regulatórias e a impossibilidade de recursos hierárquicos impróprios”<sup>106</sup>. Apenas a conjunção

---

mas por outro poder, então dir-se-á não soberano”, mas apenas autônomo (VITAL, *apud* ARAGÃO, ob. cit., p. 313).

<sup>103</sup> Ibid., p. 10. Importante ressaltar que no próprio PDRAE utilizou-se a expressão “agências autônomas” e não “agências independentes”.

<sup>104</sup> O Banco Central do Brasil – BACEN e a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, por exemplo, são entidades autárquicas com amplos poderes regulatórios que, no entanto, têm suas decisões condicionadas pelo poder normativo do Conselho Monetário Nacional (órgão específico do Ministério da Fazenda, conforme o disposto no art. 16, VII, da Lei n. 9.649/98) e podem, ainda, ter seus dirigentes exonerados pelo Presidente da República caso lhe seja conveniente (Ver a respeito: MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão*, in: SUNDFELD, ob. cit., pp. 124-127; e ARAGÃO, ob. cit., pp. 297-312). Justamente por isso, há quem diga que as agências reguladoras não representariam algo verdadeiramente novo em termos de estrutura administrativa. Ver a respeito: Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “Em rigor, autarquias com funções reguladoras não se constituem em novidade alguma” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 133) e Conrado Hübner Mendes que entende “serem as agências reguladoras de pouca novidade na estrutura burocrática brasileira” (Cf. MENDES, ob. cit., p. 100). Porém, como observa Paulo Todescan Lessa Mattos, esse tipo de afirmação “ignora dois aspectos centrais à compreensão das agências de regulação no direito brasileiro: (I) o desenho institucional das agências de regulação difere dos órgãos [e entidades, acrescentaríamos] reguladores até então existentes no Brasil; e (II) os pressupostos teóricos e práticos à criação das agências de regulação diferem dos pressupostos que orientam a criação dos demais órgãos [e entidades] reguladores que encontramos no Direito brasileiro, nos diversos momentos da história econômica do país” (Cf. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Regulação Econômica e Democracia...*, pp. 57-58).

<sup>105</sup> NUNES *et al.*, mencionam trecho da obra de Richard Noll para destacar que essa diversidade de formatos institucionais não é exclusiva do Brasil e, mais ainda, é maior nos EUA do que aqui: “Regulatory agencies come in many sizes and forms. Some are headed by commissions – a group of coequal heads Who make decisions by voting on formal proposals, much like a legislature – while others have a single administrative head. Some are independent agencies technically outside the President’s administrative control, while other are lodged in executive branch departments. Some have very narrow responsibilities (...). Others, like the Occupational Health and Safety Administration, regulate every business in the nation” (NOLL, Richard (Ed.). *Regulatory Policy and the Social Sciences*, *apud* NUNES *et. al*, ob. cit., p. 16, nota de rodapé n. 2).

<sup>106</sup> Cf. ARAGÃO, ob. cit., p. 10.

desses elementos resultará na conceituação de uma entidade como agência reguladora independente <sup>107</sup>.

Ocorre que a criação de entidades reguladoras dotadas de um alto grau de autonomia, em relação às decisões dos agentes públicos eleitos, para editar normas enseja inúmeras e relevantes questões nos campos do Direito e da Política – como as da delegação legislativa, da usurpação de competências institucionais e da violação ao princípio da separação dos poderes. Todas elas, porém, são derivadas de um problema fundamental, que diz respeito a um suposto déficit de legitimidade democrática da atuação normativa dessas novas autoridades administrativas <sup>108</sup>, isto é, à dificuldade de justificação de seu poder normativo com base na teoria liberal da democracia <sup>109</sup>.

Assim, se a distância dos critérios político-partidários de decisão, assegurada, sobretudo, pela impossibilidade do Chefe do Poder Executivo (eleito) exonerar livremente os seus dirigentes (nomeados), é tida, do ponto de vista da eficiência econômica, como uma das maiores vantagens do modelo institucional das agências reguladoras, do ponto de vista político, ela se apresenta como um dos seus maiores problemas <sup>110</sup>. Isso porque “o usuário dos serviços e produtos

<sup>107</sup> Cf. *Ibid.*, loc. cit..

<sup>108</sup> “A insurgência de espaços administrativos efetivamente autônomos frente ao poder executivo central, do que as agências reguladoras independentes constituem o exemplo mais relevante em nosso Direito Positivo, é uma exigência da eficaz regulação estatal de uma sociedade também diferenciada e complexa. Todavia, a adoção de um modelo multiorganizado ou pluricêntrico de Administração Pública traz riscos à legitimidade democrática da sua atuação” (Cf. ARAGÃO, ob. cit., pp. 218-219). Como explica Paulo Todescan Lessa Mattos: “O que está em questão é saber em que medida pode ser legítima e democrática a decisão sobre o conteúdo da regulação por um órgão colegiado não-eleito e com autonomia decisória em relação à administração direta, em contraposição à decisão monocrática de um ministro de Estado nomeado pelo presidente da República eleito pelo voto popular. Ou, ainda, em que medida é legítima a definição de políticas públicas para um setor da economia por meio de uma agência reguladora independente, na medida em que, ao exercer sua função normativa, acaba por especificar (exercendo efetivamente poder normativo) o conteúdo das normas gerais definidas em lei pelo Poder Legislativo (eleito) ou em decreto do presidente da República (eleito)” (Cf. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O Novo Estado Regulador Brasileiro...*, p. 339).

<sup>109</sup> Como observa, adequadamente, Aragão: “A determinação do âmbito do poder normativo das agências reguladoras pressupõe a definição do que se entende por Estado de Direito, separação de poderes, princípio da legalidade e discricionariedade” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras...*, p. 397).

<sup>110</sup> Como explica Paulo Todescan Lessa Mattos que: “as agências reguladoras independentes são autorizadas pelo Congresso a: (i) editar normas, exercendo função quase-legislativa; (ii) decidir conflitos, exercendo função quase-jurisdicional ao aplicar e interpretar normas; e (iii) executar leis, exercendo função quase-executiva de formulação de políticas públicas. E, no caso do exercício das funções executivas, as agências têm, do ponto de vista legal, garantias de independência decisória e podem, ao formular políticas públicas, contrariar os interesses políticos do presidente eleito democraticamente. Dessa forma, muitas das decisões das agências envolvem escolhas políticas traduzidas em normas editadas (*political choices that ‘make law’*), que têm que ser legitimadas” (Cf. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O Novo Estado Regulador Brasileiro...*, p. 171).

regulados é, antes de ser usuário, eleitor daqueles que conferiram mandatos às agências”<sup>111</sup>. E, se os agentes eleitos não têm influência direta sobre as decisões dos reguladores – ou, dito de outro modo, se não há instrumentos de *accountability* eleitoral para limitar as decisões dos dirigentes das agências reguladoras –, o cidadão, como eleitor, perde seu poder sobre as decisões públicas tomadas em setores que afetam áreas cruciais de sua vida. Em outras palavras: “transformado apenas em consumidor, o cidadão eleitor carece de meios para inquirir e interpelar o (mini)Estado que governará a água que bebe, a eletricidade que consome, o telefone que usa, o rádio que ouve, a televisão que vê, o ensino que obtém, o transporte que utiliza, o remédio que dá a seu filho”<sup>112</sup>.

Nesse contexto, como em qualquer outro processo de autonomização do poder, o desafio é repensar novos instrumentos de *accountability* e controle da atuação estatal, que devem estar inseridos num contexto de ampliação dos espaços democráticos e inclusão dos cidadãos<sup>113</sup>. O debate desenvolvido no âmbito do Direito sobre o tema, porém, tem se concentrado apenas na dimensão jurídico-formal deste desafio.

A seguir, apresentarei, brevemente, as principais correntes deste debate e procurarei demonstrar suas insuficiências para o enfrentamento de uma questão tão complexa, que envolve diferentes áreas do conhecimento, como é a questão da legitimidade democrática da atuação normativa das agências reguladoras. Embora seja possível falar de uma “atuação normativa” das agências no desempenho de suas três funções<sup>114</sup> – normativas, executivas e judicantes –, utilizarei tal expressão para me referir, precisamente, à função “quase-legislativa”, isto é, a função de edição de documentos normativos jurídicos, das agências reguladoras.

Isso se deve ao fato de que somente no desempenho dessa função está prevista, obrigatoriamente, para as agências reguladoras – embora possam elas se

---

<sup>111</sup> Cf. NUNES *et al.*, ob. cit., p. 17.

<sup>112</sup> *Ibid.*, pp. 17-18.

<sup>113</sup> Cf. SUNDFELD, ob. cit., p. 24.

<sup>114</sup> Nesse sentido, a idéia de atuação normativa não estaria identificada, unicamente, com a atividade legislativa das agências, mas se basearia na proposição de Hans Kelsen, segundo a qual uma decisão jurisdicional que aplica a lei a um caso concreto ou um ato administrativo do Poder Executivo que concretiza numa determinada situação o mandamento contido num texto normativo são etapas necessárias da atuação normativa estatal. Segundo Kelsen: “Este processo, no qual o Direito como que se recria em cada momento, parte do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto). É um processo de individualização ou concretização sempre crescente” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7ª ed.. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 263).

diferenciar quanto à sua estrutura institucional, uma vez que cada agência é criada por lei específica tanto no âmbito federal, como estadual e municipal – a adoção dos mecanismos de participação popular institucionalizados nos seus processos decisórios – notadamente, as audiências públicas e as consultas públicas. E é, justamente, nesses mecanismos de participação popular que se tem enxergado, por meio da aplicação da teoria de Habermas, potenciais de legitimação democrática da atuação normativa das agências reguladoras.

### 2.3

#### O debate no meio jurídico brasileiro

A maior parte dos autores de Direito administrativo e econômico no Brasil<sup>115</sup> têm tratado do tema da legitimidade democrática da atuação das agências reguladoras a partir de uma perspectiva formalista, limitada ao plano do debate constitucional, “no qual os problemas são sempre passíveis de uma solução técnica por meio da melhor interpretação (ou da interpretação que vencer a disputa)”<sup>116</sup>.

É possível identificar, dentre os numerosos estudos já produzidos<sup>117</sup>, três linhas principais que representam as diferentes posições assumidas por seus

<sup>115</sup> Vale mencionar, como exceções a essa tendência disseminada entre nossos juristas, os trabalhos desenvolvidos pelo grupo de pesquisa do Núcleo de Direito e Democracia do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento – CEBRAP, dentre os quais se destaca a obra *O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade*, de Paulo Todescan Lessa Mattos, utilizada como referência para o presente estudo, e, ainda, o artigo de Gustavo Binbenojm: *Agências Reguladoras Independentes no Brasil* (In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, pp. 89-110), onde o autor chama a atenção para a necessidade de fomento à participação pública e de aperfeiçoamento do sistema de controle sobre as agências reguladoras a fim de aumentar o grau de legitimidade de sua atuação.

<sup>116</sup> Cf. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Autonomia Decisória, Discricionariedade Administrativa e Legitimidade da Função Reguladora do Estado no Debate Jurídico Brasileiro*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras...*, pp. 341-342.

<sup>117</sup> Ver: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006; ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Regulamento e Princípio da Legalidade”. In: *Revista de Direito Público*, n. 96, outubro-dezembro, 1990; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1999; e SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às Agências Reguladoras*. In: SUNDFELD, ob. cit., pp. 17-38.

autores com relação ao tema <sup>118</sup>. Duas delas questionam a legitimidade democrática da atuação das agências reguladoras.

A primeira o faz alegando que o poder normativo dessas entidades para especificar o conteúdo de normas gerais previstas em lei ou decreto do Presidente da República não possui previsão constitucional. Dessa forma, o exercício da atividade normativa pelas agências reguladoras implicaria uma ampliação inconstitucional da discricionariedade normativa por parte do titular do poder regulamentar. Além disso, tal modelo de regulamentação ensejaria o risco de – por força do aumento da discricionariedade – distanciar-se, cada vez mais, o conteúdo dos documentos normativos editados pelas agências da intenção do legislador quando da elaboração da lei ou do Presidente quando da elaboração do Decreto de regulamentação de lei, que, em última análise, são autoridades eleitas e, portanto, dispõem de maior legitimidade democrática que os diretores das agências reguladoras. O aumento da discricionariedade geraria, ainda, dificuldades no que diz respeito ao controle de legalidade dos atos normativos das agências por parte do Poder Judiciário <sup>119</sup>.

A segunda posição é ainda mais radical e afirma que a função normativa das agências reguladoras representaria uma delegação abdicatória, ou seja, uma renúncia do Poder legislativo ao seu dever de exercer a competência que lhe é atribuída pela Constituição <sup>120</sup>. Portanto, seria inconstitucional, com base no art. 25, I, do ADCT/88<sup>121</sup>, qualquer forma de delegação da função normativa por parte do Poder Legislativo e, conseqüentemente, o poder normativo das agências reguladoras.

Uma terceira linha seria composta por aqueles que inserem o fenômeno de surgimento das agências reguladoras no Brasil em um contexto maior de revisão de alguns dos postulados principais do constitucionalismo clássico – tais como os

<sup>118</sup> A divisão aqui adotada foi proposta por Paulo Todescan Lessa Mattos. Ver a respeito: MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Autonomia Decisória, Discricionariedade Administrativa e Legitimidade da Função Reguladora do Estado no Debate Jurídico Brasileiro*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *Poder Normativo das Agências Reguladoras...*, pp. 339-341.

<sup>119</sup> Ver a respeito: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública...*, pp. 140-147.

<sup>120</sup> Ver a respeito: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regulamento e Princípio da Legalidade...*

<sup>121</sup> “Art. 25. Ficam revogados a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:  
I. Ação normativa; (...)”.

princípios da legalidade e da separação dos poderes – à luz das realidade sócio-econômica cada vez mais complexa gerada pelo mundo globalizado <sup>122</sup>. Argumento muito utilizado é o da necessidade de regulação técnica de algumas atividades específicas, que desloca o foco do problema de questões de dogmática constitucional para o discurso sobre a exigência de eficiência da atividade reguladora <sup>123</sup>. Destaca-se também a previsão legal de mecanismos de controle da atuação das agências e de formas de participação no processo decisório das mesmas, como instrumentos capazes de responder às alegações de violação aos princípios constitucionais da separação de poderes e do Estado democrático. Assim, os esforços empreendidos por esses autores se resumem, normalmente, à busca pela interpretação do texto constitucional que consiga “harmonizar” os princípios da legalidade e da separação dos poderes com a atuação normativa politicamente autônoma das agências reguladoras, a fim de identificar parâmetros normativos de controle da discricionariedade administrativa.

É nesse contexto que tem crescido entre os administrativistas brasileiros o debate sobre temas relacionados à questão dos limites do poder normativo das agências reguladoras, como os da “deslegalização” (ou “delegificação”) e da “delegação legislativa” <sup>124</sup>. Nos EUA é comum a abordagem da questão a partir da idéia da delegação legislativa. Vale dizer, entre os juristas norte-americanos, os debates giram em torno não da possibilidade ou não de delegação legislativa por parte do Poder legislativo às agências reguladoras, mas dos limites dessa delegação. Entre nós, porém, há grande resistência para se reconhecer a possibilidade de delegação da função de legislar pelo Poder Legislativo às agências reguladoras. As posições contrárias ao exercício do poder normativo por parte das agências reguladoras, normalmente, têm como ponto nuclear o argumento de que é inconstitucional qualquer tipo de delegação legislativa não autorizada expressamente em dispositivos da Constituição.

---

<sup>122</sup> Ver a respeito: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras...*, pp. 218-219; e BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>123</sup> Ver a respeito: SUNDFELD, ob. cit., pp. 17-38.

<sup>124</sup> “A correlação entre o Princípio da Legalidade e o poder normativo da Administração Pública (arts. 5º, II, 37, caput, e 84, IV e VI, CF) é uma das questões mais presentes nos debates contemporâneos da Teoria Geral do Estado e do Direito Público” (Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras...*, p. 396. Ver, também, do mesmo autor: *Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo*. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – RDPGE*, vol. 53, pp. 37-60).

Por isso, aqueles que defendem a legitimidade da atuação normativa das agências, ao tratarem da questão, utilizam, nas palavras de Sundfeld, “uma forma mais francesa: a administração pública tem também função normativa, que não se confunde com a função normativa legislativa”<sup>125</sup>. Ou seja, no Brasil, a estratégia jurídica adotada por aqueles que defendem a legitimidade da atuação normativa das agências reguladoras é a de se investir na argumentação acerca da relativização do princípio da legalidade e da ampliação do poder normativo das agências. A esta proposta corresponde a idéia de “deslegalização”, cujo fundamento residiria na suposta necessidade de especialização técnica e flexibilidade das normas que regulam certos setores da economia. Ao Poder Legislativo, seria, então, relegada a tarefa de elaborar leis cada vez mais amplas e genéricas, que não regulassem diretamente a matéria, mas estabelecessem apenas os *standards* que deveriam guiar a produção normativa das agências reguladoras<sup>126</sup>.

Na realidade, o que se depreende desse debate é que “estão todos dizendo a mesma coisa; uns com honestidade chocante, outros, revestindo o fenômeno dentro de categorias que o tornam mais palatáveis, tendo em vista a separação de poderes que nos é tão cara”<sup>127</sup>. Tal conclusão é ainda mais evidente ao se verificar que, mesmo que se insista na tese de não se tratar de delegação legislativa, os tipos de argumento utilizados para defender a atuação normativa das agências reguladoras, no Brasil, são muito semelhantes aos verificados no debate norte-americano – onde, como visto, se assume, explicitamente, que se trata de uma delegação da função de legislar<sup>128</sup>.

<sup>125</sup> Cf. SUNDFELD, *apud* NUNES *et al.*, ob. cit., p. 17.

<sup>126</sup> Ver a respeito, dentre outros: ver: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Extensão do poder Normativo das Agências Reguladoras*. In: ARAGÃO (Coord.), ob. cit., pp. 125-142; e ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A Legitimação Democrática das Agências Reguladoras*. In: BINENBOJM (Coord.), ob. cit., pp. 1-20.

<sup>127</sup> *Ibid.*, loc. cit..

<sup>128</sup> Seriam três, basicamente, os modelos teóricos desenvolvidos nos EUA para justificar a delegação legislativa às agências reguladoras (ver a respeito: MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros da Discussão*. In: SUNDFELD (Coord.), ob. cit., p. 122). O primeiro é a denominado *transmission belt model*, segundo a qual tal delegação seria fundamentada pelo fato de ser o legislador, legitimado eleitoral e constitucionalmente, que cria a agência reguladora e lhe transfere o poder normativo e os limites dentro dos quais deve ele ser exercido. Além disso, os dirigentes seriam indicados pelo Presidente da República e aprovado pelo Senado – ambos órgãos democraticamente eleitos. Já o segundo é o *expertise model*, que justifica a delegação legislativa com base na necessidade de especialização técnica para regulação de determinadas atividades, que tornaria as agências reguladoras mais capazes de editar normas em razão de serem formadas por técnicos *expertos* em matérias as quais o Congresso não teria condições de regular. O terceiro é o *procedural model*, segundo o qual a

No Judiciário brasileiro, parece estar prevalecendo a corrente que defende a legitimidade do exercício do poder normativo pelas agências reguladoras<sup>129</sup>. Na fundamentação das decisões relevantes do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, percebe-se, claramente, a forte influência exercida pelo argumento da especialização técnica das agências. Este é o caso, por exemplo, do julgamento dos Recursos Especiais 572.070-PR, 985.265-RS e 986.415-RS, que ratificam o poder normativo da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL para definir o que seria “área local” para cobrança de tarifas telefônicas e fixar o valor das tarifas das assinaturas telefônicas<sup>130</sup>.

---

legitimidade da atuação das agências repousaria na sua capacidade de garantir aos interessados a participação no seu processo de tomada de decisões. Os argumentos ligados a este último modelo, embora ainda pouco desenvolvidos entre os juristas brasileiros, são, a meu ver, aqueles que mais se ajustam à complexidade das sociedades contemporâneas e às exigências trazidas pelo estágio atual dos debates no âmbito da ciência política sobre as teorias da democracia, dentre elas a teoria procedimentalista da democracia de Jürgen Habermas, que será tratada nos capítulos 2 e 3.

<sup>129</sup> Em verdade, qualquer afirmação peremptória sobre a tendência decisória do Judiciário brasileiro em relação à legitimidade do exercício do poder normativo pelas agências reguladoras demandaria uma investigação empírica, o que extrapola os limites do presente trabalho.

<sup>130</sup> Vale transcrever alguns trechos da ementa da decisão do STJ nos referidos julgamentos: “(...) 1. A regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei n. 9.472/97 e demais disposições correlatas, visa a favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia, em prol do conjunto da população brasileira. Para o atingimento desse objetivo, é imprescindível que se privilegie a ação das Agências Reguladoras, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo. 2. A delimitação da chamada ‘área local’ para fins de configuração do serviço local de telefonia e cobrança da tarifa respectiva leva em conta critérios de natureza predominantemente técnica, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do município. Previamente estipulados, esses critérios têm o efeito de propiciar aos eventuais interessados na prestação do serviço a análise da relação custo-benefício que irá determinar as bases do contrato de concessão. 3. Ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração das ‘áreas locais’ estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir” (STJ – RESP 572.070-PR – Rel. Min. João Otávio de Noronha – DJ 14/06/2004); “(...) 3. De acordo com o art. 21, XI, da CF/88 e com a Lei 9.472/97 - Lei Geral de Telecomunicações, a ANATEL detém o poder-dever de fiscalização e regulação do setor de telefonia em relação às empresas concessionárias e permissionárias, o que inclui o papel de controle sobre a fixação e o reajuste das tarifas cobradas do usuário dos serviços de telefonia, a fim de, dentro dessa linha principiológica, garantir o pleno acesso às telecomunicações a toda a população em condições adequadas e com tarifas razoáveis. 4. Nos termos do art. 175, da CF/88 e da Lei Geral de Concessões, Lei 8.987/95, a fixação das tarifas devidas em retribuição ao serviço prestado pelas concessionárias ocorre no ato de concessão, com a celebração do contrato público, precedido do indispensável procedimento de licitação, sempre buscando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. 5. A despeito disso, não existe regra específica quanto à quantidade de tarifas ou quanto aos limites dessa cobrança, deixando a Lei Geral de Telecomunicações ao prudente arbítrio da ANATEL o papel de regulação e fiscalização dos serviços de telefonia fixa e móvel. 6. A cobrança da assinatura básica mensal está prevista na Resolução 85/98 da ANATEL e nas Portarias 217 e 226, de 3 de abril de 1997, editadas pelo Ministro de Estado das Comunicações, nas quais são observados critérios técnicos tanto para permitir a cobrança da tarifa básica quanto para assegurar ao usuário padrões mínimos e compatíveis de acessibilidade e utilização do serviço telefônico e obrigando, ainda, as prestadoras a dar publicidade aos seus planos de serviços. 7. Não existe incompatibilidade entre o sistema de regulação dos serviços públicos de titularidade do estado prestados de forma indireta e o de proteção e defesa do consumidor, havendo, ao contrário,

É possível notar, portanto, que as três grandes posições doutrinárias às quais se filiam os principais autores de Direito administrativo e econômico no Brasil abordam a questão da legitimidade a partir de um exame de constitucionalidade em termos de legalidade e de separação de poderes, que tem como base uma concepção liberal da democracia e do Direito. As duas primeiras o fazem para sustentar a inconstitucionalidade e conseqüente ilegitimidade das agências reguladoras. A terceira, embora leve em conta em sua análise temas externos ao Direito – como o fenômeno de complexificação e especialização das esferas do saber e, ainda, a idéia do potencial de legitimidade democrática contido na participação popular nos processos decisórios –, o faz unicamente como maneira de obter *argumentos* capazes de mitigar os conceitos clássicos de separação dos poderes e legalidade.

De qualquer forma, a discussão sobre a legitimidade, nos três casos, se limita ao plano estritamente jurídico-formal e muito mais voltado para a identificação de mecanismos institucionais de controle legal da atuação das agências reguladoras. A criação dos espaços de deliberação pública e participação popular nos processos decisórios das agências, pensados no projeto de reforma do Estado como um dos principais instrumentos para tornar essas novas entidades politicamente autônomas da Administração Pública permeáveis à participação popular e, portanto, para suprir seu déficit democrático <sup>131</sup>, só é considerada em

---

perfeita harmonia entre ambos, sendo exemplo disso as disposições constantes dos arts. 6º, inc. X, do CDC, 7º da Lei 8.987/95 e 3º, XI; 5º e 19, XVIII, da Lei 9.472/97. 8. Os serviços públicos são prestados, na atualidade, por empresas privadas que recompõem os altos investimentos realizados no ato da concessão com o valor recebido dos usuários, através dos preços públicos ou tarifas, sendo certa a existência de um contrato estabelecido entre concessionária e usuário, de onde não ser possível a gratuidade de tais serviços, o que inclui a disponibilidade do "tronco" telefônico na comodidade do lar dos usuários, cobrado através do plano básico mensal (...)" (STJ – RESP 985.265-RS – Rel. Min. Eliana Calmon – DJ 22/02/2008); "(...) 15. Não há ilegalidade na Resolução n. 85, de 30.12.1998, da Anatel, ao definir: "XXI – Tarifa ou Preço de Assinatura – valor de trato sucessivo pago pelo assinante à prestadora, durante toda a prestação do serviço, nos termos do contrato de prestação de serviço, dando-lhe direito à fruição contínua do serviço". 16. A Resolução n. 42/05 da Anatel estabelece, ainda, que "para manutenção do direito de uso, caso aplicável, as Concessionárias estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura mensal", segundo tabela fixada. 17. A cobrança mensal de assinatura básica está amparada pelo art. 93, VII, da Lei n. 9.472, de 16.07.1997, que a autoriza, desde que prevista no Edital e no contrato de concessão, como é o caso dos autos. 18. A obrigação do usuário pagar tarifa mensal pela assinatura do serviço decorre da política tarifária instituída por lei, sendo que a Anatel pode fixá-la, por ser a reguladora do setor, todo amparado no que consta expressamente no contrato de concessão, com respaldo no art. 103, §§ 3º e 4º, da Lei n. 9.472, de 16.07.1997 (...)" (STJ – RESP 986.415-RS – Rel. Min. José Delgado – DJ 25/02/2008).

<sup>131</sup> Mattos observa, no entanto, que a concepção de Bresser-Pereira, idealizador do PDRAE de 1995, sobre esses mecanismos de participação popular está diretamente ligada a um debate sobre a necessidade de *accountability* da Administração Pública. Ou seja, a principal função vislumbrada

sua dimensão normativa. Ou seja, assume-se que a simples previsão legal de mecanismos de representatividade ou de participação pública direta na atuação das agências reguladoras já seria suficiente para suprir o déficit de legitimidade democrática da atuação normativa das agências <sup>132</sup>. Não se investiga, empiricamente, as reais necessidades da sociedade em relação a esse tipo de entidades e nem tampouco o que, na prática, tem ocorrido nos espaços institucionalizados de deliberação pública previstos nos processos decisórios envolvidos em sua atuação <sup>133</sup>.

E esse conceito jurídico-formal de legitimidade, fundado sobre um paradigma liberal do Direito e da democracia, que é tão abstrato a ponto de ser indiferente à realidade, não se presta a fazer o que deveria ser sua principal função: explicar o fundamento *normativo* do poder político que o Estado – no caso, as agências reguladoras – detém *de fato* na sociedade <sup>134</sup>. Essa é a razão pela qual esse conceito formal de legitimidade que informa os estudos produzidos no âmbito do Direito administrativo econômico brasileiro não é suficiente para

---

por Bresser-Pereira para esses mecanismos é a de instrumentos de *accountability*, isto é, de responsabilização e controle *a posteriori* dos atos administrativos, e não como espaços reservados à deliberação prévia dos atores interessados no conteúdo da regulação pelo poder administrativo e destinados à legitimação das normas por ele editadas. Ver a respeito: MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O Novo Estado Regulador...*, pp. 238-239.

<sup>132</sup> Nesse sentido, ver: SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Extensão do poder Normativo das Agências Reguladoras*. In: ARAGÃO (Coord.), ob. cit., pp. 125-142; e ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A Legitimação Democrática das Agências Reguladoras*. In: BINENBOJM (Coord.), ob. cit., pp. 1-20. Em sentido contrário, ainda que de uma perspectiva eminentemente problematizadora, e não propositiva, ver: MENDES, ob. cit., pp. 131-133.

<sup>133</sup> No mesmo sentido, é a crítica elaborada Paulo Todescan Lessa Mattos. O autor procura “indicar que o conceito de legitimidade formal que está na base do direito econômico e do direito administrativo brasileiro não é suficiente para pensar o potencial democrático dos novos órgãos reguladores criados do contexto das reformas da década de 1990” (Cf. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O Novo Estado Regulador...*, pp. 205-206). Para ele, “Enfrentar a delegação legislativa como um fato inerente ao fenômeno do Estado regulador e dar sentido à delegação legislativa para garantir o controle democrático de processos decisórios sobre a formulação de políticas públicas pelo Executivo implica pensar a separação de poderes dentro de um novo conceito de democracia” (Ibid., p. 213).

<sup>134</sup> Nas palavras de José Eduardo Faria: “Na visão do legalismo liberal, cuja concepção de legitimidade muitas vezes a funde e confunde com a noção de legalidade, nossas estruturas estariam vivendo uma situação de metástase: a ruptura da hierarquia lógico-formal do sistema jurídico brasileiro seria, nessa ótica, condição de sua atual legitimidade. O legislativo liberal, afinal, não prescinde em hipótese alguma da calculabilidade e da certeza – princípios básicos da ideologia burguesa que permeou a consolidação dos modernos Estados de Direito (...). Como conciliar as exigências de maior igualdade real, advogadas pelos diferentes matizes socialistas, com a liberdade formal louvada em prosa e verso pelo liberalismo? Seria possível evitar que as crescentes regulamentações efetuadas pelo Estado intervencionista, por meio do direito administrativo, na maioria das vezes ditadas por razões de conjuntura e impostas por critérios de racionalidade material, continuem a abrir rombos fatais tanto no formalismo quanto na segurança jurídica, comprometendo, assim, a pretensa universalidade do modelo liberal de direito?” (Cf. FARIA, José Eduardo. *Legalidade e legitimidade: o Executivo como legislador*”. In: *Revista de Informação legislativa de Brasília*, ano 22, n. 86, p. 93-104, abr-jun, 1985.

investigar as condições de legitimidade das novas entidades reguladoras criadas no contexto das reformas da década de 1990.