



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



LUIZ EDUARDO DINIZ ARAUJO

**CONTROLE DA ATIVIDADE NORMATIVA DAS
AGÊNCIAS REGULADORAS**

Dissertação de mestrado

Recife
2010

LUIZ EDUARDO DINIZ ARAUJO

**CONTROLE DA ATIVIDADE NORMATIVA DAS
AGÊNCIAS REGULADORAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Área de concentração: Estado, Constitucionalização e Direitos Humanos.

Linha de pesquisa: Regulação e tributação indutora.

Orientador: Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti.

Araújo, Luiz Eduardo Diniz

Controle da atividade normativa das agências reguladoras / Luiz Eduardo Diniz Araújo. – Recife : O Autor, 2010.

126 folhas.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2010.

Inclui bibliografia.

1. Agência reguladora - Normas - Controle - Brasil. 2. Agências reguladoras de atividades privadas - Brasil. 3. Controle jurisdicional de atos administrativos - Brasil. 4. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF) - Jurisprudência. 5. Legalidade - Controle - Brasil. 6. Agências reguladoras - Poder executivo - Poder legislativo - Poder judiciário. 7. Agências reguladoras - Direito comparado. 8. Direito administrativo. 9. Legitimidade. 10. Modelo brasileiro. I. Título.

342.9(81)
342.8106

CDU (2.ed.)
CDD (22.ed.)

UFPE
BSCCJ2010-003

Luiz Eduardo Diniz Araújo

Controle da atividade normativa das agências reguladoras

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco PPGD/UFPE, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração : Neoconstitucionalismo

Orientador: Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

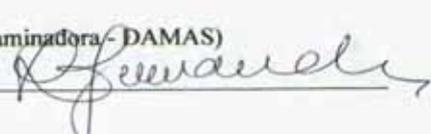
A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: aprovado

Professor Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa (Presidente - UFPE)

Julgamento: aprovado Assinatura: 

Professora Dra. Luciana de Medeiros Fernandes (1º Examinadora - DAMAS)

Julgamento: Aprovado Assinatura: 

Professor Dr. Sérgio Torres Teixeira (2º Examinador - UFPE)

Julgamento: aprovado Assinatura: 

Recife, 08 de fevereiro de 2010.

Coordenador Prof.º Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

Esta dissertação é dedicada a Flaviana Barreto Lira, minha esposa, e à minha família.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, pelo acompanhamento e orientação durante os anos do curso de mestrado.

Ao Professor Dr. Gustavo Just, pelas indicações bibliográficas relativas à teoria do direito e teoria da interpretação jurídica.

Aos colegas da Procuradoria Regional Federal da 5ª Região, pela atuação profissional cotidiana durante o início do curso de mestrado e pelos constantes debates jurídicos e metafísicos.

Aos colegas da Procuradoria-Geral da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, também pela atuação profissional cotidiana durante a fase final do curso de mestrado e pelos constantes debates jurídicos relacionados a agências reguladoras e a energia elétrica.

Ao Procurador-Geral da ANEEL, Dr. Márcio Pina Marques de Souza, que me ofereceu a oportunidade de atuar na Procuradoria da ANEEL na fase de redação da dissertação e utilizar os casos ali postos como laboratório para algumas das idéias que surgem no texto da dissertação.

A todos os diretores, ex-diretores, superintendentes e técnicos da ANEEL, pela oportunidade de aprendizado e convívio.

Às colegas da Secretaria da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, pelo constante acompanhamento, paciência e orientação nos trâmites do curso de mestrado.

Aos colegas do curso de mestrado e doutorado, pelo convívio acadêmico.

A Garu, pela fiel e paciente amizade.

RESUMO

ARAUJO, Luiz Eduardo Diniz. **Controle da atividade normativa das agências reguladoras**. 2010. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

As agências reguladoras brasileiras dispõem de um leque amplo de poderes, sem que exista um controle organizado para a fiscalização do exercício desses poderes. As formas de controle existentes ainda estariam atreladas ao gasto direto de recursos públicos, típicos do modelo de Estado social, sem que se tenha atualizado a noção de controle para o paradigma do Estado regulador. O poder normativo das agências reguladoras será estudado à luz da doutrina e da jurisprudência. A abordagem iniciará com uma discussão da doutrina brasileira a respeito da possibilidade de as agências reguladoras estarem restringidas à *fiel execução de lei* ou se lhes é dada a possibilidade de desenvolver regras a partir de panoramas genéricos estabelecidos em lei. Pretende-se demonstrar que a atividade das agências reguladoras, em razão de sua própria natureza, em muito se distancia da *fiel execução de lei*, posicionando-se mais perto das atividades desenvolvidas pelos juízes da *common law*, que possuem um caráter eminentemente criativo. Será analisada a relação entre Poder Executivo e as agências reguladoras. A relação entre Poder Legislativo e agências reguladoras também será objeto de abordagem. Pretende-se demonstrar que, como principal responsável pela concessão de liberdade às agências, o Poder Legislativo deve ter papel destacado no controle do exercício dessa liberdade. Por fim, será dada ênfase ao controle judicial dos atos normativos das agências, problematizando-se os instrumentos e os parâmetros de controle.

Palavras-chave: Direito Administrativo, agências reguladoras, poder normativo, controle.

ABSTRACT

ARAUJO, Luiz Eduardo Diniz. **Control of the normative activity of the regulatory agencies**. 2010. 152 p. Dissertation (Master's Degree of Law) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

Brazilian regulatory agencies have a wide range of powers, without there being organized control for auditing the exercise of such powers. The existing forms of control still appear to be attached to the direct spending of public resources, typical of the social State, without the notion of control having been updated for the paradigm of the regulatory State. The normative powers of the regulatory agencies will be studied in the light of doctrine and jurisprudence. The approach will begin with a discussion of the Brazilian doctrine with regard to the possibility of the regulatory agencies being restricted to the faithful execution of law or if they are given the opportunity to develop rules from generic overviews established by law. It is sought to demonstrate that the activity of the regulatory agencies, because of their very nature, distances itself greatly from the faithful execution of law, and positions itself closer to the activities performed by common law judges, who have an eminently creative character. The relationship between the Executive Authority and the regulatory agencies will be analyzed. The relationship between the Legislature and the regulatory agencies will also be addressed. The focus of the text is to demonstrate that, as the principal responsible for granting freedom to the agencies, the Legislature should play a prominent role in controlling the exercise of this freedom. Finally, emphasis will be given to the judicial control of the normative acts of the agencies, by problematizing the instruments and the control parameters.

Key-words: Administrative Law, regulatory agencies, normative authority, control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 UM ESTADO REGULADOR NO BRASIL?	18
1.1 Breves noções dos modelos de Estado liberal, social e regulador	18
1.1.1 Modelo liberal	18
1.1.2 Modelo social	20
1.1.3 Modelo regulador	23
1.2 Evolução do Estado brasileiro	25
1.2.1 O Estado empreendedor	25
1.2.2 As privatizações e a revisão do papel do Estado na economia	26
1.3 Sociedade civil frágil, patrimonialismo e o Estado social	29
1.4 Sociedade civil frágil, patrimonialismo e o Estado regulador	33
1.5 Conclusão	35
2 AGÊNCIAS, PODER NORMATIVO E LEGALIDADE	39
2.1 Extensão do poder normativo das agências reguladoras	39
2.2 Interpretação de leis e o raciocínio dogmático-subsuntivo	49
2.3 Crítica ao raciocínio dogmático-subsuntivo na aplicação da lei	51
2.4 A teoria hermenêutica	54
2.5 Legalidade e poder normativo das agências reguladoras	58
2.6 Conclusão	62
3 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS AGÊNCIAS	63
3.1 Déficit democrático das agências	63
3.2 Em busca da legitimidade	68
3.3 O peso da regulação e a análise de custo-benefício	71
3.4 Conclusão	73
4 O PODER EXECUTIVO E AS AGÊNCIAS REGULADORAS	75
4.1 Autonomia das agências reguladoras	75
4.2 Controle das agências pelo Poder Executivo	78
4.3 O caso brasileiro	81

4.4 O projeto de lei geral das agências reguladoras	83
4.5 Conclusão	84
5 O PODER LEGISLATIVO E AS AGÊNCIAS REGULADORAS	86
5.1 Agências reguladoras e a função normativa	86
5.2 O caso brasileiro	89
5.3 Os Estados Unidos da América	92
5.4 O Estado norte-americano de Illinois	95
5.5 O Reino Unido	96
5.6 Conclusão	96
6 O PODER JUDICIÁRIO E AS AGÊNCIAS REGULADORAS	99
6.1 Controle judicial e seu exercício no direito comparado	99
6.2 Críticas da doutrina ao controle judicial	106
6.3 Parâmetros de controle pelo Poder Judiciário	109
6.4 O modelo brasileiro	112
CONSIDERAÇÕES FINAIS	118
REFERÊNCIAS	120

INTRODUÇÃO

O objeto da presente dissertação é o controle da atividade normativa das agências reguladoras independentes.

A introdução das agências reguladoras no Brasil foi acompanhada por vezes entusiastas quanto a sua capacidade de ordenação da economia e a blindagem em relação a interferências políticas. Outras vezes se insurgiam contra as agências sob o argumento de inconstitucionalidade, por violação da separação de poderes.

No entanto, pouco se falou – e pouco ainda se fala – sobre os controles a serem exercitados sobre tais entes, notadamente quanto ao controle sobre sua atividade normativa.

As agências reguladoras brasileiras desenvolvem atividades-fim executivas (fixação de tarifas, licitações de concessão de serviços públicos, gestão da concessão de serviços públicos, autorização para exercício de atividades econômicas em sentido estrito), outras de viés normativo (edição das normas regulatórias) e outras quase-judiciais (decisão, em caráter administrativo, de conflitos dentro dos setores econômicos específicos).

Ou seja, dispõem de leque amplo de poderes, sem que, no mesmo passo, exista um controle organizado para a fiscalização do exercício desses poderes.

Para a presente dissertação, a atividade das agências que interessa é a normativa.

A análise parte da percepção de que, com o advento do modelo de Estado regulador, houve incremento considerável na edição de normas pelo Estado brasileiro e, no mesmo passo, delegação da atividade normativa pelo Congresso Nacional às agências reguladoras (FALCÃO, 2008).

No entanto, esse incremento na edição de normas para regular a economia não foi acompanhado de formas de responsabilização e controle adequadas (MELO, 2001).

As formas de controle existentes ainda estariam atreladas ao gasto direto de recursos públicos, típicos do modelo de Estado social. Assim, a noção de controle ainda não foi atualizada para o paradigma do Estado regulador.

Como a regulação econômica, de ordinário, não importa em custo direto para o orçamento do Estado, mas transfere este custo para os setores econômicos regulados, as formas de controle atreladas ao gasto público são ineficazes em relação à atividade normativa do Estado regulador (MAJONE, 1996).

Quanto ao controle de normas reguladoras no Estado brasileiro, o que se tem verificado é que nem o Poder Executivo nem o Legislativo têm determinado as metas para a atividade reguladora.

Ou seja, não se definem *a priori* quais os objetivos a serem perseguidos por meio da regulação, cabendo às agências reguladoras, em regra, livremente, a definição do enfoque a ser dado (MELO, 2001).

Apesar da possibilidade jurídica de o Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (art. 49, V, da Constituição Federal de 1988) e de zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros poderes (art. 49, X, da Constituição Federal de 1988), não se tem observado, na prática, o exercício desse controle *a posteriori* pelo Parlamento.

O Tribunal de Contas da União (TCU) – que desempenha função ancilar ao Poder Legislativo – tem ensaiado realizar espécie de auditoria operacional sobre as atividades-fim das agências, entre elas também alguns atos relacionados à atividade normativa. Exemplo de tais auditorias seriam os procedimentos de fiscalização sobre os atos realizados pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL no reposicionamento tarifário dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica. Ao que parece, no entanto, sob um ponto de vista estritamente dogmático, o TCU não teria atribuição constitucional para tanto (ARAÚJO, 2007).

No mesmo passo, o Poder Executivo tem dado demonstrações de que apenas se preocupará em controlar as agências quando a mídia e o Poder Legislativo estiverem interessados, vide, por exemplo, a recente pressão exercida sobre diretores da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC para que houvesse renúncia coletiva e indicação de novos diretores.

Assim, o controle realmente praticado no Brasil termina sendo exclusivamente o judicial. Mas o controle de legalidade e legitimidade de normas reguladoras realizado pelo Judiciário é meramente difuso, e não concentrado, com efeitos apenas entre as partes do processo, ou, quando muito, no âmbito de ações coletivas, com efeitos limitados a Estados da Federação, conforme recente entendimento jurisprudencial da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça.

A análise de legalidade das normas regulatórias realizada pelo Poder Judiciário por meio do controle difuso apresenta algumas debilidades, a saber: o processo judicial apenas se instaura a partir de uma lesão ou ameaça de lesão e a pedido da parte interessada; falta de conhecimento técnico do setor regulado pelo juiz; análise meramente pontual, e não global, da normatização setorial; impossibilidade de ouvir todos os interessados na edição da norma no processo judicial, o que ocorre durante a elaboração da norma no âmbito das agências.

Aliás, algumas soluções apresentadas pelo Poder Judiciário podem apresentar erros graves, por falta de conhecimento técnico, e com grave debilitação dos padrões de concorrência para os diversos setores. Parte da deficiência do controle judicial brasileiro sobre a atividade normativa das agências pode ser imputada à inexistência de controle concentrado de legalidade dos atos normativos editados pelas agências reguladoras (ORTIZ, 2001).

É verdade que é possível o controle concentrado de constitucionalidade de regulamentos a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), mas, segundo a orientação jurisprudencial da Corte Constitucional, tal se dará exclusivamente quando houver ofensa direta à Constituição Federal de 1988.

No campo da gestão dos serviços públicos e da regulação econômica, no entanto, isso estreita as possibilidades de controle concentrado do ato normativo regulamentar/regulatório.

É que muitas das diretrizes a serem seguidas na edição do ato normativo são fixadas pelo legislador, donde serem mais comuns as hipóteses de mera ilegalidade do que as de afronta direta à CF/88. Ademais, é bastante restrita a legitimidade para o acionamento do controle concentrado de constitucionalidade perante o STF.

Assim, o controle judicial que resta é o difuso, com as imperfeições apontadas.

Ademais, em razão da impossibilidade de se estender efeito para todos às decisões judiciais que apreciam a legalidade de atos normativos infralegais no caso concreto, divergentes são as soluções encontradas pelos administrados junto ao Poder Judiciário em relação a questões idênticas.

É de se observar que dessas situações surgem lesões ao tratamento igualitário que devem receber os administrados, à força normativa das leis e à segurança jurídica.

Outro ponto a ser salientado é que a impugnação individualizada de regulamentos ou práticas administrativas frente à legalidade pode gerar um sem-número de demandas. Ou seja, além de decisões contraditórias, tanto em caráter liminar quanto em definitivo, tem-se enxurrada de ações no âmbito do Poder Judiciário.

Em resumo, o que se observa é que, no atual modelo brasileiro de controle da atividade normativa das agências, se uma determinada norma regulatória possui algum vício – seja de legalidade ou de legitimidade –, não há mecanismos eficazes de corrigi-la. O que há é a possibilidade de se piorar o vício, e não de corrigi-lo.

Conforme se verá ao longo da presente dissertação, não se pode afirmar que, no Brasil, exista controle racional e eficaz da atividade normativa das agências reguladoras.

Parafrazeando a célebre frase de Moe (1987)¹ à luz da situação brasileira, ninguém controla a atividade normativa das agências e, nesse aspecto, elas se encontram fora de qualquer controle racional e eficaz.

Daí resulta que a atividade do Estado de atuação na economia por meio da regulação de mercados, de caráter normativo – o que é feito, em regra, pelas agências reguladoras independentes, nos limites das delegações legislativas –, ainda não possui controle eficaz pelos Poderes do Estado (Executivo, Judiciário ou Legislativo).

De outro lado, é relevante falar que o controle da atuação das agências reguladoras independentes funciona como forma de sua legitimação.

Isso porque, segundo Melo (2001), a crítica fundamental ao modelo de agências independentes baseia-se essencialmente nos efeitos perversos do insulamento burocrático e no seu déficit democrático. Assim, sua autonomia e independência representariam uma ameaça ao interesse público na medida em que agentes não eleitos tomam decisões relevantes para a sociedade.

Metodologicamente, pelo aparato teórico arregimentado, percebe-se que há, neste estudo, uma tomada de posição apriorística sobre o problema (POPPER, 1978). E isto não se apartará da observação do desenvolver empírico do tema, ditando, todavia, a ótica adotada no estudo dele.

Sabe-se que a escolha prévia de um enfoque cerra caminhos de análises específicas, o que poderá de certo modo limitar os horizontes do trabalho. Mas se desta forma não se procedesse, o estudo certamente abrangeria tão vasto leque de possibilidades teóricas e empíricas que se perderia em seus próprios caminhos.

A explicação histórica da mudança de modelo de Estado social para regulador se destinará a demonstrar, detalhadamente, a mudança no aparato institucional da Administração Pública brasileira, bem como que tal ocorreu não como fenômeno isolado, mas como processo continuado, de início na década de 1990 e ainda em curso.

A partir de tal descrição também se tornará viável a elaboração de prescrições de possibilidades fáticas, ou hipóteses, para o futuro, como constatação de que os enunciados de circunstâncias conhecidas, combinados a regras de aplicação geral, conduzem a caminhos imagináveis, na história como em todos os ramos do conhecimento que dependem de uma análise de dados empíricos.

¹ “Quando um sistema desses, de controles múltiplos, funciona como deve, ninguém controla uma agência; no entanto, a agência está sob controle”.

Essa análise histórica não se dispõe a inventariar sumariamente eventos em ordem cronológica, recaindo no erro primário da superficialidade. Não se falará dos códigos antigos (OLIVEIRA, 2004), mas, partindo da dicção teórica, analisar-se-á a historicidade do tema, pois se trata de estudo de fenômeno social, econômico e político.

Nesta pesquisa de explicações que possam tornar compreensíveis os fenômenos em sua repetição, associando-os logicamente, serão arregimentados argumentos abertos, no sentido de serem predispostos a impugnações. Ou, ainda nas palavras de Popper (1978), argumentos refutáveis.

A idéia de refutabilidade reporta-se à necessidade de um enunciado prever a possibilidade de ser contestado sob o maior número de ângulos possível, para, resistindo às impugnações, ser tido como ciência e como verdadeiro.

Tem-se consciência da necessidade de os enunciados teóricos admitirem, em sua estrutura, a contradição, ao invés de simplesmente ignorarem a possibilidade desta (POPPER, 1978).

Apropriando-se desta última noção, o presente trabalho propõe-se a analisar o aparato ideológico que sedimentou a concessão às agências de poder normativo em relação à chamada discricionariedade administrativa, e, assim, desqualificar o discurso teórico que respaldou a concessão de uma relativa imunidade às normas por elas editadas.

Pretende-se, enfim, seguindo a lição de Kuhn (1996), buscar a precisão e, principalmente, a coerência do trabalho consigo mesmo e com as teorias já aceitas. Pretende-se, sobremaneira, revelar não apenas os fenômenos existentes no controle da atividade normativa das agências que já foram observados pela doutrina especializada (tais como juridificação, falta de especialização técnica, entre outros), mas também outros que ainda não foram observados (tais como excesso de demandas individuais para resolver uma única questão, insegurança jurídica, tratamentos desiguais e violação da concorrência justa).

O objetivo primordial da dissertação é, então, criticar o modelo de controle sobre as normas regulatórias atualmente existente no Estado brasileiro.

Por fim, destaque-se que a formulação das explicações não se pretenderá isenta de valores. Será, sim, resultado de opções prévias coerentes com as crenças de quem realiza a pesquisa. Com isso não se pretende, todavia, impor conclusões a respeito do tema. Vem-se, aqui, somente lembrar a impossibilidade de uma completa objetividade de análise por parte de quem pesquisa, o que, é certo, nem seria metodologicamente interessante (MATURANA, 2001).

A divisão de capítulos se pautará pela noção de construção de uma tese, com a agregação de argumentos em cadeia lógica condutora ao pensamento de quem pesquisa.

No primeiro capítulo, serão analisadas as características do tão falado Estado regulador, contrastando-o com os modelos de Estado liberal e social. Pretende-se fazer análise dos modelos de Estado a partir do ponto de vista político, mas também será necessário, para os fins do presente estudo, agregar um ponto de vista econômico, buscando-se identificar como o Estado se comporta em relação ao exercício das atividades econômicas nos distintos modelos.

Far-se-á uma análise da evolução do Estado brasileiro face aos conceitos de modelos de Estado social e regulador, analisando-se como ocorreu a introdução, em um Estado com características eminentemente sociais, de elementos do modelo regulador.

O primeiro capítulo ainda encontrará espaço para uma análise dos modelos de Estado brasileiro ao longo do tempo frente a alguns fenômenos encontrados historicamente na nossa sociedade, como é o caso da cultura do patrimonialismo e da fragilidade da sociedade civil, e como esses fenômenos se fazem presentes em um e em outro modelo.

O segundo capítulo será dedicado à análise do poder normativo exercitado pelas agências reguladoras. A abordagem iniciará com uma discussão da doutrina brasileira a respeito da possibilidade de as agências reguladoras estarem restringidas à *fiel execução de lei* ou se lhes é dada a possibilidade de desenvolver regras a partir de panoramas genéricos estabelecidos em lei. Também se pretende apresentar resumo dessa mesma discussão já travada em outros países.

Ponto de extrema importância a ser ventilado nesse segundo capítulo é a suposta objetividade das decisões tomadas pelas agências reguladoras. Isso porque, como se verá, a interpretação de leis envolve necessariamente valoração e, assim, subjetivismo. Ainda que se entenda que as agências reguladoras estão jungidas à *fiel execução de lei*, nem assim se poderia falar em absoluta objetividade na sua atividade. Para se alcançar essa discussão, será necessário discorrer sobre o raciocínio dogmático-subsuntivo e a teoria hermenêutica, tópicos de extrema importância para a teoria da interpretação.

Por último, pretende-se demonstrar que a atividade das agências reguladoras, em razão de sua própria natureza, em muito se distancia da *fiel execução de lei*, posicionando-se mais perto das atividades desenvolvidas pelos juízes da *common law*, que possuem caráter eminentemente criativo.

No terceiro capítulo, será problematizada a legitimidade democrática das agências reguladoras.

Efetivamente, em razão de serem compostas por pessoas que não foram eleitas pelo povo, as agências reguladoras enfrentam fortes críticas doutrinárias quanto à sua legitimidade democrática, notadamente ao se observar que, cada vez mais, lhes tem sido entregue a tomada de decisões que comumente afetam diretamente a vida do cidadão, algumas vezes até com eminente caráter redistributivo de recursos.

Também é relevante problematizar o fato de que as agências não se encontram submetidas à direção política do Presidente da República, de modo que seus dirigentes, por cumprirem mandato, não podem ser destituídos por desconformidade com a política do governo. Assim, sequer se pode falar em legitimidade democrática indireta.

Torna-se necessária, portanto, a busca de uma nova legitimidade. Para alguns doutrinadores, esta nova legitimidade poderia ser alcançada por meio da formação técnica de seus membros (*governo dos sábios*). Para outros, a formação técnica não bastaria; seria imprescindível, ainda, a estruturação de procedimentos que garantam a participação dos cidadãos nos processos decisórios das agências, falando-se, então, em legitimação procedimental.

Há consenso, ainda, quanto à necessidade de serem estabelecidos mecanismos de controle múltiplos sobre as atividades das agências como modo de se garantir a sua legitimidade.

No quarto capítulo, será analisada a relação entre Poder Executivo e as agências reguladoras.

Pretende-se demonstrar que a *independência administrativa* a que se referem as leis de criação das agências reguladoras são elementos naturais de todas as autarquias. Assim, o que as diferencia das autarquias comuns é apenas o exercício de mandato pelos seus dirigentes, os quais não podem ser exonerados *ad nutum*.

A maior autonomia das agências reguladoras, então, se revela em face do Poder Executivo, já que se submetem aos mesmos controles legislativo e judicial a que se encontram submetidas as demais pessoas jurídicas de direito público. Essa autonomia se revela primordialmente no impedimento imposto ao chefe do Poder Executivo de exonerar os dirigentes das agências reguladoras.

Apesar dessa *independência* das agências reguladoras especialmente em relação ao Poder Executivo, será demonstrado que ainda assim há espaço para a realização de controle sobre a atividade normativa, como já ocorre em outros países, entre os quais pode ser citado como exemplo o caso dos Estados Unidos da América.

Também será analisada a questão da representação jurídica das agências reguladoras, a qual atualmente está a cargo de órgão da Administração central, que é a Advocacia-Geral da União.

No quinto capítulo, será analisada a relação entre Poder Legislativo e agências reguladoras. Um primeiro aspecto a ser abordado são as delegações legislativas, ou seja, o estabelecimento pelo Poder Legislativo, nas leis, de meros parâmetros gerais, a serem detalhados pelas agências reguladoras no exercício de seu poder normativo.

O foco do capítulo, no entanto, é demonstrar que, como principal responsável pela concessão de liberdade às agências, o Poder Legislativo deve ter papel destacado no controle do exercício dessa liberdade.

Serão apresentadas as relações entre os Parlamentos norte-americano e inglês e as agências reguladoras, assim como uma interessante experiência identificada nessa relação no Estado norte-americano de Illinois.

Por fim, será analisada a experiência brasileira no exercício do controle parlamentar da atividade normativa das agências.

No sexto capítulo, será analisado o controle judicial dos atos normativos das agências.

De início, serão abordadas as experiências de controle judicial dos atos normativos das agências no direito comparado, notadamente o controle concentrado verificado na prática alemã, portuguesa, espanhola e francesa.

Em seguida, o controle judicial será problematizado a partir de uma visão doutrinária: deve o juiz substituir a discricionariedade do regulador?

Outro aspecto bastante importante do controle judicial é sobre quais são os verdadeiros parâmetros de controle. Seriam a legalidade e o interesse público vetores seguros para se fazer controle judicial sobre a atividade normativa regulatória?

Por fim, pretende-se criticar o controle judicial atualmente praticado no Brasil sobre a atividade normativa regulatória, que é exclusivamente a difusa.

Ao final, será feita a conclusão.

Em suma, recusados os argumentos explicativos tradicionalmente consolidados, proceder-se-á a uma tentativa de explicação do objeto do estudo a partir de pontos de partida pertencentes aos mais diversos ramos do conhecimento humano, os quais, apenas quando conjugados, serão hábeis a retratar, com maior realismo, o exercício da atividade normativa pelas agências, que é realidade em vários países ocidentais, assim como o exercício do devido controle sobre tal atividade.

1. UM ESTADO REGULADOR NO BRASIL?

1.1 Breves noções dos modelos de Estado liberal, social e regulador

De início, é pertinente fazer um breve desenho das características dos modelos de Estado liberal, social e regulador, assim como analisar a passagem do Estado brasileiro do modelo de Estado social para a assunção de algumas características do modelo de Estado regulador.

Vale esclarecer que o enfoque que se pretende dar na distinção a ser feita é a atuação do Estado na ordem econômica em sentido lato, ou seja, como o Estado se comporta em um e outro modelo quanto à produção de bens e à prestação de serviços, bem como quanto ao exercício da tributação.

1.1.1 Modelo liberal

A formação do Estado moderno liberal se deu a partir da necessidade de se garantir a propriedade e a liberdade do indivíduo frente ao Estado absolutista. Na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo (BONAVIDES, 2008).

Bonavides (2008) explica que, para o pensamento liberal, o Estado se apresenta como demissionário de qualquer responsabilidade na promoção do bem comum, o qual apenas poderia ser alcançado quando os indivíduos pudessem se entregar à livre e plena expansão de suas energias criadoras, fora de qualquer estorvo de natureza estatal.

Para Bonavides (2008), a divisão de poderes serviria de escudo aos direitos da propriedade e da liberdade.

No entanto, Bonavides (2008) deixa claro que a idéia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem o direito de todos a uma igualdade na participação na sua formação. A liberdade que resulta da teoria liberal seria apenas a negação da soberania estatal.

O valor que anima o liberalismo não se volta para a comunidade, mas para a liberdade criadora do indivíduo dotado de razão.

No absolutismo, o poder político (do rei) tinha ascendência sobre o econômico (o feudo). Depois, dá-se o inverso: é o econômico (a burguesia) que inicialmente controla e dirige o político (a democracia), gerando uma das mais furiosas contradições do século XIX: a liberal-democracia. (BONAVIDES, 2008, p. 55).

Como a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob o seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais –, “termina a apregoada liberdade numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes apenas a liberdade de morrer de fome” (BONAVIDES, 2008, p. 61).

Para Grau (2008, p. 176), “a legalidade é uma das ideologias da modernidade, consubstanciando um fim em si mesma, o da preservação do *status quo* (o capitalismo necessita de um mínimo de previsibilidade para que possa prosperar)”.

Assim, a classe dominante apenas permitiria uma invasão do Estado no seu espaço de autonomia quando lhe fosse conveniente, o que seria devidamente autorizado pela manifestação do Poder Legislativo. Não importaria o conteúdo das leis, desde que fossem manifestações do Poder Legislativo, naturalmente integrado pelos representantes da burguesia.

Grau (2008, p. 225) conclui, então, que a “separação dos poderes constitui um dos mitos mais eficazes do Estado liberal”.

Sob o ponto de vista econômico, no Estado liberal vige o sistema da autonomia, ou seja, defende-se a separação total dos planos decisórios político e econômico (NUSDEO, 2005).

Enquanto o Estado circunscreve-se ao plano político, as decisões econômicas estarão entregues aos cidadãos.

O hedonismo, plantado na mente de cada homem ou entidade – os agentes econômicos – funciona como verdadeiro comando, fazendo as vezes do plano num sistema de autoridade. A diferença é que naquele sistema o comando derivado é do plano externo, ao passo que no sistema de autonomia o comando é interno, íntimo, e deriva do raciocínio hedonista instalado na cabeça de cada agente decisor (NUSDEO, 2005, p. 118).

O mercado funcionaria a contento de forma natural, sem a necessidade de intervenção estatal, de modo que os agentes tenderiam a encaminhar fatores de produção para a produção de bens e serviços que maximizassem a retribuição do seu trabalho e os recursos por ele destinados à atividade produtora.

O caráter natural desse funcionamento do mercado veio a ser chamado por Adam Smith, na obra clássica *The Wealth of Nations*, de *mão invisível*. No mercado, uma espécie de mão invisível guiaria os seus operadores para as aplicações mais corretas de recursos. E, para que essa *mão invisível* operasse corretamente, seria necessária a sua imunidade em relação à influência estatal.

No entanto, para Nusdeo (2005), é impossível a absoluta separação entre os planos político e decisório. Isso porque a simples existência do Estado implica pelo menos uma intersecção entre aquele plano e o econômico, eis que o Estado, para se manter e desempenhar suas funções, deverá retirar das atividades produtivas uma parcela do que foi produzido, por meio dos tributos.

Nusdeo (2005) historia que um século e meio de aplicação ou tentativa de aplicação do chamado figurino liberal produziram um quadro política e socialmente conturbado. A estrutura operacional do mercado estaria na dependência de diversos pressupostos que a estrutura legal própria do liberalismo não havia logrado tratar.

Assim é que, à falta de qualquer atuação estatal no ambiente econômico, proporcionou-se que a chamada *mão invisível* produzisse a ocorrência das chamadas falhas de mercado, entre elas podendo ser citadas as falhas de mobilidade, falhas de transparência, falhas de estrutura, falhas de sinal e falhas de incentivo.

Nusdeo (2005) registra, então, que a constatação das falhas do mercado levou à percepção de que a sua mecânica operacional, tal como imaginada pelos clássicos, corresponderia mais a um modelo simplificado do que a uma realidade palpável. O correto funcionamento do mercado, no qual existiria uma concorrência perfeita, seria, em verdade, uma ficção.

Diante dessas imperfeições no funcionamento do mercado a partir de um regime de autonomia em relação ao Estado, sentiu-se a necessidade de o Estado passar a interagir com o mercado não apenas por meio da tributação, mas a partir da tomada de decisões também como agente econômico.

Nusdeo (2005, p. 168): “Na derrocada das idéias liberais, ficou claro que as ameaças à liberdade podem provir de outras fontes que não apenas o Estado”.

1.1.2 Modelo social

O poder político para todos, e não apenas para uma classe, representa uma significativa mudança de sentido da revolução capitalista contra o mundo medieval.

Rousseau, tomado por esse prisma, é mais um passo que a teoria política dá para chegar a Marx – “O homem nasceu livre e por toda parte se acha escravizado” (BONAVIDES, 2008).

Mas Rousseau vislumbrava a raiz das desigualdades sociais e econômicas na organização política e, assim, visualizava a necessidade de libertação política do homem, o

que poderia ser alcançado por meio da democracia – consentimento por meio da universalização do sufrágio (BONAVIDES, 2008).

Diversa é a visão de Marx, que buscava principalmente a libertação econômica, a qual, para ser alcançada, necessitaria de uma solução de força pelas classes oprimidas, com o uso da violência (BONAVIDES, 2008).

O Estado social, portanto, apresentaria distinções em relação ao Estado proletário, de inspiração marxista. A principal é a manutenção à adesão à ordem capitalista e, assim, o respeito à propriedade privada e à livre iniciativa.

Bonavides (2008) registra que essa característica do Estado social permite a sua adaptação aos mais variados sistemas de organização política. Dada a natureza plástica de seu programa, seria possível a implantação do modelo de Estado social em regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo.

No Ocidente, o poder político repousa numa estrutura econômica capitalista. À medida que o Estado tende a desprender-se do controle burguês de classe, passa ele a ser o Estado de todas as classes, o Estado como fator de conciliação, mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital (BONAVIDES, 2008).

A mitigação dos conflitos sociais e a busca do equilíbrio entre trabalho e capital seriam realizadas pelo Estado social por meio da garantia dos direitos do trabalho, da previdência, da educação, da saúde, da intervenção na economia como distribuidor, do estabelecimento de salários, estipulação de preços, combate ao desemprego, financiamento da casa própria, controle das profissões, entre outras.

Enfim, o Estado social estende sua influência a quase todos os domínios que antes pertenciam à área de iniciativa individual.

Do ponto de vista econômico, verificadas distorções e injustiças causadas pela ausência de atuação do Estado liberal na economia, passou-se a aceitar a intervenção do Estado, desde que cercada das indispensáveis cautelas para limitá-la ao estritamente necessário, a fim de suprir as disfunções maiores do sistema (NUSDEO, 2005).

Isso, no entanto, conduziu ao surgimento de um outro centro decisório paralelo: o Estado.

Por trás da noção das falhas de mercado, há um teorema fundamental da economia de bem-estar segundo o qual, em determinadas condições, os mercados competitivos geram uma alocação de recursos ótima (“ótimo de Pareto”).

As falhas de mercado ocorrem quando uma ou mais condições de validade do teorema não são satisfeitas. Assim, as idéias intervencionistas se posicionam da seguinte forma: se o

Estado conseguir eliminar tais falhas a um custo razoável, poderá melhorar a eficiência ou a viabilidade do mercado (NAPOLEONI, 1997).

A convivência de dois centros de decisão – mercado e Estado – fez com que se lhe desse o nome de sistema misto ou de iniciativa dual, em superação aos modelos econômicos de autonomia, também chamados de modelos liberais, nos quais o Estado é mínimo e exerce pouca influência sobre a produção e a troca de bens.

Ultrapassava-se o modelo de autonomia, sem que se atingisse, no entanto, o modelo situado no extremo oposto, de economia planificada, a exemplo do que fora implantado na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

A estrutura jurídica dos sistemas mistos ou duais traz a problemática de se definir a fronteira entre as áreas próprias a cada um dos dois centros decisórios.

Quanto a esta fronteira, durante aproximadamente um século e meio predominou a doutrina liberal. A partir da Grande Depressão Econômica do início do século XX, ganhou terreno no mundo ocidental a chamada social-democracia ou intervencionismo, ao passo que na Europa oriental e em algumas nações asiáticas instalava-se o regime coletivista-estatal.

O socialismo ocidental não busca a coletivização dos bens de produção nem a centralização do sistema econômico, mas advoga presença ativa e bastante ampla do Estado, inclusive na modalidade absorção, isto é, com o exercício da atividade empresarial pelo Estado em alguns tantos setores tidos como estratégicos (HUGON, 1984).

Nas nações mais maduras de atuação intervencionista, os Estados têm agido primordialmente no campo do bem-estar social. Nos países de economia ainda por desenvolver, por sua vez, como é o caso do Brasil, a ação estatal concentra-se no objetivo de promover o desenvolvimento.

Assim, ao passo que nos países do chamado Primeiro Mundo o setor decisório público é de cunho distributivista, nos países em desenvolvimento é voltado ao crescimento e à melhora da produção (NUSDEO, 2005).

No entanto, como todo sistema econômico, o dual também se ressentido de imperfeições.

E essas imperfeições decorrem fundamentalmente do problema da discrepante forma de comportamento dos seus dois setores componentes – o público e o privado – e, por consequência, da precária e imperfeita reação deste último às medidas de política econômica emanadas daquele (NUSDEO, 2005).

Foi nesse contexto que a noção de falha de governo surgiu, com os teóricos da escolha pública (*public choice*) identificando vários tipos de falhas no setor público, exatamente na

mesma perspectiva que gerações anteriores de economistas haviam produzido uma lista ainda maior de tipos de falhas do mercado (MAJONE, 1997).

Nusdeo (2005) anota as causas principais de falhas de funcionamento do sistema dual, que seriam as chamadas falhas de governo, sendo elas as seguintes:

(i) princípios motores diversos: o setor privado foi estruturado sobre o princípio do hedonismo e, quando recebe o impacto regulamentador do Estado, é obrigado a se comportar contra aquele princípio, como ocorre quando pesada tributação lhe é imposta ou quando é obrigado a adotar medidas antipoluentes, ou, ainda, quando é levado a praticar preços abaixo daqueles tidos como de mercado;

(ii) juridificação: fenômeno da multiplicação das normas legais e regulamentares cuja tendência é criar uma babel normativa, dificilmente absorvível pelo mercado, gerando crises de absorção, de má adaptação e de rejeição;

(iii) captura: fenômeno no qual as exigências regulamentares passam a se amoldar às conveniências e interesses das unidades reguladas.

(iv) interesses próprios dos reguladores;

(v) grupos de pressão;

(vi) poder da burocracia.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 define o sistema econômico como dual ou misto, configurando-se as várias modalidades de ação do Estado: direção, absorção e indução.

Como se verá mais adiante, o Estado brasileiro tem deixado de intervir no sistema econômico por meio da absorção de atividades, dando prioridade à direção e à indução, inclusive em situações de monopólio natural de infra-estruturas.

Manteve a atuação direta apenas em setores estratégicos, como, por exemplo, determinadas fases da exploração do petróleo.

1.1.3 Modelo regulador

A última década do século XX assistiu ao reaparecimento de ideais liberais, voltados a conter a atuação do Estado, principalmente nos países da Europa e da América Latina. Privatização, liberalização e desregulamentação têm-se constituído em balizas fundamentais no plano interno, com a globalização querendo significar a livre circulação internacional de produtos e fatores, a complementá-la no plano internacional (NUSDEO, 2005).

Deve ser registrado, ainda, que, atualmente, a ênfase produtivista tem repousado mais na direção – sob a forma de regulação – do que na absorção. Ou seja, nos países da Europa e

da América Latina tem havido maciça privatização de entes e empresas estatais, substituídas por mecanismos de acompanhamento e regulação estatais. Para tanto se tem dado ênfase às chamadas agências reguladoras independentes ou autônomas.

Essa situação surgiu a partir do desmoronamento do consenso social-democrático sobre o papel do Estado como planejador e produtor direto de bens e serviços.

A combinação de crescimento do desemprego com o crescimento das taxas de inflação não podia ser explicada dentro dos modelos keynesianos da época, enquanto a despesa pública crescente e as generosas políticas de bem-estar eram cada vez mais vistas como parte do problema do desempenho (LA SPINA; MAJONE, 2000).

Como afirmam La Spina e Majone (2000), não importa se as críticas ao Estado social eram justas ou empiricamente baseadas. Fato é que um número crescente de eleitores foi convencido por elas e se dispôs a apoiar um novo modelo de governança que incluísse a privatização de muitas partes do setor público, mais concorrência em toda a economia pelo lado da oferta e reformas de longo alcance no Estado do bem-estar. O novo modelo incluía a privatização, a liberalização e a reforma dos programas sociais.

No núcleo estratégico e nas atividades exclusivas de Estado, a propriedade seria estatal. No outro extremo – no setor de bens e serviços para o mercado –, a produção seria realizada pelo setor privado. A privatização da prestação de serviços de utilidade pública é normalmente seguida de regulação de preços, acompanhada da introdução da concorrência, com a tentativa de, quando possível, se atomizar a participação no mercado.

Segundo idéia disseminada entre alguns doutrinadores, entre eles Pereira (2005), pressupõe-se que as empresas seriam mais eficientes se controladas pelo mercado e administradas privadamente.

Daí deriva a defesa da subsidiariedade da atuação do Estado: só deve ser estatal a atividade que não puder ser eficazmente controlada pelo mercado.

Além disso, difundiu-se a idéia de que a crise fiscal retirou do Estado a capacidade de investir nas empresas estatais, o que tornaria aconselhável privatizá-las.

A falha de regulação por meio da propriedade estatal também explicaria a mudança para um modo alternativo de controle no qual os serviços públicos e outros setores, considerados importantes por afetarem o interesse público, são deixados em mãos privadas, mas sujeitos a normas elaboradas e aplicadas por agências especializadas.

Segundo La Spina e Majone (2000), a maioria das diferenças estruturais entre o *Welfare State* e o Estado regulador pode ser examinada quanto à distinção entre duas fontes de poder governamental: a tributação e a despesa, de um lado; e a criação de regras, do outro.

Ou seja, as deficiências orçamentárias têm impacto reduzido sobre a formulação de normas, eis que o custo dos programas reguladores, em regra, é absorvido por aqueles que têm que obedecer à regulação.

Aqui é que deve ser notado que a tendência no Estado regulador é a proliferação de normas como meio de intervir na ordem econômica, transferindo o custo da regulação para os agentes regulados e, em consequência, para os consumidores.

Nesse contexto, a regulação por meio de agências reguladoras deveu-se à necessidade de edição de normas para regular a economia, sem que na sua elaboração houvesse ingerências do governo. Por meio do modelo de agências imaginava-se obter a regulação da economia sem interferência política (MOREIRA; MAÇÃES, 2003).

É importante frisar que, no Estado regulador, o contexto político muda da arena tradicional do processo orçamentário para uma nova arena onde a jurisdição sobre o exame e controle do processo regulatório proporciona a principal fonte de conflito.

Como será visto mais adiante, o principal problema do Estado regulador é como a independência e a responsabilização democrática das agências podem se tornar valores complementares que reforcem um ao outro, e não valores opostos.

O que se observa na prática não é um desmantelamento de toda a regulação governamental – uma volta a uma situação de *laissez-faire* –, mas uma combinação de desregulação e nova regulação.

1.2 Evolução do Estado brasileiro

1.2.1 O Estado empreendedor

Quanto à produção de bens, os três níveis de governo integrantes do Estado brasileiro vinham se encarregando diretamente da organização de fatores de produção, podendo ser citadas, como exemplos do fenômeno, a produção de petróleo e energia e o exercício da atividade de siderurgia pela União e, até mesmo, a produção de leite por empresas pertencentes a Estados, como era o caso da Companhia Industrial de Leite de Pernambuco – CILPE.

O mesmo fenômeno ocorreu quanto à prestação de serviços.

Deve ser mencionado que um grande leque de atividades é qualificado como serviço público, inclusive alguns por determinação constitucional, tais como serviços de telefonia, transmissão e distribuição de energia elétrica, e sua prestação vinha ocorrendo fundamentalmente por empresas estatais.

Outras atividades, como é o caso dos serviços bancários prestados por bancos estatais estaduais, apesar de não qualificadas como serviço público, passaram a ser exercidas pelo Estado em regime de competição com a iniciativa privada.

Característica do desempenho de tais atividades pelo Estado é a utilização da propriedade pública como forma de regular os mercados.

No caso brasileiro, a regulação por meio da propriedade pública funcionou basicamente com a utilização das empresas estatais, ou seja, das empresas públicas e sociedades de economia mista.

A idéia que se tinha quanto a esta forma de regulação era que a propriedade pública conferiria ao Estado a habilidade para regular a economia e, principalmente, proteger os interesses públicos.

Tal forma intervencionista de atuação do Estado não foi um fenômeno brasileiro isolado. Conforme anota Majone (1997), historicamente, a propriedade pública tem sido a principal forma de regulação econômica na Europa.

Enfim, um ponto a ser destacado no modelo brasileiro de Estado social é o agigantamento das funções do Estado e, assim do seu tamanho, o que, em contrapartida, passou a exigir uma elevada tributação.

Não obstante a tributação no Brasil sempre ter se mantido em graus elevados, não se pode afirmar que os serviços públicos brasileiros tenham tido alguma vez a qualidade correspondente ao seu custo.

1.2.2 As privatizações e a revisão do papel do Estado na economia

Passando, agora, ao modelo regulador, sua característica é a diminuição do tamanho do Estado e a alteração da forma de atuação na ordem econômica: em vez da absorção, o Estado atua economicamente por meio da direção.

Como visto acima, no modelo regulador, a propriedade é estatal apenas no núcleo estratégico e nas atividades exclusivas do Estado. No outro extremo – no setor de bens e serviços para o mercado –, a produção é realizada pelo setor privado.

Esse ideário começou a ser implantado no Brasil no curso do primeiro governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, quando foram promovidas as grandes privatizações e a quebra de monopólios estatais.

Durante os dois governos do presidente Fernando Henrique Cardoso, no âmbito da União, tanto houve a privatização de empresas estatais que exerciam atividade econômica em

sentido estrito – como o ocorrido com a Companhia Vale do Rio Doce – quanto de empresas estatais que prestavam atividades enquadradas como serviço público, caso das empresas do sistema Telebrás.

No mesmo passo, parte da execução dos serviços públicos passou a se dar por meio de empresas privadas a título de concessões, e não mais pelo Estado.

É verdade que já no governo do presidente Fernando Collor de Melo se instituiu o Plano Nacional de Desestatização, o que foi feito por meio da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990. Entre os anos de 1990 e 1994, foram privatizadas 33 empresas nos setores de siderurgia, fertilizantes e petroquímica, tendo sido arrecadados oito bilhões e quinhentos milhões de dólares (ARAÚJO L. E., 2009).

No entanto, a maciça desestatização apenas ocorreu efetivamente a partir da Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997, que, em seu art. 1º, dispunha que o Programa Nacional de Desestatização se destinava a reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público.

Ainda consta expressamente do art. 1º a intenção de que o Estado deveria concentrar seus esforços nas atividades em que sua presença seja fundamental para a “consecução das prioridades nacionais”.

Assim é que se transformaram em objeto de desestatização as empresas controladas direta ou indiretamente pela União, serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização, instituições financeiras públicas estaduais e, ainda, bens móveis e imóveis da União.

Realmente, a partir de 1997, foram realizadas as grandes privatizações, com a venda da Cia. Vale do Rio Doce, o término da desestatização da RFFSA - Rede Ferroviária Federal S/A, com a venda da Malha Nordeste, o arrendamento do terminal de contêineres 1 do Porto de Santos, a venda do Banco Meridional do Brasil S.A., com arrecadação de mais de quatro bilhões e duzentos e sessenta e cinco milhões de dólares. Também se deu ênfase às privatizações de âmbito estadual (ARAÚJO L. E., 2009).

A venda das empresas de telecomunicações de propriedade da União tornou-se possível com a edição da Lei Geral de Telecomunicações, em 16 de julho de 1997.

No mesmo ano foram licitadas concessões de telefonia móvel celular para três áreas do território nacional, no valor de quatro bilhões de dólares (ARAÚJO L. E., 2009).

Nos anos seguintes deu-se curso ao processo de privatização, tendo sido o ano de 2000 o de maior arrecadação, com o montante de dez bilhões e setecentos milhões de dólares (ARAÚJO L. E., 2009).

Diminuiu-se, assim, o tamanho do Estado e a quantidade de atividades a seu cargo: algumas foram devolvidas integralmente à iniciativa privada; outras foram entregues à iniciativa privada por meio de concessões, restando ao Estado a regulação e a fiscalização.

Na outra ponta, no entanto, não houve diminuição da carga tributária, ou seja, apesar da diminuição das atividades a serem exercidas pelo Estado, reduzindo-se presumivelmente o seu custo de instalação e de operação, não se pode afirmar que tal diminuição de custo tenha sido repassada à sociedade. Esta questão será retomada mais adiante.

A privatização de empresas estatais federais que exerciam atividades econômicas sob o regime de serviço público foi acompanhada da criação de agências reguladoras federais, que viriam a praticar a regulação não mais pelo desempenho da propriedade pública, mas a partir de sua atividade normativa.

As primeiras a serem criadas foram a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, ainda em 1996, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL e Agência Nacional do Petróleo, estas últimas já em 1997.

Gomes (2006) relata o paradoxo da importação do instituto norte-americano de agências reguladoras para uma situação de diminuição da presença do Estado na economia.

Isso porque, nos EUA, a regulação por agências independentes configurava a ultrapassagem do modelo de Estado mínimo, diretamente relacionadas à implementação do Estado de Bem-estar.

Em sentido contrário, na Europa e na América Latina, as agências reguladoras estiveram ligadas ao movimento de desmantelamento do Estado social.

Esta também é a percepção de Binenbojm (2008, p. 272):

Em última análise, embora o modelo da agência reguladora independente norte-americana tenha servido de inspiração ao legislador brasileiro, a sua introdução no Brasil serviu a propósitos substancialmente distintos, senão opostos. De fato, enquanto nos Estados Unidos as agências foram concebidas para propulsionar a mudança, aqui foram elas criadas para garantir a preservação do *status quo*; enquanto lá elas buscavam a *relativização* das liberdades econômicas básicas, como o direito de propriedade e a autonomia da vontade, aqui sua missão era a de assegurá-las em sua plenitude contra eventuais tentativas de mitigação por governos futuros.

A razão da escolha do modelo de agências reguladoras poderia ser encontrada em sua autonomia, que se destinava a conferir o sinal, aos investidores externos, de que a condução da economia brasileira ocorreria com base em critérios técnicos, alheios à política partidária.

Como afirma Binenbojm (2008, p. 253), “era preciso vender o Brasil como um bom negócio, garantindo aos investidores a manutenção dos contratos celebrados e o direito de propriedade”.

1.3 Sociedade civil frágil, patrimonialismo e o Estado social

Em *Raízes do Brasil*, Holanda (1995) visualiza desde o início o caráter de fragilidade da sociedade civil e busca identificar as suas razões no contexto brasileiro.

Uma primeira razão para a existência de uma sociedade civil inexpressiva seria a herança portuguesa de uma cultura da personalidade, dando-se mais importância ao individual que ao coletivo.

Para Holanda (1995, p. 37), “foi essa mentalidade, justamente, que se tornou o maior óbice, entre eles (portugueses), ao espírito de organização espontânea, tão característica de povos protestantes, e sobretudo de calvinistas”.

A unificação social seria sempre produzida por uma força externa, como o governo, a quem caberia se preocupar com o coletivo. Apesar de todas as diferenças que as separam, a cultura brasileira absorveu da portuguesa esta cultura da personalidade.

Outras causas dessa ausência de preocupação com o coletivo e com o exercício de atividades econômicas voltadas para o coletivo seriam a lavoura latifundiária na estrutura da economia colonial e a escravidão, que teriam desestimulado “qualquer esforço sério na cooperação nas demais atividades produtoras, ao oposto do que sucedia em outros países, inclusive nos da América espanhola” (HOLANDA, 1995, p. 57).

O que Holanda (1995) identifica, assim, é a falta de uma capacidade livre e duradoura de associação entre os elementos empreendedores do País, o que trazia dificuldade para execução de atividades voltadas para o coletivo, como o seriam os serviços públicos.

Utilizando a imagem criada por Gramsci (BOBBIO, 2002), pode-se comparar a sociedade brasileira nascente (e, aliás, também a sociedade brasileira de até há pouco tempo) com as *sociedades orientais*, onde o Estado é tudo e a sociedade civil é primitiva e gelatinosa; não se observa autonomia da sociedade em relação ao Estado.

Assim, a sociedade civil brasileira, historicamente, pouco participou da definição de seus destinos, não se podendo falar que tenha conhecido longos períodos verdadeiramente democráticos.

Para Celso Mello (2004, p. 95), aliás, até o momento, o Brasil teve pouco mais de 35 anos de *cambaleante* democracia política; “democracia social não teve um único dia”.

Essa também era a leitura de Holanda (1995), que interpretava a democracia brasileira como artificial e imposta pelas classes dominantes conforme seus interesses.

Nesse contexto deve-se compreender que o Estado foi assumindo naturalmente a responsabilidade pela execução de atividades que normalmente competiriam à sociedade civil.

Ou seja, o Estado não se limitava a promover a justiça estatal, a educação, a saúde, entre outros serviços tidos como essenciais, mas passou a exercer, diretamente ou por meio de autarquias ou empresas estatais, atividades econômicas em sentido estrito e a qualificar outras tantas atividades como serviço público, executando-as também diretamente ou por meio da administração indireta.

A sociedade civil brasileira permitiu que o Estado se agigantasse.

Em outras sociedades, como é o caso da norte-americana, historicamente, o Estado pouco tem se preocupado com a execução direta de atividades econômicas, já que a sociedade civil é organizada a ponto de atender a quase todas as suas necessidades.

Enfim, deve-se ressaltar que, responsável por um grande leque de atividades, o Estado viu-se na contingência de aumentar a tributação para fazer frente às grandes despesas e investimentos a si atinentes.

Apesar de o Estado brasileiro ter se tornado uma grande estrutura, com grande poder político frente a uma sociedade civil amorfa ao longo dos tempos, com graus elevados de tributação (carga tributária em elevação nos anos recentes), representando, assim, um custo elevado para os brasileiros, cabe perguntar por que nem assim as suas obrigações mais básicas foram cumpridas.

Ou seja, por que a educação e a saúde de qualidade não foram postas à disposição da totalidade da população, e por que não houve redistribuição de renda por meio da tributação e de programas sociais e assistenciais.

É evidente que a resposta a essas perguntas não é nem simples, nem algo evidente. Se o fosse, já as teríamos há muito respondido e encontrado o caminho da justiça social.

Mas é certo que parte da resposta pode ser reputada ao que Holanda (1995) chama de patrimonialismo.

Holanda (1995) desenvolve a exposição com a descrição do círculo familiar típico formado no Brasil, constituído nos domínios rurais pelos senhores de engenho, em um primeiro momento, e pelos barões do café, em momento posterior.

Esse círculo familiar, desenvolvido distante dos centros urbanos, se organizava segundo as normas do velho direito romano-canônico, também herança ibérica, no qual era característica a imensa autoridade patriarcal. A entidade privada representava uma instituição

tão estruturada e organizada que resultaria natural que tivesse mais importância que a esfera pública².

Segundo análise feita por Holanda (1995, p. 82), “o resultado era predominarem, em toda a vida social, sentimentos próprios à comunidade doméstica, naturalmente particularista e antipolítica, uma invasão do público pelo privado, do Estado pela família”.

Tal invasão do público pelo privado, ou seja, a familiarização do Estado, teria ocorrido sobremaneira quando da chegada da família Real portuguesa ao Brasil em 1808.

A partir de então, o Brasil ganhou importância política e se revelou necessária a formatação de uma burocracia administrativa.

Os filhos da “nobreza” nativa ocuparam, sem dúvida, tais espaços, imbuídos, evidentemente, do espírito “familiar” no qual haviam sido criados, o que, para Holanda (1995, p. 145), era algo inevitável: “não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público”.

Desse modo, a burocracia administrativa e a classe política brasileira nasceram a partir das famílias da classe dominante. Havia como que uma descendência em linha reta da família para o Estado e não uma oposição entre ambos.

O Estado, portanto, não era uma instituição supra-familiar, transcendente da família, mas se encontrava envolvido com a família de modo inseparável.

Frente a essas constatações Holanda (1995, p. 146) faz uma consideração bastante veemente, melhor entendida quando lida em suas próprias palavras:

No Brasil, pode-se dizer que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. Dentre esses círculos, foi sem dúvida o da família aquele que se exprimiu com mais força e desenvoltura em nossa sociedade. E um dos efeitos decisivos da supremacia incontestável, absorvente, do núcleo familiar – a esfera, por excelência dos chamados “contatos primários”, dos laços de sangue e de coração – está em que as relações que se criam na vida doméstica sempre forneceram o modelo obrigatório de qualquer composição social entre nós. Isso ocorre mesmo onde as instituições democráticas, fundadas em

² Holanda (1995, p. 143): “Com efeito, onde quer que prospere e assente em bases muito sólidas a idéia de família – e principalmente onde predomina a família de tipo patriarcal – tende a ser precária e a lutar contra fortes restrições a formação e a evolução da sociedade segundo conceitos atuais. A crise de adaptação dos indivíduos ao mecanismo social é, assim, especialmente sensível no nosso tempo devido ao decisivo triunfo de certas virtudes *antifamiliares* por excelência, como o são, sem dúvida, aquelas que repousam no espírito de iniciativa pessoal e na concorrência entre os cidadãos”.

princípios neutros e abstratos, pretendem assentar a sociedade em normas antiparticularistas.

Com efeito, o patrimonialismo tem se manifestado ao longo de nossa história de forma bastante visível no Estado brasileiro.

Existem inúmeros exemplos conhecidos de todos; dois, porém, são bem claros: a possibilidade, antes da Constituição Federal de 1988, da nomeação de servidores públicos efetivos sem concurso, e, mesmo após a CF/88, a existência de enorme quantidade de cargos de provimento em comissão na estrutura administrativa brasileira.

Nesse aspecto, é de se notar que, quanto maior o tamanho do Estado, mais espaço existe para a prática do patrimonialismo. Assim, a adoção de um modelo de Estado social veio a coincidir com o anseio de alguns grupos familiares pela conquista de espaço público. Quanto mais cargos, contratos e financiamentos para dividir entre os familiares e amigos, mais destaque teria o grupo do poder.

As empresas estatais, responsáveis pelo exercício de atividades econômicas ou serviços públicos, foram particularmente utilizadas conforme os interesses dos ocupantes do poder e de seu grupo.

E, segundo Celso Mello (2004), a razão é simples: as empresas estatais surgiram como figuras híbridas, ou seja, públicas na essência do capital, mas privadas na forma de atuação.

Deste modo, durante muito tempo se tentou, com sucesso, que as empresas estatais escapassem das amarras impostas à Administração Pública em geral, como a obrigatoriedade de licitar, de admitir trabalhadores exclusivamente por concurso público, do controle pelos Tribunais de Contas, etc.

Também existem inúmeros exemplos de utilização de recursos públicos com finalidade exclusivamente privada utilizando-se, para tanto, empresas estatais.

Deve-se enfatizar que a cultura do patrimonialismo encontrou um *habitat* propício para se desenvolver no modelo de Estado social. Não que o Estado social traga, em si, o mal – peso desarrazoado para a sociedade e ineficiência – que acometeu o Estado brasileiro.

Na experiência brasileira, a cultura do patrimonialismo corroeu as forças do Estado, desviando-as do atendimento de necessidades públicas e colocando-as a serviço de interesses particularizados.

Visto isso, cabe analisar, a seguir, qual a repercussão de uma sociedade civil frágil e da cultura do patrimonialismo no âmbito do Estado regulador.

1.4 Sociedade civil frágil, patrimonialismo e o Estado regulador

De início, deve-se falar que o advento do Estado regulador poderia representar um amadurecimento institucional para o Brasil.

Mas não se pode afirmar com segurança que houve tal amadurecimento institucional porque, em primeiro lugar, a mudança de atuação e de intervenção estatal na economia não foi debatida nem decidida com a participação ativa da sociedade.

A alteração na forma de atuação e de intervenção do Estado na economia foi imposta de cima para baixo, tornando evidente, mais uma vez, a fragilidade da sociedade civil, excluída, neste caso, da definição de seu próprio destino. Ela teria se dado mais no interesse da abertura de mercados para o capital do que em favor do desenvolvimento do país.

Majone (1997) relata que, na Europa, a opção pelo Estado regulador foi feita pelos eleitores, que foram convencidos da necessidade de se apoiar um novo modelo de governança que incluísse a privatização de muitas partes do setor público, mais concorrência em toda a economia pelo lado da oferta e reformas de longo alcance no estado do bem-estar.

Ultrapassada esta questão preliminar, cumpre-nos indagar qual a influência de uma sociedade civil frágil e da cultura do patrimonialismo no âmbito do Estado regulador.

De início, no entanto, é importante ressaltar o fortalecimento da sociedade civil brasileira a partir de meados da década de 1980.

Segundo Cardoso (2007), a liberdade individual e a inovação tecnológica possibilitaram novas formas de ação política, realizadas fora dos partidos políticos e sindicatos, o que, sem dúvida, teria fortalecido a sociedade frente ao Estado.

Sorj (2007) concorda com o fortalecimento da sociedade civil brasileira, principalmente a partir da década de 1980, e ressalta o papel importante da difusão das organizações não-governamentais, as quais se caracterizariam pela defesa de interesses difusos, como a ordem moral, por exemplo.

Deve-se lembrar que a fragilidade da sociedade civil requer ou possibilita a atuação do Estado nos espaços deixados em aberto por ela. No modelo social, o próprio Estado preenche os espaços vazios. Já no modelo regulador, cabe ao Estado, em regra, promover a sua ocupação pela iniciativa privada, sob a sua regulação e fiscalização.

Assim, um fenômeno que poderá se revelar no Estado regulador, frente a uma sociedade civil relativamente frágil, será o excesso de regulação, ou seja, excesso na expedição de normas para regular as atividades econômicas e mediar os conflitos existentes

entre a sociedade civil consumidora e os prestadores de serviços. Também se dá o nome de juridificação a tal fenômeno.

Nesse particular, pode-se falar que já existem sinais da juridificação no Brasil.

Efetivamente, apenas considerando o âmbito federal brasileiro, são muitos os entes a exercitarem o poder normativo em áreas específicas, por exemplo: Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional do Petróleo (ANP), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Comissão de Valores Mobiliários (CVM), Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Para se ter noção da dimensão da atividade normativa da Administração Pública federal brasileira, vale destacar os seguintes dados (ARAÚJO L. E., 2008):

1. Entre janeiro de 2004 e março de 2007, a ANEEL editou 257 resoluções normativas;
2. Entre fevereiro de 1997 e março de 2007, a ANATEL editou 459 resoluções normativas;
3. Entre janeiro de 2004 e março de 2007, a ANP editou 127 resoluções de caráter normativo;
4. Entre outubro de 1992 e março de 2006, a ANVISA editou 48 instruções normativas;
5. Entre abril de 1978 e fevereiro de 2007, a CVM editou 448 instruções de caráter normativo;
6. Entre maio de 1992 e fevereiro de 2007, o CADE editou 44 resoluções normativas.
7. Entre fevereiro de 2002 e dezembro de 2006, a ANS editou 49 instruções normativas e 148 resoluções normativas.

Partilhando do mesmo entendimento quanto ao excesso de normas regulatórias, Falcão (2008) chama atenção para o problema ao registrar que:

Em 2007, o Congresso aprovou 198 leis. Em compensação, apenas três das principais agências reguladoras produziram 1.965 resoluções. A Agência Nacional de Energia Elétrica editou 635, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, 726, e a Agência Nacional de Águas, 604. Mesmo sem considerar resoluções das outras sete agências federais (ANVISA, ANS, ANCINE, ANATEL, ANP, ANTAQ e ANAC), são quase dez vezes mais atos normativos. Nos estados, o cenário se repete. No Rio Grande do Sul, por exemplo, a AGERGS (Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul) produziu 580 resoluções enquanto a Assembléia Legislativa gaúcha elaborou apenas 188 leis estaduais. Existem agências em 19 estados e também no Distrito Federal. Em alguns, mais de uma, como São Paulo e Rio.

Uma sociedade civil frágil também pode conduzir a outras perplexidades no âmbito do Estado regulador, uma vez que o processo de decisão das agências reguladoras envolve, em regra, procedimentos de audiência e consulta públicas nos quais os agentes do mercado, especialistas e os consumidores são ouvidos quanto às normas a serem aplicadas a determinadas relações econômicas e de consumo.

Quando a sociedade civil não está estruturada a ponto de participar tecnicamente do debate, haverá um confronto desigual com os agentes do mercado, que certamente disporão de todos os argumentos técnicos a favor de suas posições.

Caso emblemático é o das revisões tarifárias dos contratos de distribuição de energia elétrica. Essas revisões envolvem elementos tão complexos (parcela A e parcela B da tarifa, empresa de referência, fator X, perdas comerciais, conta de desenvolvimento energético – CDE, contratos de longo prazo, *pool*, etc.) que, supondo-se que haja um grave erro em sua elaboração pela Agência Nacional de Energia Elétrica, ao consumidor leigo não seria dado entender a questão e pleitear pela sua correta revisão.

Apenas a organização da sociedade civil de forma a dispor de consultoria especializada possibilitaria a defesa de seu ponto de vista, em busca da modicidade tarifária.

A cultura do patrimonialismo, apesar de encontrar seu *habitat* no modelo de Estado social, em razão da dimensão da propriedade pública, pode se manifestar de forma diferente no Estado regulador, mas ainda assim encontra condições para se fazer presente.

Elemento que deve ser citado nesse sentido é a forma de nomeação dos dirigentes das agências reguladoras, que propicia composições políticas com a finalidade de conduzir a tais posições de autoridade pessoas comprometidas com determinados grupos ou interesses.

1.5 Conclusão

De um lado, o que se observa é que a mudança da forma de atuação do Estado apenas desloca os problemas ocasionados por uma sociedade civil frágil e pela cultura do patrimonialismo para um outro centro de poder, não representando uma virada substancial na história do Estado Brasileiro.

No Estado regulador, o patrimonialismo tenderá a se fazer presente na elaboração de normas, face à supressão da propriedade pública na exploração de atividade econômica, assim como a fragilidade da sociedade mostrará a sua face também nessa mesma fase de elaboração de normas.

De outro lado, é importante ressaltar que as privatizações de empresas estatais, a outorga da prestação de serviços públicos a empresas privadas e a quebra de monopólios estatais não significam necessariamente a diminuição do tamanho do Estado.

Nesse sentido, Patu (2008) defende que, mesmo após a aplicação do ideário neoliberal, os Estados não diminuiriam³.

No Brasil, apesar da difusão e aplicação do ideário neoliberal, Patu (2008) aponta que, em menos de dez anos, o Estado cresceu a uma velocidade poucas vezes testemunhada entre países capitalistas e democráticos em tempos de paz. A carga tributária deixou o patamar de 25% da renda nacional, no qual havia se mantido por mais de duas décadas, e se aproximou da marca de 36%, que é a mesma do Reino Unido.

Ainda segundo Patu (2008), em apenas dois mandatos presidenciais (o segundo de Fernando Henrique Cardoso e o primeiro de Luiz Inácio Lula da Silva), o patamar de um quarto da renda nacional – no qual a carga tributária foi mantida por quase três décadas – se tornou um passado distante.

Assim, a aplicação do ideário neoliberal no Brasil não significou a mudança de um modelo de Estado social para um modelo de Estado regulador.

Representou, sim, a inserção de alguns ingredientes do modelo de Estado regulador, fazendo surgir uma figura híbrida em que se apresenta um Estado ainda de grandes proporções e influência e o exercício dessa influência não apenas pela tributação e despesa pública, mas agora também pela edição de normas.

Ao menos, no entanto, o aumento da carga tributária – e, assim, ao menos uma não redução ou aumento do tamanho do Estado – teria uma justificativa eminentemente redistributiva, típica do modelo de Estado social. Isso porque o gasto público tem se concentrado cada vez mais em transferências de renda, ao lado da remuneração dos credores da dívida do governo (PATU, 2008).

³ Patu (2008, p. 36): “O tal neoliberalismo, que também chegou ao Brasil na década de 90, pode reivindicar sua cota de vitórias – no mundo das idéias e, dependendo do gosto do freguês, na vida prática. A URSS acabou, o comunismo desapareceu do Leste Europeu e partidos de orientação socialista ou socialdemocrata tiveram de rever suas plataformas; a tese de que o governo poderia manter o pleno emprego com gastos públicos e emissão de moeda caiu em descrédito; os orçamentos ficaram mais equilibrados, e a inflação foi derrubada em todo o mundo. Mas seus adversários puderam rir silenciosamente por último enquanto temiam em voz alta a era do Estado mínimo: o Estado não encolheu.

França, Itália, Áustria, Noruega, Islândia e Finlândia hoje arrecadam mais de 40% da renda de seus cidadãos e empresas para manter seus governos. Na Suécia e na Dinamarca são mais de 50%. Alemanha, Reino Unido, Austrália e Holanda contam com Estados maiores que os da década de 60 e, com exceção da última, pelo menos do mesmo tamanho medido nos anos 80. Nos EUA e no Japão, a carga se mantém um pouco acima de um quarto dos maiores PIBs do mundo. Tampouco houve reduções entre os pobres e remediados, até onde as estatísticas alcançam”.

Essa redistribuição de renda teria representado ganhos sociais para o Brasil, apesar de a desigualdade entre classes ainda se manter nos níveis mais altos do planeta e semelhantes aos do início dos anos 80. É que “os pobres passaram de 40% para 30% da população” (PATU, 2008, p. 37).

Apesar disso, um grande problema do Estado brasileiro é que, segundo estudo divulgado pelo Ministério da Fazenda em 2003, os 10% mais pobres da população destinavam perto de 30% de sua renda ao pagamento de tributos, indiretos na quase totalidade; para os 10% mais ricos, a tributação total, direta e indireta, não chegava a um quarto da renda.

Segundo Patu (2008), o paradoxo atual é que os pobres brasileiros arcam com um custo desproporcionalmente alto para o financiamento do Estado e dos programas sociais que, ao menos em tese, deveriam beneficiá-los em primeiro lugar.

Assim, se o modelo de Estado híbrido atualmente adotado pelo Brasil – assunção de características do modelo de Estado social, com gastos públicos e tributação elevada, e do modelo de Estado regulador, com intervenção na economia apenas pela direção e indução, não mais pela absorção – possui algumas vantagens em relação ao Estado social puro, não se pode falar que a sociedade brasileira já tenha colhido todas elas.

Apesar de se ter notado uma melhora considerável na prestação de determinados serviços públicos por meio de empresas privadas (como é o caso da telefonia, que se revelava arcaica enquanto prestada diretamente pelo Estado), a mudança do tamanho e da presença do Estado não representou nem a diminuição nem a correta alocação da redução da carga tributária.

Na verdade, ao adotar características do Estado regulador, o Estado brasileiro se desincumbiu de algumas obrigações, que passaram a ser cobradas adequadamente pelos investidores privados, e o cidadão viu-se na contingência de ter que pagar tributos e tarifas por serviços que originariamente eram obrigação do Estado.

Tome-se, como exemplo, a utilização de determinadas rodovias que foram privatizadas. Anteriormente à privatização, competia ao ente público promover a sua manutenção com os recursos provenientes da arrecadação de tributos (basicamente impostos), o que deixou de ocorrer após a privatização, sem que houvesse, no entanto, redução da carga tributária.

Some-se a isso, a necessidade de se conferir remuneração ao investidor privado por meio de tarifas. Fica claro, nesse processo, que o único prejudicado, economicamente, foi o cidadão brasileiro, obrigado a pagar duas vezes pelo mesmo serviço.

Para se usar um sentido figurado, o cidadão brasileiro paga o preço de um Estado “máximo” para ter à disposição um Estado “mínimo”. E, o pior de tudo, o Estado brasileiro ainda se revela ineficiente no mínimo que se dispõe a fazer, vide, por exemplo, a situação da saúde e da educação no Brasil.

Desses fatos se pode extrair que, conforme a percepção de Holanda (1995), a simples substituição dos detentores do poder público, com suas diferentes visões quanto à atuação do Estado, é algo meramente superficial e não conduz a transformações significativas.

Adotando, em parte, a visão defendida por Holanda (1995), pode-se concluir que a evolução do modelo social para um modelo híbrido em que se combinam características do primeiro com o modelo regulador teve como ponto positivo a redução da utilização do Estado para fins privados, o que deveria representar, também, a redução do seu peso sobre a sociedade com a diminuição da carga tributária.

Uma das formas mais eficazes de se combater o patrimonialismo na manipulação do Estado é a estruturação de instrumentos de controle sobre a sua atuação.

No modelo de Estado regulador, torna-se imprescindível a estruturação de controle efetivo sobre a atividade normativa das agências reguladoras – ainda inexistente no Brasil –, seja em razão da ausência de participação substancial da sociedade civil na produção da regulação, seja em razão da inexistência de mecanismos de controle concentrado de legalidade e legitimidade dessas normas. E é isso que se pretende reforçar na presente dissertação.

2. AGÊNCIAS REGULADORAS, PODER NORMATIVO E LEGALIDADE

2.1 Extensão do poder normativo das agências reguladoras

A doutrina brasileira tem discutido bastante sobre a extensão do poder normativo atribuído às agências reguladoras pelas suas leis de criação. A discussão tem girado basicamente em relação à estrita submissão do exercício desse poder normativo ao princípio da legalidade. Em resumo, apresentam-se as seguintes posições.

Em primeiro, alguns autores defendem a exclusiva possibilidade de as agências reguladoras desenvolverem, por meio de seu poder normativo, o poder regulamentar já previsto para o Presidente da República, nos estritos limites definidos no art. 84, IV, da Constituição Federal de 1988 (expedir regulamentos para fiel execução de leis). Assim, apenas admitem a expedição pelas agências reguladoras dos regulamentos executivos.

Celso Mello (2004) defende com veemência tal posição. Em síntese, afirma que no Brasil apenas há espaço para regulamentos executivos em razão de entender que, por força do art. 5º, II, da CF/88 ("ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"), só a lei pode inovar em caráter inicial da ordem jurídica.

Esta parcela da doutrina exclui categoricamente a possibilidade de lei delegar ao Poder Executivo a disciplina de matéria relativa à liberdade ou à propriedade das pessoas, ou, ainda que não se fale em delegação legislativa, defende que na função normativa do Poder Executivo não se insere a imposição de obrigações de fazer ou não fazer alguma coisa (MELLO C., 2004).

A par disso, Celso Mello (2004, p. 159) admite uma margem maior de liberdade no exercício do poder normativo pelas agências reguladoras apenas e exclusivamente quando se tratar de seu exercício no espaço da *supremacia especial*⁴ da Administração Pública, no qual está inserido, por exemplo, o estabelecimento das condições de prestação dos serviços públicos concedidos.

⁴ A respeito da supremacia especial, Celso Mello (2002, p. 720):

“É corrente na doutrina alemã (de onde se originou, por obra sobretudo de Otto Mayer) e nas doutrinas italiana e espanhola, a distinção entre a *supremacia geral da Administração* sobre os administrados e a *supremacia especial* (assim chamada na Itália e, às vezes, na Espanha) ou relação especial de sujeição (como é referida na Alemanha e, às vezes, na Espanha).

De acordo com tal formulação doutrinária, que a doutrina brasileira praticamente ignora, a Administração, com base em sua supremacia geral, como regra não possui poderes para agir senão extraídos diretamente da lei. Diversamente, assistir-lhes-iam poderes outros, não sacáveis diretamente da lei, *quando estivesse assentada em relação específica que os conferisse*. Seria esta relação, portanto, que, em tais casos, forneceria o fundamento jurídico atributivo do poder de agir, conforme expõe, na Itália, Renato Alessi, entre tantos outros”.

Dado o princípio constitucional da legalidade, e conseqüente vedação a que atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica, resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades não de se cifrar a aspectos estritamente técnicos, que, estes sim, podem, na forma da lei, providir de providências subalternas, conforme se menciona no Capítulo VI, ao tratar dos regulamentos. Afora isto, nos casos em que suas disposições se voltem para concessionários ou permissionários de serviço público, é claro que podem, igualmente, expedir as normas e determinações da alçada do Poder Concedente ou para quem esteja incluso no âmbito doméstico da Administração. Em suma: cabe-lhes expedir normas que se encontram abrangidas pelo campo da chamada “supremacia especial”.

Em sentido semelhante, Di Pietro (2003, p. 56) pontua que a expressão regulação tem que ser considerada em dois sentidos: “de um lado, como sinônimo de *regulamentação* e, de outro, como um *tipo diferente de direito*, mais flexível, negociado, sujeito a mudanças para adaptação às alterações ocorridas no objeto regulado”.

Caracterizado como regulamento, a finalidade do exercício do poder normativo pelas agências reguladoras seria dar fiel cumprimento à lei. Mas sua aprovação estará necessariamente condicionada à participação dos interessados: “é um tipo de direito a que falta a característica de imposição unilateral de regras de conduta” (DI PIETRO, 2003, p. 57).

Por fim, Di Pietro (2002, p. 407) defende que a produção regulatória deve se prestar à fiel execução de lei, submetendo-se, inclusive, aos regulamentos baixados pelo Chefe do Poder Executivo.

As normas que podem baixar resumem-se ao seguinte: (a) regular a própria atividade da agência por meio de normas de efeitos internos; (b) conceituar, interpretar, explicitar conceitos jurídicos indeterminados contidos em lei, sem inovar na ordem jurídica.

Para Cuéllar (2008, p. 58), o poder normativo das agências reguladoras decorre da *competência regulamentar* que lhes é própria, não havendo que se falar, portanto, em delegação legislativa, pois esta pressuporia transferência pelo Poder Legislativo a outros órgãos da função legislativa que a Constituição lhe atribuiu.

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

Assim é que Cuéllar (2008, p. 58) defende que o poder normativo das agências reguladoras não pode inovar “de forma absoluta” na ordem jurídica, contrariar a lei, impor

restrições à liberdade, igualdade e propriedade nem determinar alteração do estado das pessoas.

Por último, deve-se acrescentar à defesa desta posição a percepção de Binensbojm (2008, p. 285):

A conclusão a que se chega é que o poder normativo das agências reguladoras só pode apresentar *natureza regulamentar infralegal*, sendo a técnica da deslegalização, à luz da sistemática constitucional em vigor no Brasil – considerada tanto sob a perspectiva formal, quanto sob a material –, imprestável para explicar e inaceitável para justificar o poder normativo de que investidas as agências reguladoras.

Em segundo, há autores que afirmam que a atribuição de tal poder normativo às agências se daria em razão da necessidade de se promover a *deslegalização* de algumas matérias para receberem as soluções técnicas adaptáveis e flexíveis proporcionadas pela regulação (MOREIRA NETO, 2002).

Defende-se que a legalidade, apesar de ter servido para refrear o poder do monarca, não mais funcionaria como instrumento de intervenção do Estado no domínio econômico. Para viabilizar a adaptação das normas legais à dinâmica da economia capitalista, seria necessário conferir maior margem de liberdade ao Executivo para editar normas complementares à lei.

Assim é que se defende a edição de regulamentos autorizados ou delegados, no qual a lei fixa apenas os princípios gerais a serem seguidos pela autoridade administrativa na disciplina de uma determinada matéria (BRUNA, 2003).

A necessidade da deslegalização decorreria da existência de situações de fato extremamente mutantes, excessivamente técnicas ou politicamente complexas (SUNDFELD, 2002).

A deslegalização poderia ser praticada de duas formas.

A primeira forma de deslegalização seria a atribuição ao Poder Executivo, no plano constitucional, do poder de disciplinar um determinado conjunto de matérias sem a interferência do Poder Legislativo. Seria a prática dos chamados regulamentos autônomos ou independentes, bastante conhecidos na experiência francesa.

Há um certo consenso na doutrina de que o modelo constitucional brasileiro, quanto à produção de normas, não deixou espaço para a edição dos regulamentos autônomos. No entanto, como se verá mais adiante, não é exatamente dessa forma que se encontra o posicionamento de Grau (2008).

A segunda forma de deslegalização seria a *delegação legislativa* de competência normativa para se desenvolverem os parâmetros genéricos já estabelecidos. É o que a doutrina francesa chama de leis-quadro e que se consolidou com a criação das agências reguladoras nos Estados Unidos da América (BRUNA, 2003).

Para Oswaldo Mello (2007, p. 363),

Os regulamentos autorizados ou delegados são aqueles emanados pelo Executivo em razão de habilitação legislativa que lhe é conferida pelo Legislativo, porém nos termos dessa determinação de competência, para desenvolver os preceitos constantes da lei de habilitação, que delimita seu âmbito a respeito.

Bruna (2003, p. 93) defende que “a técnica de atribuição de poderes normativos ao Executivo é uma realidade da vida moderna, decorrente das novas circunstâncias materiais que se apresentaram com o desenvolvimento do Estado capitalista”.

Fazendo referência à doutrina espanhola, Bruna (2003) pontua que não há nenhuma possibilidade de governar uma sociedade como a atual sem uma Administração que disponha de uma gama extensa de poderes, entre os quais o desenvolvimento de normas próprias a partir de conceitos genericamente previstos em leis. Aliás, o Parlamento sequer teria condições materiais de fornecer, precisamente e em grau exaustivo, as normas necessárias para a regulação das diversas atividades econômicas.

Oswaldo Mello (2007, p. 365), já em 1969, ensinava que a criação de normas pelo Executivo, “que cada vez mais se incrementa como fenômeno do século, decorre não só da crise do Parlamentarismo como, e principalmente, da incapacidade revelada pelo chamado Poder Legislativo de fazer leis”. Ademais, os Parlamentos não possuiriam a mesma flexibilidade e rapidez que os órgãos do Poder Executivo na elaboração de normas urgentes e complexas.

Oswaldo Mello (2007, p. 365), então, registra a ocorrência do exercício da delegação legislativa em diversos países.

Não só na França e na Alemanha, na Bélgica e na Itália, na Espanha e em Portugal pululam esses textos de legislação delegada, mas em todo o mundo civilizado.

Em Portugal e na Espanha não seria de admirar, por sua organização constitucional fundar-se no reforço do Executivo: como, outrossim, na França, sob a atual Constituição de 1958, em que a função legislativa se reparte discriminadamente entre o Parlamento e o Executivo, cabendo a este competência residual a respeito, relativa às matérias que não tenham sido entregues àquele. Porém, mesmo na vigência da Constituição de 1946, embora esta proibisse a delegação de poderes, a jurisprudência dos Tribunais sempre admitiu os regulamentos delegados ou autorizados. O Legislativo promulgava

as *lois-cadres* e o Executivo as desenvolvia, no exercício de habilitação legislativa concedida dentro dos limites programáticos dispostos por essas leis. A Itália e a Alemanha, parlamentaristas desde a primeira hora, outrossim, inscreveram-se nessa orientação. Quer dizer, então, sob o regime fascista e hitlerista. A Bélgica vive igual clima.

A Inglaterra e os Estados Unidos da América não ficaram imunes a esse movimento. Embora em teoria o poder de legislar seja reservado ao Parlamento Inglês e ao Congresso Norte-Americano, na prática vem cada vez mais sendo confiado a outros órgãos. Não só a Coroa Inglesa como a Presidência da República Americana recebem a delegação de poderes legislativos, como corporações públicas, de governos locais ou serviços especializados.

Por fim, Bruna (2003, p. 93) conclui que, “agrade ou desagrade, sejam ou não grandes os riscos de uma normação secundária desse caráter, *a potestade regulamentaria da Administração é hoje absolutamente imprescindível*”.

Diante dessa argumentação, Bruna (2003) pontua que a delegação legislativa em favor das agências reguladoras, sobre ser constitucional ou não, é uma realidade e que, assim, o que realmente importa é discutir sobre os meios de controle dessa modalidade de poder normativo.

De fato, Bruna (2003) relata que a aversão da doutrina aos regulamentos autorizados configura apenas uma revolta contra a realidade e, ademais, ao se negar a sua existência, não se idealizam os mecanismos de controle, o que, em última análise, representaria um serviço ao exercício do autoritarismo pela Administração.

Bruna (2003) defende, então, a existência de dois níveis de legalidade no texto constitucional: reserva da lei propriamente dita, de um lado, e legalidade geral ou relativa, de outro.

Na primeira situação, a Constituição Federal de 1988 não admite a autorização legislativa, como seria o caso das previsões constitucionais constantes dos artigos 5º, XXXIX, e 150, I.

Na segunda situação, no entanto, a autorização legislativa seria possível, sem que houvesse qualquer afronta à exigência constitucional de que as obrigações a serem impostas aos cidadãos apenas se dêem em virtude de lei, já que “em virtude de lei” não significa “por lei”, mas “com base em lei”.

No entanto, para que as delegações legislativas sejam válidas, seria necessário que a lei estabelecesse os contornos básicos da disciplina da matéria a ser deslegalizada.

Para Bruna (2003, p. 116),

Deve a lei estabelecer, ao menos, os princípios a serem seguidos e os objetivos a serem atingidos, o alcance e os limites dos poderes conferidos à

Administração, de forma a possibilitar um mínimo aceitável de controle sobre a atividade regulamentar exercida, sem o qual, como sabiamente dizia Montesquieu, o poder degenera em puro abuso. Não se pode admitir que a lei, simplesmente, transfira ao Poder Executivo a função de ‘disciplinar’ uma certa matéria; é imperioso que ela mesma estabeleça, em linhas gerais, qual deverá ser essa disciplina, quais os objetivos a atingir, sob pena de representar verdadeira abdicação da função de legislar sobre o assunto, aí sim, uma subversão da legalidade e do sistema de distribuição de competências previsto na Constituição.

Nessa mesma linha pode também ser citada a doutrina de Justen Filho (2002, p. 511), para quem a aceitação de que o poder normativo das agências, como poder regulamentar, apenas poderia reiterar os termos da lei, de forma a se excluir a possibilidade de inovação em face da lei, conduziria a sua completa inutilidade.

Para Justen Filho (2002, p. 513), o que se deve discutir é a respeito da extensão da inovação produzível via regulação. Assim é que, para ele, a questão se relaciona, com a voluntária *delegação* pelo Legislativo, em favor do Executivo, da competência normativa para disciplinar uma determinada matéria.

Essa *delegação* poderia ocorrer tanto explícita quanto implicitamente e o seu exercício representaria o desenvolvimento da *discricionariedade* do administrador (JUSTEN FILHO, 2002, p. 517). Mas não seria compatível com a ordem constitucional brasileira a mera fixação de padrões abstratos e genéricos, “remetendo à competência normativa da agência a disciplina quase integral de uma certa matéria”.

Justen Filho (2002, p. 525) defende, então, que as *delegações legislativas* devem, no mínimo, conferir parâmetros suficientes para que a juridicidade da regulação seja aferida.

Também no mesmo sentido, Cavalcanti (2009, p. 232) lembra que, mesmo nos EUA, através da figura da lei *skeleton type*, são exigidos padrões suficientes para a condução da ação executiva. Caso não exista, no modelo de leis-quadro, densidade normativa suficiente, corre-se o risco de “se transformar o princípio da legalidade em mero instrumento de fixação de competências”.

Justen Filho (2002, p. 366) ressalta que o aspecto positivo das *delegações legislativas* é a possibilidade de se ampliar o controle jurisdicional sobre inúmeras decisões estatais.

Suponha-se que certas escolhas acerca da regulação econômica fossem realizadas através de lei. A possibilidade de controle jurisdicional seria limitada ao âmbito da constitucionalidade. Isso significaria, na maior parte dos casos, a impossibilidade de questionamento mais aprofundado acerca do mérito das escolhas.

Vistas essas duas posições, cabe referir, ao momento, e em separado, pelas suas peculiaridades, a posição manifestada por Grau (2008).

Grau (2008, p. 245) combate a doutrina nacional que sustenta que o sistema constitucional vigente só admite a existência de regulamentos de execução. Para ele, essa doutrina “adota uma visão inteiramente errônea da teoria da tripartição dos poderes, concebendo-a como proposta de separação e não de equilíbrio entre os poderes, além de prestar acatamento exagerado, e radical, à ideologia liberal”.

Isso porque, para o autor, quando o Executivo e o Judiciário emanam atos normativos de caráter não legislativo – regulamentos e regimentos, respectivamente –, não o fazem no exercício de função legislativa, mas sim no desenvolvimento de função normativa.

Para Grau (2008, p. 240), a função legislativa não se confunde com a função normativa, já que o exercício da função normativa pelo Poder Executivo se dá em espaço de atuação que lhe é próprio, e não resulta, portanto, do exercício de delegação por parte do Poder Legislativo. Não haveria, portanto, derrogação do princípio da separação dos poderes (GRAU, 2008, p. 240).

Aliás, em contradição a Justen Filho (2002), Grau (2008, p. 240) assinala que “o fundamento do poder regulamentar está nesta atribuição de poder normativo – e não no poder discricionário da Administração (como, equivocadíssimamente, apregoam nossos publicistas)”.

Grau (2008, p. 252) reconhece no Brasil a existência de regulamentos executivos, autorizados e autônomos.

Os regulamentos executivos, ou de execução, são os que decorrem de atribuição do exercício de função normativa explícita no texto constitucional (art. 84, IV, *in fine*) e destinam-se ao desenvolvimento de lei. Por força do comando constitucional, o Poder Executivo pode expedi-los em relação a todas as leis, a independe de autorização expressa nelas.

Os regulamentos autorizados são os que decorrem de atribuição do exercício de função normativa explícita em lei e importam no exercício pleno daquela função pelo Executivo, nos limites da lei, inclusive com a criação de obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa. São indevidamente denominados de regulamentos *delegados* porque não decorrem, em verdade, de qualquer delegação de função: são emanados a partir de atribuição explícita do exercício de função normativa ao Executivo.

O Poder Executivo fica sujeito, ao editar esses regulamentos autorizados, às limitações definidas na atribuição explícita do exercício de sua função normativa (*leis-quadro*). Assim,

os regulamentos autorizados podem impor obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa: essa obrigação, apesar de não ter sido imposta *por lei*, tê-lo-á sido *em virtude de lei*.

Os regulamentos autônomos, ou independentes, são os que decorrem de atribuição do exercício de função normativa implícita no texto constitucional e importam no exercício daquela função pelo Executivo para o fim de viabilizar a atuação no desenvolvimento de função administrativa de sua competência. Envolvem inclusive a criação de obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

Um dos exemplos dados por Grau (2008, p. 252) para os regulamentos autônomos brasileiros se refere ao estabelecimento e alteração das *cláusulas regulamentares* dos contratos de concessão de serviço público, o que, a sua vez, coincide com a posição de Celso Mello (2004), acima relatada, a respeito do exercício do poder normativo pelo Poder Executivo no âmbito da *supremacia especial*.

Traçado um panorama a respeito da posição da doutrina brasileira a respeito do poder normativo das agências reguladoras, cabe referir que o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se pronunciar sobre a relação entre poder regulamentar e lei e deixou claro que, de um modo geral, aderiu à primeira corrente, que entende pela admissibilidade apenas de regulamentos executivos. Nesse sentido podem ser citados os acórdãos proferidos no julgamento da ADI 1.075, da ADI 1.435 e da AC 1.033-AgR-QO.

No entanto, é importante ressaltar que as decisões de mérito do STF sobre a matéria foram proferidas fora do contexto das agências reguladoras e ainda não houve nenhum julgamento de mérito a respeito do poder normativo exercitado por elas.

O único julgamento ocorrido no STF, até o momento, a respeito do poder normativo das agências reguladoras, se deu quando da análise da medida cautelar da ADI 1.668, na qual se contestava a constitucionalidade da Lei nº 9.472/1997.

Naquela ocasião, o STF, por maioria, deferiu a medida cautelar para, quanto aos incisos IV e X do artigo 19 da Lei nº 9.472/1997, dar-lhes interpretação conforme a Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado.

Ou seja, nesse julgamento, ainda em sede cautelar, o STF adotou a posição mais restritiva possível, que coincide com a manifestada por Di Pietro (2003, p. 57): a regulação deve se prestar à fiel execução de lei, submetendo-se, inclusive, aos regulamentos baixados pelo Chefe do Poder Executivo.

No entanto, como ainda não houve julgamento de mérito definitivo sobre a questão, é possível dizer que essa ainda é uma questão em aberto, do ponto de vista da jurisprudência do STF.

O Superior Tribunal de Justiça, a sua vez, já teve oportunidades de analisar mais detidamente o poder normativo das agências reguladoras.

No julgamento do Recurso Especial nº 806.304 – RS, em 2008, a Primeira Turma do STJ fez expressa referência ao posicionamento Celso Mello (2004) de que as agências reguladoras podem inovar na ordem jurídica quando em atuação normativa no âmbito da chamada *supremacia especial*. Em conclusão, o acórdão consigna o entendimento de que “é da exclusiva competência das agências reguladoras estabelecer as estruturas tarifárias que melhor se ajustem aos serviços de telefonia oferecidos pelas empresas concessionárias”.

No julgamento do Recurso Especial nº 894.442 – RJ, também em 2008, a Primeira Turma do STJ considerou que O legislador ordinário conferiu amplos poderes normativos à Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ -, entre os quais o de criar requisitos para a obtenção de autorização necessária ao funcionamento das empresas brasileiras de navegação de longo curso. Considerou válida, assim, a Resolução ANTAQ nº 843, de 14 de agosto de 2007, que previa diversos requisitos para o fim de se obter autorização para operar em navegações de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo e de apoio portuário, entre os quais: (a) ser proprietário de pelo menos uma embarcação de bandeira brasileira que não esteja fretada a casco nu a terceiros, adequada à navegação pretendida e em condição de operação comercial; (b) comprovar ter boa situação econômico-financeira caracterizada por patrimônio líquido mínimo de R\$ 8.000.000,00 (oito milhões de reais), para a navegação de longo curso. “Conclui-se, portanto, que a ora recorrente, para obter a autorização almejada, deverá preencher todos os requisitos definidos pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ”.

Por fim, no julgamento do Recurso Especial nº 1.101.040 – PR, já em 2009, a Primeira Turma do STJ, fazendo expressa referência ao posicionamento de Carvalho Filho (2006) a respeito da constitucionalidade das *leis-quadro*, considerou legal o ato normativo expedido pela Agência Nacional do Petróleo que “foi praticado nos limites da atribuição conferida à ANP de baixar normas relativas ao armazenamento, transporte e revenda de combustíveis, nos moldes da Lei nº9.478/95”. Considerou-se que as próprias leis disciplinadoras da regulação que transferiram alguns vetores, de ordem técnica, para normatização pela agência reguladora.

A propósito, esse debate não é exclusivo do Brasil e tem sido travado em outros países que aderiram ao modelo de regulação da economia por agências independentes.

Martinez (2002) aponta que, nos Estados Unidos da América, o Tribunal Supremo, em um primeiro momento, entendeu pela impossibilidade de delegação legislativa e de regulamentos autorizados (*nondelegation doctrine*), mas, atualmente, reconhece que as complexas e variadas necessidades normativas das sociedades modernas superam a capacidade do Parlamento e, assim, admite a delegação legislativa (*delegation doctrine*) e os regulamentos autorizados.

Na Alemanha, há uma tendência pela aceitação de amplos poderes normativos às agências reguladoras previstas diretamente na Constituição, o que ocorre como forma de diminuir a distância entre o autor e o destinatário de uma norma jurídica, ao mesmo tempo que se supõe uma descarga de trabalho para o legislador (MARTINEZ, 2002).

Na França e na Espanha, os respectivos Tribunais Constitucionais entendem que o legislador deve estabelecer o marco em que as AAI poderão ditar regulamentos executivos. Na verdade, os regulamentos das autoridades independentes estão sujeitos não somente à lei, mas também às normas regulamentares do Governo (MARTINEZ, 2002).

Na Itália, Marzona (1996, p. 104) alerta que o principal desafio do exercício de poder normativo pelas agências tem sido a permanência dentro dos limites estabelecidos pelo seu estatuto e pelas leis, sem que haja a invasão do espaço reservado às decisões políticas do governo e do parlamento.⁵

O que deve resultar claro é que o mero exercício de poder normativo pelas agências reguladoras já representa uma polêmica de grandes proporções, como se vê da divergência doutrinária existente no Brasil e dos debates já ocorridos em outros países, dificilmente se podendo chegar a um consenso.

No Brasil, como falado, o STF ainda não se pronunciou em definitivo sobre a constitucionalidade do poder normativo exercitado pelas agências e, assim, tem-se uma razoável instabilidade a respeito do que é produzido pelas agências: vale ou não vale, vincula ou não vincula, pode ou não complementar as leis, enfim, encontra-se sem resposta um sem-número de questões que o exercício do poder normativo pelas agências proporciona.

Imprescindível, então, seria uma decisão – legal ou judicial – que definisse claramente os limites dos poderes normativos das agências reguladoras. Enquanto não houver uma tal decisão – eis que consenso é impossível –, permanecerá o estado de incerteza.

⁵ Marzona (1996, p. 104): “*Questa valorizzazione dello spazio amministrativo si raccorda con l’attuale tendenza alla diffusione, nell’amministrazione, dei principi costituzionali; si pensi, ad esempio, al principio della responsabilità; essa è però subordinata alla condizione che le autorità indipendenti siano e restino fedeli, per così dire, al loro statuto e sappiano allontanare ogni facile (e ricorrente) tentazione di appiattimento o confusione col potere politico, nonché di riproposizione e ripresa di figure o istituti o, se si vuole, di una cultura appartenenti al vecchio, e oggi superato dalla storia, modo di intervento pubblico nell’economia*”.

No entanto, fato é que o exercício normativo de delegações legislativas pelas agências reguladoras já é uma realidade brasileira. Revela-se inútil, portanto, qualificá-la de inconstitucional; melhor se revela buscar entendê-la e identificar parâmetros de controle.

Enfim, a depender da aceitação ou não da existência de delegações legislativas, o que se pretende é analisar a pretensa objetividade e tecnicidade da interpretação de leis e, conseqüentemente, da edição de normas pelas agências.

O que se pretende realçar no presente tópico é que, ainda que a atividade normativa das agências reguladoras esteja restrita à “fiel execução de lei”, faz-se necessária a estruturação de mecanismos de controle efetivos, eis que “fiel execução de lei” envolve interpretação jurídica, o que, como se verá ao próximo passo, além do conhecer, abrange o valorar, e, assim, a inevitável presença de preferências pessoais e subjetivismo.

2.2 Interpretação de leis e o raciocínio dogmático-subsumtivo

Como falado, ainda que se conceba o exercício do poder normativo pelas agências reguladoras apenas como estritamente dependente da *legalidade*, é certo que existirão dificuldades interpretativas quanto ao que seja “fiel execução de lei”.

Nas teorias da interpretação, já se discutiu muito sobre se a interpretação de lei deveria buscar revelar a *vontade subjetiva do legislador* ou a *vontade objetiva da lei*. Em verdade, esta é uma polêmica praticamente sem fim, conforme se observa das palavras de Engisch (2008, p. 170).

Antes, é precisamente aqui que começa a problemática central da teoria jurídica da interpretação: o conteúdo objectivo da lei e, conseqüentemente, o último «escopo da interpretação», são determinados e fixados através da «vontade» do legislador histórico, manifestada então e uma vez por todas, de modo que a dogmática jurídica deva seguir as pisadas do historiador – não, claro está, em razão da história, mas em razão da própria matéria em causa –, ou não será, pelo contrário, que o conteúdo objectivo da lei tem autonomia em si mesmo e nas suas «palavras», enquanto «vontade» da lei, enquanto sentido objectivo que é independente do mentar e do querer «subjectivos» do legislador histórico e que, por isso, em caso de necessidade, é capaz de movimento autónomo, é susceptível de evolução como tudo aquilo que participa do espírito «objectivo»? Em volta desta problemática se trava a *luta das teorias da interpretação jurídica* – designadas abreviadamente por teoria subjectivista e teoria objectivista – até aos dias de hoje.

Ferraz Jr. (2007, p. 268) resume a divergência entre as doutrinas subjetivistas (busca da vontade subjetiva do legislador) e objetivistas (vontade objetiva da norma).

A doutrina subjetivista insiste em que, sendo a ciência jurídica um saber dogmático (a noção de dogma enquanto um princípio arbitrário, derivado de vontade do emissor de norma lhe é fundamental), é, basicamente, uma compreensão do pensamento do legislador; portanto, interpretação *ex tunc* (desde então, isto é, desde o aparecimento da norma pela positividade da vontade legislativa), ressaltando-se, em consonância, o papel preponderante do aspecto genético e das técnicas que lhe são apropriadas (método histórico). Já para a doutrina objetivista, a norma goza de um sentido próprio, determinado por fatores objetivos (o dogma é um arbitrário social), independente até certo ponto do sentido que lhe tenha querido dar o legislador, donde a concepção da interpretação como uma concepção *ex nunc* (desde agora, isto é, tendo em vista a situação e o momento atual de sua vigência), ressaltando-se o papel preponderante dos aspectos estruturais em que a norma ocorre e as técnicas apropriadas a sua captação (método sociológico).

Engisch (2008) registra que a teoria subjetivista (busca da vontade subjetiva do legislador) foi mais defendida no passado do que a teoria objetivista (vontade objetiva da lei), notadamente em regimes totalitários, nos quais se revelava conveniente se buscar a real vontade do ditador.

A teoria objetivista teria começado, já há algumas décadas, a ganhar em quantidade de adeptos. Engisch (2008, p. 172), por exemplo, combate com veemência a teoria subjetivista, arrolando contra ela vários argumentos, entre eles os que seguem abaixo:

Com o acto legislativo, dizem os objectivistas, a lei desprende-se do seu autor e adquire uma existência objectiva. O autor desempenhou o seu papel, agora desaparece e apaga-se por detrás da sua obra. A obra é o texto da lei, a “vontade da lei tornada palavra”, o “possível e efectivo conteúdo de pensamento das palavras da lei”. Este conteúdo de pensamento e de vontade imanente à lei é de futuro o único decisivo. Com efeito, só ele se constituiu e legalizou de acordo com a Constituição, ao passo que as representações e expectativas do autor da lei, que em volta dele pairam, não adquiriram carácter vinculativo algum. Como qualquer outro, também aquele que participou no acto legislativo fica, de agora em diante, ele próprio, sujeito à lei. Ele tem que se deixar prender pelas próprias palavras e deixar valer e actuar contra si a vontade expressa na lei.

O sentido incorporado na lei pode também ser mais rico do que tudo aquilo que os seus autores pensaram ao realizar o seu trabalho – quando pensaram sequer algo, o que nem sempre se poderá afirmar em relação aos parlamentares que votaram uma lei.

A própria lei e o seu conteúdo interno não são uma coisa estática como qualquer facto histórico passado (“eternamente quieto permanece o passado”), mas são algo de vivo e de mutável e são, por isso, susceptíveis de adaptação. O sentido da lei logo se modifica pelo facto de ela constituir parte integrante da ordem jurídica global e de, por isso, participar na sua constante transformação, por força da unidade da ordem jurídica. As novas disposições legais reflectem sobre as antigas o seu sentido e modificam-nas. Mas não é só uma mudança no todo do Direito que arrasta atrás de si, como por simpatia, o Direito preexistente: também o fluir da vida o leva atrás de si. Novos fenómenos técnicos, económicos, sociais, políticos, culturais e morais têm de ser juridicamente apreciados com base nas normas jurídicas preexistentes. Ao ser o Direito obrigado a assumir posição em face de fenómenos e situações que o legislador

histórico de maneira nenhuma poderia ter conhecido ou pensado, ele cresce para além de si mesmo. “A lei, logo que surge na existência, insere-se num campo de forças social do qual, de agora em diante, ... ela vai retirar a nova configuração do seu conteúdo” (MEZGER). Por isso mesmo nos encontramos nós em situação de “compreender melhor” a lei do que a compreendeu o próprio legislador histórico.

Em conclusão, Engisch (2008) traça alguns parâmetros para a atividade do intérprete, defendendo que é absolutamente inviável e inservível, para as situações presentes e futuras, a identificação de uma vontade estática no passado.

Na verdade, o autor alemão questiona até mesmo a possibilidade de identificar esta tal vontade: e quem vai saber o que realmente passou pela cabeça do legislador? Mas, de fato, ainda que fosse possível identificar essa vontade, a pergunta mais incisiva feita por ele é a seguinte: e qual a importância do que passou pela cabeça do legislador?

Ferraz Jr. (2007) ainda registra uma crítica comumente feita à teoria subjetivista: uma vontade do legislador é mera ficção, pois o legislador raramente é uma pessoa fisicamente identificável.

No entanto, a superação da doutrina subjetivista da interpretação não significa a correção do raciocínio objetivista.

Na verdade, o raciocínio objetivista padece do mesmo vício de origem do raciocínio subjetivista: ambos partem do pressuposto de que o sistema jurídico contém soluções prontas para todos os problemas que possam surgir, cabendo ao intérprete apenas a identificação dessa vontade no conjunto de normas já existentes.

Assim, para ambos os pensamentos, para um determinado caso, apenas pode haver uma única decisão correta, atuando o aplicador do direito como um autômato, “com a única particularidade que o aparelho em função não é um mecanismo automático, mas um mecanismo lógico” (ENGISCH, 2008, p. 206).

2.3 Crítica ao raciocínio dogmático-subsuntivo na aplicação da lei

Apesar da consolidada validade do raciocínio dogmático-subsuntivo para a aplicação de normas nos sistemas jurídicos de inspiração continental européia (sistemas do *civil law*), como é o caso do modelo brasileiro, ainda assim é certo que toda interpretação de normas não é uma simples operação de subsunção, ou seja, não é uma aplicação automática e objetiva de uma hipótese previamente definida a um fato.

A solução para o que Ronald Dworkin chama de casos fáceis talvez possa ser encontrada por meio de aplicação automática e objetiva, sem a interferência da vontade do

intérprete, mas os casos difíceis, as chamadas zonas cinzentas, não encontram solução por meio de subsunção.

Assim, salvo os casos fáceis, todos os casos difíceis demandam uma *interpretação criativa* para se alcançar uma solução racional (KAUFMANN, 2002).

Para o *raciocínio dogmático*, o ordenamento jurídico seria um aparato conceitual rigorosamente dedutivo e auto-suficiente, pronto para atos de mera *subsunção* na fase aplicativa.

Para concepção dogmático-subsuntiva, há uma proibição de criação de direito pelo aplicador, ao qual compete apenas a aplicação de uma vontade pré-existente (seja a vontade do legislador, seja a vontade objetiva da lei).

No entanto, o raciocínio dogmático já é algo antigo e até certo ponto ultrapassado na teoria do direito.

De fato, a tradição do Jusnaturalismo e do Iluminismo do século XVIII configurava a atividade legislativa como uma atividade racional voltada a construir um sistema completo de leis inspiradas pela razão, ao passo que à fase de aplicação de normas aos casos concretos seria necessária uma razão frágil e mais simples (VIOLA; ZACCARIA, 2004).

No século XIX, século das grandes codificações, quando a doutrina positivista possuía grande força, havia uma fé iluminística em um legislador universal, capaz de dominar a natureza e de pôr leis válidas para todos os homens. Segundo Viola e Zaccaria (2004, p. 149, tradução nossa),

Era convicção comum da época que um simples escritor pudesse dar vida a um código unitário, simples e coerente (Bentham). Em todo o período do século XVIII, o imperativismo, desde John Austin a August Thon, busca o imperativo da lei como ordem, como concreta manifestação psicológica da vontade pessoal do legislador⁶.

Principalmente na Europa continental, nos séculos XIX e XX, o modelo de bom legislador prevaleceu sobre o de bom intérprete. O problema da interpretação permanecia relegado a um papel secundário em relação à atividade do legislador justamente em face da crença a respeito do caráter mecânico de aplicação dos enunciados normativos.

⁶ Viola e Zaccaria (2004, p. 149): “*Era convinzione comune dell’epoca che un singolo redattore potesse dar vita ad un codice unitario, semplice e coerente (Bentham). In tutto l’arco dell’Ottocento, l’imperativismo, da John Austin ad August Thon, intende l’imperativo della legge come comando, come concreta manifestazione psicologica della volontà personale del legislatore*”.

Na teoria juspositivista de interpretação, a lei deveria ser interpretada simplesmente por meio da lógica do jurista, sem que este contribuísse com a sua vontade para a confecção da decisão.

A teoria tradicional de interpretação buscava revelar a vontade objetiva da norma ou a vontade subjetiva do legislador mediante análise do texto, de seu processo de criação, de suas conexões sistemáticas, de seus antecedentes e da finalidade da norma (HESSE, 1992).

Existiria interpretação na simples execução de uma vontade pré-existente que poderia ser alcançada com certeza objetiva através desses métodos e com independência do problema a resolver.

Aliás, para a teoria tradicional, o direito seria um sistema fechado no qual não existiriam lacunas.

No entanto, o curso do tempo demonstrou que a dinâmica da vida social é bastante complexa e que pode gerar relações e conflitos dificilmente subsumíveis a padrões pré-fixados, conforme pretendem as teorias subjetivistas e objetivistas.

Se é certo que determinados casos (os chamados casos fáceis) podem facilmente se adequar a padrões normativos, também é certo que a vida será pródiga em multiplicar a existência de casos (os chamados casos difíceis) para os quais não haverá uma perfeita correspondência normativa, justamente pela falta de previsibilidade do legislador quanto à sua possível ocorrência.

Engisch (2008, p. 206) relata que a estrita vinculação do aplicador do direito à lei começou a vacilar no decurso do século XIX. Instaura-se a percepção de que a estrita vinculação do juiz à lei é impraticável em face de que “não é possível elaborar as leis com tanto rigor e fazer sua interpretação em comentários oficiais de modo tão exacto e esgotante que toda a dúvida quanto a sua aplicação seja afastada”.

Assim é que a doutrina passou a contestar a pretensa completude atribuída pelos juspositivistas ao ordenamento jurídico.

Entre as várias críticas endereçadas a essa concepção, pode ser citada a de Kaufmann (2004, p. 78, tradução nossa), para quem a pressuposição de ausência de lacunas das leis mostrou-se insustentável:

Já que não se podia abdicar da proibição da denegação de justiça, a proibição de criação do direito teve que cair. Perante uma lacuna da lei, porém, o juiz se verá obrigado a fazer uso de critérios que se situam a jusante da lei⁷.

⁷ Kaufmann (2004, p. 78): “Da man indessen das Rechtsverweigerungsverbot nicht aufgeben konnte, musste das Rechtsschöpfungsverbot fallen. Das heisst aber, dass der Richter im Falle einer Gesetzeslücke notgedrungen nach Kriterien entscheiden muss, die jenseits des Gesetzes liegen. Damit ist der strenge Gesetzespositivismus aus den Angeln gehoben”.

Para Hesse (1992), o objetivo da interpretação apenas relativamente pode consistir na tentativa de revelar a vontade preexistente nas normas. É que não se pode presumir que as normas ou o legislador tenham tomado uma decisão prévia para todas as questões controversas que pudessem surgir no futuro. Mas se pode imaginar ao menos que tenham se limitado a imaginar alguns *pontos de apoio* para a tomada futura dessas decisões. Assim, onde não se definiu nada de modo inequívoco não é possível revelar uma vontade autêntica.

Ademais, Engisch (2008, p. 208) registra uma tendência dos próprios Parlamentos no sentido de fazer com que o julgador adquira autonomia em relação à lei, notadamente no Direito Administrativo. Cita, como exemplo, a fixação em leis de conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos, conceitos discricionários e cláusulas gerais, que exigem uma participação ativa do intérprete na sua definição.

2.4 A teoria hermenêutica

Ultrapassada esta concepção tradicional, a doutrina se viu às voltas com a busca de respostas satisfatórias para a interpretação jurídica e aplicação de decisões aos casos difíceis.

Cabe investigar, então, como se comporta o jurista face à interpretação de normas contidas em leis e diante de uma realidade social cada vez mais dinâmica e mutável.

Buscando elaborar uma nova teoria da interpretação, os teóricos do direito debateram bastante a respeito da necessidade ou não de se neutralizar o fator subjetivo do intérprete (variável e imprevisível), inclusive de forma a se conferir previsibilidade e controlabilidade à interpretação.

Para Viola e Zaccaria (2004), a aplicação do direito pressupõe a sua prévia interpretação, que possui tanto um aspecto cognitivo quanto volitivo. O aspecto volitivo atua tanto na determinação do enunciado normativo a ser aplicado, quanto na aplicação da norma abstrata aos casos individuais.

Para Hesse (1992), partidário da hermenêutica jurídica, apesar de não se poder presumir que o legislador haja tomado decisões prévias sobre todas as questões controversas que surgiriam no futuro, deve-se imaginar ao menos que tenha se limitado a fornecer alguns “pontos de apoio” para a tomada futura dessas decisões.

Hesse (1992) defende, então, que a interpretação é concretização, ou seja, tem caráter criativo: o conteúdo da norma interpretada apenas se torna completo com sua interpretação.

A concretização pressupõe a compreensão do conteúdo da norma a concretizar, a qual não está desvinculada nem da pré-compreensão do intérprete nem do problema concreto a resolver.

O intérprete tem que pôr em relação com o problema concreto a resolver a norma que pretende entender. Essa determinação, assim como a aplicação da norma, constitui um processo único, e não a aplicação de algo preexistente.

A diferença entre o modelo juspositivo tradicional e o hermenêutico é que, para este, o texto jurídico necessita de uma contribuição externa ao sistema para que seja possível a sua compreensão.

Aspectos decisivos para a aplicação do direito e para a decisão judicial são externos à lei: em consequência, o modelo formalista e estatalista do juspositivismo é posto em crise, em favor de um modelo mais amplo e plural de direito como prática interpretativa.

O ponto de partida do modelo hermenêutico é constituído pela relação entre norma e caso fático, que pertencem a planos diversos (dever ser e ser). Considerando que a norma não se encontra fora do procedimento de interpretação e que as circunstâncias de fato podem ser valoradas apenas levando-se em conta os enunciados normativos, a concretização do direito se produz apenas simultaneamente ao caso concreto. Institui-se, assim, um círculo hermenêutico entre compreensão das normas e das circunstâncias de fato.

A teoria hermenêutica defende um raciocínio circular entre norma e fato e que o sistema jurídico é aberto, e não fechado, a receber, portanto, influência da realidade fática. Para a teoria hermenêutica, o sistema jurídico não se esgota em si mesmo, mas é mutável a partir das alterações ocorridas na vida real (KAUFMANN, 2002).

Para Hesse (1992), o procedimento de concretização se dará por meio de uma atuação tópica e orientada pela norma com a finalidade de encontrar diversos pontos de vista (inclusive contrários entre si) que venham a fundamentar a decisão a ser tomada. Sempre que estes pontos de vista contenham premissas objetivamente adequadas e fecundas, apontarão consequências que levam à solução do problema.

Hesse (1992) exclui da descrição do intérprete os *topoi* que deva utilizar: de um lado, o intérprete apenas pode utilizar os *topoi* relacionados com o problema; de outro lado, será obrigatória a inclusão dos elementos de concretização que a própria norma lhe proporciona, assim como das diretrizes que a legislação contém.

Nesse particular, para Kaufmann (2002), toda a interpretação inovadora procede analogicamente. Para ele, o aplicador do direito progride lentamente dos grupos de casos fáceis que caem no âmbito de aplicação de uma norma para os casos difíceis.

Enfim, na teoria hermenêutica, a compreensão da norma não é um fenômeno estático e objetivo, mas um evento real, que envolve o intérprete e suas pré-compreensões baseadas em sua experiência de vida.

A função da interpretação é superar tanto a distância temporal entre o ontem e o hoje, como a diferença entre a universalidade da norma e a singularidade dos casos fáticos (VIOLA; ZACCARIA, 2004).

Hermenêutica, então, seria o colocar-se “entre”, empenhar-se na arte de mediação entre elementos de natureza diversa.

Daí se passar a compreender que o juiz, não apenas no sistema do *common law*, é organicamente investido de uma função produtiva de novo direito, eis que a lei não é mais auto-suficiente.

É esta compreensão que passa a ser difundida pela teoria hermenêutica alemã e pela quase totalidade dos filósofos e teóricos do direito. A tarefa do juiz é precisamente valorar no caso singular os conflitos de valores e de interesses que o legislador haja disciplinado, ou ainda que não o haja feito, num plano universal, e assim materializar as previsões normativas em decisões.

No entanto, a pluralidade de interpretações, que surge a partir da circunstância de que a interpretação não é uma atividade mecânica e, assim, não é única, mas criativa, e, portanto, múltipla (possibilidade de existência de mais de uma “boa” interpretação), põe em risco a necessária exigência de previsibilidade da interpretação jurídica.

O fato de serem atribuídos ao intérprete amplos poderes não pode significar a sua utilização de modo arbitrário. O comportamento do intérprete deve se dar segundo critérios racionais e controláveis. A única alternativa que resta, então, é tentar colocar sob controle teórico o espaço que se abre ao intérprete.

Kaufmann (2002), no entanto, contesta que o afastamento do esquema sujeito-objeto no processo de conhecimento implique uma aproximação ao subjetivismo, sendo temperado pela referência à tradição.

Apesar dessa posição de rejeitar o subjetivismo, não se pode afirmar que a hermenêutica jurídica possa proporcionar um meio absolutamente previsível e controlável de se interpretar o direito. Afinal, como tantas vezes já afirmado pelos teóricos, o direito não é uma equação matemática.

Por isso, e na verdade, a previsibilidade e controlabilidade absolutas da interpretação jurídica não são um objetivo a ser perseguido pela hermenêutica. Aliás, o próprio Kaufmann

(2002) admite que a interpretação de uma norma dirigida a um caso possa conduzir a diversos resultados.

Nesse sentido é que Hesse (1992) fala de *racionalidade possível*, dada a impossibilidade de se alcançar uma racionalidade absoluta, sob pena de se retornar ao raciocínio dogmático.

Schroth (2002) se pergunta até que ponto a hermenêutica filosófica trouxe à luz novos conhecimentos para a teoria da interpretação jurídica. E responde ressaltando a importância de as idéias hermenêuticas terem tornado transparentes as limitações das regras metodológicas da interpretação tradicionais e de terem demonstrado que aos resultados da compreensão é sempre imanente um momento criativo.

Assim, para a hermenêutica, é plenamente possível a existência de mais de uma solução para uma questão jurídica (SCHROTH, 2002, p. 386).

O resultado da compreensão de normas jurídicas depende sempre também das regras, perspectivas e expectativas normativas que o intérprete interiorizou. A doutrina do condicionamento da compreensão pela pré-compreensão também abrangerá o chamado “dilema da confirmação” (Stegmüller). Frequentemente, é possível encontrar, na ciência jurídica, para diferentes hipóteses interpretativas, argumentos e contra-argumentos igualmente bons. Nestes casos, a decisão sobre qual das hipóteses interpretativas se deve seguir é deixada à intuição do intérprete, guiada pela pré-compreensão.

Viola e Zaccaria (2004, p. 113) apontam que a ausência de uma hierarquia predefinida entre valores em conflito importa que a escolha entre qual deve prevalecer se determina face às situações singulares, por meio da utilização do círculo hermenêutico. Este procedimento “não difere minimamente do método de tentativa e eliminação de erros, do método *trial and error*, que, segundo Popper, constitui por excelência o procedimento metodológico das ciências (Popper 1970a e 1970b)”⁸.

E, por fim, ainda segundo Viola e Zaccaria (2004, p. 115), a hermenêutica permite que a dogmática reconquiste um espaço novo em uma relação mais estreita com a práxis e com os casos concretos: “a sua função e o seu significado se redefinem na moldura de um conceito de ciência mais aberto a ponto de acolher no seu interior sejam os juízos de valores, seja o próprio sujeito interpretante”⁹.

⁸ No original: “*Non differisce minimamente dal metodo per tentativi ed eliminazione degli errori, dal metodo per trial and error, che, secondo Popper, costituisce per eccellenza il procedimento metodologico delle scienze*”.

⁹ No original: “*La sua funzione e la sua portata si ridefiniscono nella cornice di un concetto di scienza più aperto ad accogliere al suo interno sia i giudizi di valore sia il soggetto interpretante*”

Apesar da função central da hermenêutica na contínua adaptação dos textos normativos à realidade fática, a dogmática conservaria uma função ordinativa e de controle.

2.5 Legalidade e poder normativo das agências reguladoras

Just (2009) problematiza a noção do princípio da legalidade a partir do subjetivismo que se posiciona de forma intrínseca nas interpretações humanas. “A doutrina raramente coloca expressamente essa questão preliminar, dando sinais de que pressupõe a sua simplicidade”. Adverte, ainda, que “os aplicadores com frequência tratam o princípio da legalidade como se fosse uma coisa realmente simples, ou pelo menos como se fosse algo a cujo respeito fosse possível chegar a conclusões muito seguras”.

No entanto, o princípio da legalidade administrativa é algo profundamente problemático. Para Just (2009, p. 239), a sua

aplicação envolve, em última análise, um juízo interpretativo concreto e circular, um problema cuja complexidade a dogmática não conseguiu, ao contrário do que fez em outros setores, neutralizar por meio de elementos conceituais e de classificações que tornassem essa aplicação controlável e previsível, numa medida razoável.

A referência ao princípio da legalidade pode servir, sim, para resolver inúmeras controvérsias surgidas no âmbito da atuação administrativa, que serão aqueles casos em que é possível uma aplicação direta da modelagem estabelecida em lei aos fatos concretos.

No entanto, também é certo que remanescerá um espaço bastante vasto em que as questões de Direito Administrativo não poderão ser resolvidas com uma simples referência mágica ao dogma do princípio da legalidade.

Para Engisch (2008, p. 207), apesar de o princípio da legalidade da atividade jurisdicional e administrativa se manter intocado, as leis são elaboradas de tal modo que o aplicador do direito não apenas descobre e fundamenta as suas decisões apenas por meio da subsunção de conceitos jurídicos fixos, “mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e a agir de um modo semelhante ao do legislador. E assim continuará a ser no futuro. Será sempre questão apenas duma maior ou menor vinculação à lei”.

Essa referência ao princípio da legalidade se torna mais frágil quando se observa a questão do poder normativo das agências reguladoras, já que, atualmente, tem sido comum os diplomas legislativos traçarem parâmetros amplos de atuação, abrindo largo espaço para a discricionariedade técnica das agências.

Como já falado, muito se discute a respeito da extensão do poder normativo das agências reguladoras, sendo impossível falar em consenso na doutrina brasileira a respeito dos limites que se impõem sobre a sua produção normativa.

Na verdade, uma das razões da instituição das agências reguladoras foi a constatação de que, para manter a livre e equilibrada concorrência, necessitava-se da criação de um instrumento de edição de normas que conseguisse acompanhar a dinâmica acelerada dos setores econômicos, estabelecendo regras com a agilidade necessária. Agilidade, esta, que não poderia ser esperada do Poder Legislativo, que não possui nem o conhecimento detalhado do setor regulado, nem a agilidade suficiente para editar normas.

Assim é que, ontologicamente, se espera das agências reguladoras o desenvolvimento de regras, com base em lei, mas com a finalidade de apresentar soluções racionais, gerais e uniformes para as diversas situações fáticas que surjam.

É certo que o desenvolvimento dessas regras encontrará *pontos de apoio* em leis, mas o seu conteúdo será definido pelas agências com uma certa margem de liberdade, visando a dar soluções justas para os casos concretos.

Nesse sentido é que são necessárias as audiências e consultas públicas prévias à formação da norma regulatória, as primeiras destinadas a colher as impressões dos agentes interessados a respeito da melhor norma possível; as segundas, a obter a visão técnica de especialistas. Fala-se, até, em produção normativa consensual, já que os agentes que serão regidos pela norma participam de sua formação.

A atividade das agências reguladoras, portanto, na prática, se posiciona muito além da simples aplicação de vontades pré-estabelecidas, seja porque o Poder Legislativo não dispõe de conhecimentos específicos sobre o setor regulado, seja porque não teria condições de apresentar todas as soluções para os problemas que surgiriam nos setores regulados no futuro.

Em verdade, se assim não fosse, sequer seriam necessárias as audiências públicas prévias à edição de normas regulatórias, nas quais os agentes interessados participam ativamente da formação da norma, expondo as suas visões: a norma a ser aplicada já estaria posta a partir da publicação da lei ou decreto no Diário Oficial.

Diante desse contexto é que Moncada (2002, p. 21) fala na crise da concepção clássica da legalidade administrativa, já que a ação normativa da Administração já não mais se apresenta como uma mera execução de lei, mas como o seu desenvolvimento face ao evoluir das relações jurídicas.

Estão pois maduras as condições para se poder afirmar que o entendimento clássico da legalidade administrativa está em crise. Para este, a acção administrativa justificava-se enquanto execução fidedigna da lei por aí se medindo a sua legitimidade de base nessa mesma medida democrática. Sucede, contudo, que a complexidade da moderna acção administrativa, a que já se aludiu, modificou por dentro o alcance da legalidade administrativa ao mesmo tempo que colocou em novos moldes a questão da legitimidade da actividade administrativa, como não podia deixar de ser. A moderna acção administrativa não pode configurar-se como uma mera execução da lei e por assim ser não pode esperar-se que a lei seja a única fonte de sua legitimidade. Carece pois a moderna actividade administrativa de novas fontes de legitimidade capazes de lhe emprestar uma remozada dignidade.

Portanto, é correto afirmar-se que a produção normativa das agências reguladoras possui diferenças em relação ao direito legislativo do Estado-nação típico do *civil law* (aplicação aos casos concretos em modo silogístico: se A, então deve ser B).

Segundo parcela da doutrina, ela se assemelharia à atividade do juiz dos sistemas de *common law*.

A propósito, para La Spina e Majone (2000, p. 65, tradução nossa), a atividade das agências é bastante próxima a dos juízes da *common law* porque se teria um sujeito politicamente neutralizado, munido de poder normativo, que fixa normas por meio da observação dos casos concretos e tendo em consideração as conseqüências de suas decisões tanto sobre os casos concretos, quanto sobre casos iguais.

A regulação por meio de agências reguladoras, em razão de se caracterizar como um governo por meio de regras, manifesta sensíveis diferenças em relação ao direito legislativo do Estado-nação típico dos ordenamentos de *civil law*, aplicado aos casos concretos (oficialmente) de forma silogística, e, portanto, rígida, insensível às conseqüências das decisões (sobre esse ponto, por todos, Aubert, 1963; Luhmann, 1974). A regulação é certamente mais próxima à atividade do juiz da *common law*, sujeito politicamente neutralizado, munido de poder normativo, que fixa regras por meio da observação dos casos concretos e tendo em consideração as conseqüências de sua decisão tanto sobre o caso concreto, quanto sobre casos iguais. Não é por acaso, de fato, que logo os Estados Unidos da América sejam o país onde o fenômeno das agências reguladoras seja mais notavelmente consolidado¹⁰.

¹⁰ La Spina e Majone (2000, p. 65): “La regolazione tramite AR, pur caratterizzandosi come ‘un governo attraverso regole’, manifesta sensibili differenze rispetto al diritto legislativo dello Stato-nazione tipico degli ordinamenti di civil law, applicato ai casi concreti (ufficialmente) in modo sillogistico, e pertanto rigido, insensibile alle conseguenze delle decisioni [sul punto, per tutti, cfr. Aubert 1963; Luhmann 1974]. Essa è certamente più vicina all’attività del giudice di common law, soggetto politicamente “neutralizzato”, munito di potere normativo, che fissa regole osservando casi concreti e tenendo in considerazione le conseguenze della sua decisione tanto sul caso concreto, quanto su casi uguali. Non è accidentale, infatti, che proprio gli Stati Uniti siano il paese ove il fenomeno delle AR è più notevole consolidato”.

Cassese (1996, p. 217, tradução nossa) também visualiza esta aproximação da atividade das agências com a dos juízes da *common law*:

O direito deles não é o produto normativo de grupos políticos que decretam, em representação ao povo, mas o resultado da pesquisa teórica antes de juristas e administradores do que de legisladores, é resultado de uma vasta, contínua e espontânea colaboração entre juízes e jurisdicionados, por meio da utilização de normas tácitas, usos, convenções, critérios gerais, que resultam menos discricionárias e menos ameaçadoras à liberdade individual do que a atividade normativa do poder público¹¹.

Como afirma Shapiro (1988), os atos normativos das agências reguladoras nem sempre podem ser avaliados sob o prisma estrito da legalidade, eis que, no mais das vezes, as leis não fornecem elementos seguros para que seja aferida a correção de todo o seu conteúdo, nem, de outro lado, existe um método objetivo de definição do que seja o interesse público.

Diante desse impasse, Shapiro defende (1988, p. 5) que se deve privilegiar a validade da norma regulatória, formada por meio do processo dialético¹².

Nesse ambiente, o que deve resultar claro é que, o exercício do poder normativo pelas agências reguladoras não está imune à interferência de valorações e preferências pessoais. Aliás, a pretensa tecnicidade de suas decisões já é, hoje em dia, veementemente refutada pela doutrina.

Justen Filho (2002, p. 364), por exemplo, pontua que as “decisões técnicas refletem escolhas políticas, de modo necessário e inevitável”. E, mais adiante, pondera que as opções exercitadas pelas agências envolvem a alocação de recursos vultosos. “Portanto, a atuação das agências é permeada de relevância político-econômica, o que acarreta a ausência de neutralidade científica”.

Na mesma linha se coloca a posição de La Spina e Majone (2000, p. 61), para quem a independência das agências se refere à política partidária, mas não aos interesses dos agentes

¹¹ Cassese (1996, p. 217): “*Il loro diritto non è il prodotto normativo di gruppi politici che decretano in rappresentanza del popolo, ma il frutto della ricerca teorica di giuristi e di amministratori, invece che di legislatori, è frutto di una vasta, continua e spontanea collaborazione tra giudici e giudicati, che fa ricorso a norme tacite, usi, convenzioni, criteri generali, che rendono meno discrezionale e meno rischiosa per le libertà individuali l’attività normativa del potere pubblico*”.

¹² Shapiro (1988, p. 5): “*They [the political theorists who propounded pluralist or polyarchical views] did argue, however, that there was no universally accepted logical or scientific procedure for determining the good and relatively little consensus on what the good was. Each group would have its own necessarily incomplete and somewhat distorted vision of the public good. Given these realities, and as a second-best solution in the absence of universally agreed right policies, the pluralists were driven toward a proceduralist criterion as a working standard for public policy. Those public policies were to be considered correct that were arrived at by a process in which all relevant groups had actively participated, each with enough political clout to insure that its views had to be taken into account by the ultimate decision makers*”.

regulados. Não há, portanto, como se associar a atuação das agências reguladoras a *objetividade, mera tecnicidade, neutralidade ou caráter apolítico*.

2.6 Conclusão

Enfim, o que se pretendeu demonstrar foi a inexistência do pretenso caráter objetivo das escolhas realizadas pelas agências reguladoras.

Caso se tome uma concepção mais estrita da legalidade, nem assim seria tranqüila a identificação do que seja a “fiel execução de lei”.

De outro lado, caso se opte por uma concepção de legalidade mais flexível, aí, sim, é que imperará uma subjetividade ainda maior nas opções a serem feitas pelas agências reguladoras.

Se a produção normativa das agências está cada vez mais se posicionando para além de uma legalidade estrita, representando, em verdade, na prática, a especificação de padrões estabelecidos de forma bastante ampla nas leis, é pertinente concluir que o *procedimento* não pode ser a única forma de controle para se garantir a segurança dessas opções.

Daí já se torna imprescindível a estruturação de mecanismos de controle para aferir a justeza e correção dessas opções regulatórias, as quais, no mais das vezes, possuem caráter verdadeiramente redistributivo (como é o caso da fixação de tarifas, estabelecimento de encargos tarifários, etc.), com a única diferença em relação à tributação no sentido de que, aqui, os recursos angariados não passam pelo orçamento fiscal.

O que pode restar claro ao final do presente capítulo é que, mesmo que a atividade normativa se resumisse à “fiel execução de lei”, ainda assim a sua atividade não seria seguramente objetiva e de fácil controle frente às leis. Em se admitindo que as agências desenvolvem sua atividade normativa “a partir da lei”, tem-se, então, um grau muito menor de objetividade a ser aferido.

A controlabilidade dos atos normativos das agências, assim, não pode possuir uma mera referência formal à legalidade, mas deve revolver, sob o ponto de vista *técnico*, as escolhas supostamente técnicas realizadas.

Como se verá mais adiante, o exercício de um efetivo controle sobre a atividade normativa das agências apenas pode ser realizado por quem tenha conhecimento suficiente para compreender e valorar o ambiente do conhecimento em que as decisões regulatórias são tomadas.

3. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

3.1 Déficit democrático das agências

O aparecimento das agências reguladoras trouxe a necessidade de se questionar a respeito de sua legitimidade. Isso porque, em regimes democráticos, é princípio fundamental que as decisões mais importantes para os destinos da sociedade sejam tomadas por representantes eleitos.

A regra é que o Parlamento fixe direções políticas por meio de leis, as quais deverão ser cumpridas pelo Poder Executivo. Tal representatividade deverá estar presente principalmente quando se tratar de decisões de caráter redistributivo.

É que, como o Poder Executivo figura como mero administrador dos bens e interesses públicos, não tem sobre eles livre disponibilidade. A disposição de bens e interesses públicos compete ao Poder Legislativo, por meio da edição de leis formais.

No Brasil, tal modelo se encontra constitucionalmente estabelecido, conforme se observa dos artigos 37, incisos, 49, incisos, e 84, incisos, da Constituição Federal de 1988.

O questionamento a respeito da legitimidade das agências surge a partir da percepção de que elas dispõem de amplos poderes, nem tanto atrelados à fiel execução de lei, assim como de que o exercício desses amplos poderes pode, no mais das vezes, possuir caráter redistributivo de recursos entre os diversos segmentos da sociedade.

Esse caráter redistributivo de recursos por meio de atos das agências reguladoras, apesar de poder encontrar um longínquo fundamento em lei, não encontra todos os seus elementos nela definidos.

Tal ocorre, por exemplo, quando as agências, na gestão de serviços públicos, fixam as tarifas a serem praticadas pelos concessionários prestadores do serviço e estabelecem as cotas e a responsabilidade pelo pagamento dos encargos setoriais, que se encontram genericamente previstos em lei.

Diferentemente do que ocorre no Direito Tributário, no qual se exige que todos os elementos das exações se encontrem previamente definidos em lei (legalidade estrita: sujeito passivo, base de cálculo, alíquotas, etc.), na gestão de serviços públicos as agências reguladoras atuam com grande margem de liberdade em relação à lei.

E não se pode negar que a fixação de tarifas e de encargos setoriais possui eminente caráter redistributivo, seja entre classes de consumo, seja entre consumidores e concessionários prestadores do serviço.

Esse caráter redistributivo também se revela presente quando as agências reguladoras atuam na regulação de atividades econômicas, ao imporem ônus sobre determinados segmentos em detrimento de outros.

A questão que surge é que a tomada dessas decisões por sujeitos dotados de qualificação técnica, a qual, como já visto, não se comporta dentro de limites absolutamente neutros, traz o risco de captura por interesses concentrados e fortes de segmentos econômicos em detrimento dos interesses difusos e frágeis da sociedade (MANETTI, 2007)¹³.

A questão se torna mais saliente quando se observa que as agências reguladoras, como autarquias especiais, não se submetem à fiscalização hierárquica do chefe do Poder Executivo e, ainda, possuem dirigentes no exercício de mandatos com prazos fixos.

Segundo Melo (2001), a crítica fundamental ao modelo de agências independentes baseia-se essencialmente nos efeitos perversos do insulamento burocrático e em seu déficit democrático.

Assim, sua autonomia e independência representariam uma ameaça ao interesse público na medida em que agentes não eleitos tomam decisões relevantes para a sociedade.

Para Melo (2001), o fato de os agentes reguladores não serem eleitos torna particularmente relevante a análise das relações entre representação e responsabilização, a exigir controle democrático sobre a atuação das agências.

A responsabilização seria a variável decisiva: alta delegação sem responsabilização geraria ineficiência; baixa delegação sem responsabilização, ineficiência.

De acordo com essa visão, o controle da atividade das agências se destina a conferir legitimidade democrática à atuação de agentes não-eleitos pelo povo. Em sentido oposto, a ausência de controle retira a legitimidade da atuação das agências.

As idéias de Melo (2001) se alinham ao pensamento de Diniz (1997), para quem o grande desafio no terceiro milênio é a sustentabilidade da democracia em uma ordem globalizada.

Alcançar a estabilidade a longo prazo exigiria a superação das três modalidades de déficits historicamente acumulados: o déficit de inclusão social, o déficit de capacidade de produzir resultados socialmente desejados e o déficit de *accountability* (DINIZ, 1997).

¹³ MANETTI, 2007, p. 19: “*Il vuoto lasciato dall’assenza della politica, ossia dalla precisa formulazione degli interessi pubblici, rischia di essere riempito dall’attenzione unilaterale alle esigenze dei soggetti forti, che sono in grado di svolgere le pressioni più efficaci. Ciò richiede che il legislatore dia esplicita sanzione alla rilevanza degli interessi deboli e che eventualmente stimoli la loro capacità di attivarsi*”.

A concentração do poder técnico não seria suficiente para superar tais dificuldades. Seria preciso levar em conta a dimensão política da reforma do Estado, superando a estreiteza da abordagem puramente administrativa e a rigidez do enfoque fiscalista.

A ênfase nos aspectos políticos implicaria a ruptura com o isolamento burocrático, promovendo-se o fortalecimento das conexões do Estado com a sociedade e com as instituições representativas, expandindo também os mecanismos de *accountability*, os procedimentos de cobrança e de prestação de contas, os meios de controle externo, a transparência e a publicização dos atos do governo.

Justen Filho (2002, p. 36) concorda que a ausência de legitimidade democrática das agências pode conduzir a desvios na regulação.

A produção de regulação fundada apenas em considerações técnicas pode comprometer a legitimação política das decisões adotadas. A instituição de agências afasta o processo decisório do âmbito do princípio da soberania popular, propiciando o surgimento de núcleos de poder infensos à influência das escolhas dos governados.

Na literatura estrangeira, partilhando das mesmas preocupações com o déficit democrático, Moreira e Mações (2003, p. 42) concordam que as agências reguladoras suscitam problemas em relação aos princípios do Estado de Direito democrático. Pontuam que as autoridades independentes norte-americanas e inglesas constituiriam um fenômeno normal no sistema de *common law*, mas “nos regimes administrativos de tipo continental, como o nosso, as AAI representam uma espécie de corpo estranho”.

Ademais, um dos princípios básicos dos Estados de direito nos sistemas continentais seria o poder de direção do governo sobre a Administração. Ao disporem de independência em relação ao Poder Executivo, a instituição das agências reguladoras não se amoldaria ao sistema administrativo continental, “assente nos princípios da hierarquia e superintendência dos órgãos superiores em relação aos inferiores, nem com o princípio da ‘direcção governamental da administração’” (MOREIRA; MAÇÕES, 2003, p. 43).

Com bastante precisão, Moreira e Mações (2003, p. 44) dissecam as relações entre governo e agências.

De um lado, a administração independente (modelo de agências) implicaria a retirada da responsabilização do Governo pelo setor da economia a ela submetido. Realmente, o governo eleito não poderia ser responsabilizado pela atuação da agência, já que não pode destituir os seus membros nem exercer controle de mérito sobre os seus atos.

De outro lado, a desvinculação destas entidades de qualquer orientação política do Poder Executivo, com a ruptura com o circuito democrático e a representação política, exigiria a procura de uma nova e diversa legitimação.

Martinez (2002, p. 81, tradução nossa), a sua vez, aponta que o sistema de autoridades independentes suscita críticas importantes mesmo na Inglaterra e nos Estados Unidos, inclusive quanto à sua legitimidade e ausência de mecanismos efetivos de controle político.

As principais críticas se referem à falta de informação sobre os quangos, à ausência de mecanismos efetivos de controle político e a legitimidade desses organismos. Isto é, são críticas que se centram no déficit democrático do sistema de quangos, porquanto na democracia o exercício do poder deve ser público, e nos quangos não é assim, e um organismo encarregado de exercer uma função pública deve responder politicamente a respeito dela, e os quangos não respondem politicamente perante ninguém.

Aliás, o tema da legitimidade das agências tem sido exaustivamente debatido principalmente nos Estados Unidos. Muitos dos argumentos que são levantados atualmente na Europa para criticar ou defender a independência das agências já foram formulados no curso do debate norte-americano, o qual, assim, forneceria uma útil referência histórica à discussão atual (LA SPINA; MAJONE, 2000).

Para La Spina e Majone (2000, p. 173, tradução nossa)¹⁴, a Constituição norte-americana incorpora princípios inspirados na teoria madisoniana (separação e divisão de poderes, mecanismos de freios e contrapesos, veto presidencial, etc.) e isso explicaria porque nesse país as agências reguladoras independentes tenham surgido antes de em qualquer outro lugar.

A despeito desses precedentes e de uma filosofia institucional geralmente favorável, ainda assim uma série de dúvidas continua a ser levantada a respeito da legitimidade democrática de instituições não majoritárias. A persistência dessas dúvidas mostra a complexidade do tema, mas também a firmeza do paradigma que equipara a democracia ao princípio majoritário.

A propósito, segundo o Comitê Brownlow, instituído pelo Presidente Franklin Roosevelt em 1936, as agências independentes seriam governos independentes *em miniatura* que cuidariam de diferentes setores de forma descoordenada, o que violentaria a teoria fundamental da Constituição americana, “segundo a qual apenas devem existir três poderes, e somente três” (LA SPINA; MAJONE, 2000, p. 173, tradução nossa).

¹⁴ LA SPINA e MAJONE, 2000, p. 173: “A dispetto di questi precedenti e di una filosofia istituzionale generalmente favorevole, continuano comunque ad essere sollevati una serie di dubbi sulla legittimità democratica delle istituzioni non maggioritarie. La persistenza di tali dubbi mostra la complessità del tema, ma anche la tenacia del paradigma che equipara la democrazia al principio maggioritario”.

De início, portanto, a crítica era no sentido de que as agências configurariam um quarto poder.

Com o passar do tempo, tratou-se de garantir que a independência dessas autoridades fosse relativa, já que sua criação se dava por lei editada pelo Parlamento e os limites de sua atuação, ainda que em grandes linhas, também se encontravam definidos em lei.

A diferença fundamental – percebida pela doutrina norte-americana – entre agências independentes e os outros órgãos do Poder Executivo era que aquelas atuavam fora da hierarquia presidencial e os seus dirigentes não podiam ser removidos em razão de desacordo com a política do governo (LA SPINA; MAJONE, 2000).

De outra parte, e ainda se considerando a experiência americana, mas agora sob o prisma econômico, vários autores colocaram a regulação econômica sob fogo cerrado a partir da década de 1970, podendo-se realçar a reação da teoria econômica da regulação da Escola de Chicago.

Stigler (2004) desenvolveu a tese de que a falta de legitimidade democrática das agências possibilita a captura pelos setores regulados. Com base em dados econômicos da regulação da *Interstate Commerce Commission* (ICC), afirma que, em regra, a regulação é adquirida pela indústria regulada, além de concebida e operada em seu benefício.

Posner (2004), a sua vez, afirmava que as características básicas dos serviços públicos de infra-estrutura e transporte público nos EUA podem ser explicadas não pela teoria da captura, mas pela teoria segundo a qual a regulação é estruturada para conceder benefícios a grupos de consumidores politicamente efetivos, o que se dá às custas de grupos desorganizados, em sua maioria também de consumidores.

Ou seja, a falta de legitimação democrática das agências e a observação de que, na prática, isso poderia conduzir a desvios indesejáveis na regulação econômica, como é o caso da captura, suscitou na doutrina a necessidade de serem estabelecidos eficazes mecanismos de controle sobre as suas atividades, notadamente a normativa.

Em resumo, a preocupação da doutrina pode ser bem resumida nas palavras de Manetti (2007, p. 8, tradução nossa)¹⁵:

¹⁵ Manetti, 2007, p. 8: “*L’isolamento di un settore dall’influenza della politica – e quindi dalla sintesi degli interessi generali che viene normalmente operata dagli organi rappresentativi – dischiude in verità prospettive diverse. Da una parte c’è il rischio che la complessità sia gestita in modo unilaterale, tenendo conto solo di determinati valori: per esempio, che l’efficienza del mercato si identifichi con gli interessi delle imprese, dimenticando quelli dei consumatori.*”

O isolamento de um setor da influência política – e, assim, da síntese dos interesses gerais que surgem a partir dos órgãos representativos – descortina perspectivas diversas.

De uma parte existe o risco de que a complexidade seja gerida de modo unilateral, tendo em conta apenas determinados valores: por exemplo, que a eficiência do mercado se identifique com os interesses das empresas, esquecendo os interesses dos consumidores.

Ao passo seguinte, resta saber as alternativas que foram procuradas para se atribuir legitimidade às agências, assim como controlabilidade aos seus atos.

3.2 Em busca da legitimidade

Os doutrinadores mais entusiastas da capacidade das agências reguladoras de ordenar setores da economia defendem que o déficit de legitimidade democrática seria compensado por meio da legitimidade tecnocrática.

Conforme Martinez (2002), costumava-se argumentar que as autoridades independentes se legitimariam por sua composição de expertos e pela função técnica.

No entanto, como já visto no capítulo anterior, a composição técnica das agências não garante a objetividade das decisões que são por elas tomadas.

Assim é que Martinez (2002) aponta que um outro setor da doutrina tem criticado o chamado “governo dos sábios”, pondo em dúvida que estas sejam capazes de atuar realmente com independência.

Em seguida, passou-se a falar em mecanismos de controle como forma de legitimação da atuação das agências reguladoras independentes.

Majone (1997) defende que a independência e a responsabilização podem ser conciliadas por meio de uma combinação de mecanismos de controle mais do que por meio de uma supervisão exercida a partir de qualquer ponto do sistema político.

Os mecanismos fundamentais seriam os seguintes: objetivos estatutários claros e limitados; exigências de fundamentação de decisões para facilitar o exame judicial; disposições relativas ao devido processo legal para assegurar a participação pública e o equilíbrio entre ganhadores e perdedores de decisões reguladoras; profissionalismo para resistir à interferência externa.

A nova legitimação das agências, ao não derivar da democracia política, poderia ser encontrada na chamada democracia procedimental. O procedimento, ao garantir o contraditório, a transparência, as formas de controle e a participação de todos os interesses envolvidos, ofereceria a alternativa para a legitimação das agências.

A busca de uma nova legitimidade para a ação administrativa, que é encontrada na realização de *procedimentos*, tem o efeito de aproximar os cidadãos do centro decisório (MONCADA, 2002, p. 22).

A propósito, Carbonell Porrás (1996) registra que o APA prevê modalidades de procedimentos regulatórios em que os interessados na edição da norma têm participação ativa na sua elaboração.

Esses procedimentos, que são denominados de *notice-and-comment rulemaking*, proporcionam que o regulamento aprovado reflita as opiniões trazidas pelos interessados e futuros afetados pela norma. No procedimento informal, há um mero intercâmbio documental, ao passo que no formal são promovidas audiências públicas presenciais.

Da agência, para garantir-se a efetividade do procedimento, exige-se a análise de todas as manifestações recebidas da comunidade e a indicação dos motivos pelas quais elas são ou não aceitas.

La Spina e Majone (2000) fazem referência à legitimidade substancial das agências, que consistiria na coerência e racionalidade das normas regulatórias e a capacidade de resolver os problemas dos setores regulados.

De outro lado, a maneira mais eficaz e simples para melhorar a transparência e sindicabilidade dos atos das agências é exigir a motivação de suas decisões e opções regulatórias.

La Spina e Majone (2000) ainda defendem a adoção, no âmbito europeu, de um Código de Procedimento Administrativo, a exemplo do *Administrative Procedure Act – APA* norte-americano, como forma de racionalizar e uniformizar os processos decisórios e normativos das diversas agências reguladoras, o que, inclusive, facilitaria o exercício do controle judicial.

Em conclusão, La Spina e Majone (2000) defendem que, como forma de salvaguardar a sua compatibilidade com as características dos regimes políticos democráticos, as autoridades independentes devem estar submetidas a formas de responsabilidade múltiplas e convergentes, de forma que casos de violações legais ou de inadequada satisfação de suas finalidades sejam adequadamente identificados e sancionados.

No Brasil, como se verá nos capítulos seguintes, que tratam dos controles exercidos pelo Poder Judiciário, Pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, ainda não existe um mecanismo eficaz de controle da atividade normativa das agências.

No entanto, as leis de criação das agências reguladoras já prevêm a necessidade de realização de audiências e consultas públicas previamente à edição de normas.

Nesse sentido, podem ser citados, como exemplo, o art. 4º, parágrafo 3º, da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, o art. 42 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e o art. 19 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que exigem a realização de audiência ou consulta pública em momento prévio à edição da norma regulatória a ser expedida pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL e Agência Nacional do Petróleo – ANP, respectivamente.

Apesar da obrigatoriedade que as agências reguladoras obedecem a um *devido processo legal* previamente à expedição de uma norma regulatória – assim como da observação de que as agências, de fato, têm promovido o aludido *devido processo legal*, com a sistemática realização de audiências e consultas públicas –, é importante ressaltar que, na prática brasileira, isso não tem significado a efetiva participação dos cidadãos no processo regulatório.

Conforme ressalta Cuéllar (2008. p. 110), “é preciso fazer uma ressalva quanto à efetiva participação popular”. Isso porque, conforme levantamento estatístico em que se baseia, quem participa ativamente do processo regulatório de elaboração de normas são as empresas dos respectivos setores, “que aportam investimentos nessa atividade a fim de conquistar proveitos”.

Com base em pesquisa desenvolvida sobre as contribuições da sociedade civil oferecidas em consultas públicas realizadas pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, a qual apontou que a participação concentra-se no grupo que atua diretamente em favor das empresas de telecomunicações, como escritórios de advocacia e empresas de consultoria técnica, Binenbojm (2008, p. 300) reafirma que os procedimentos legitimatórios não são suficientes para que se ultrapasse o déficit democrático das agências.

A ausência de segmentos da sociedade civil que não representam interesses das empresas de telecomunicações conduz à constatação da existência de um verdadeiro déficit democrático a macular a atuação dessas agências. Esta situação indica que, no Brasil, a participação popular na Administração Pública encontra-se em um estágio ainda prematuro de desenvolvimento.

Como visto acima, parte do problema pode ser imputada ao caráter ainda frágil da sociedade civil brasileira.

Portanto, o que se observa é que a participação ativa da sociedade civil nos processos regulatórios é fundamental para se conferir a devida legitimidade democrática às agências.

3.3 O peso da regulação e a análise de custo-benefício

Majone (1997) observa que ausência também a ser observada é que no marco institucional das agências reguladoras em geral, inclusive no caso brasileiro, ainda não há mecanismos procedimentais que condicionem a produção regulatória ao desenvolvimento de análises do tipo custo-benefício da regulação.

Tal controle já existe nos EUA, sendo realizado pelo Poder Executivo por meio do *Office of Management and Budget* (OMB).

A inexistência de um custo direto da regulação para o orçamento do Estado pode propiciar um abuso na edição de normas regulatórias pelas agências, inclusive como forma de afirmação de competências, acentuando o fenômeno da juridificação.

Enfim, as vulnerabilidades acima apontadas levaram à chamada crise do processo regulatório da economia, vista, por alguns, como a falência do Estado intervencionista.

Foi aí que se passou a se falar em desregulamentação de setores econômicos, em prática em algumas áreas dos Estados Unidos da América (EUA) a partir do governo Reagan, assim como também surgiu uma preocupação mais intensa a respeito do impacto da regulação nos setores regulados.

A preocupação se tornou crescente ao se observar que, como anota Bowers (1990, p. 39, tradução nossa), “cada vez mais cidadãos, organizações e empresas começaram a perceber que a formulação e implementação de normas regulatórias frequentemente os afetavam mais diretamente do que a edição de leis”.

Segundo La Spina e Majone (2000)¹⁶, numa tentativa de corrigir as deficiências da atuação normativa das agências, os pesquisadores Robert E. Litan e William D. Nordhaus aventaram a idéia de um “orçamento regulador”.

O orçamento regulador evidenciaria os custos de oportunidade de se adotar uma normatização e, assim, incentivaria a eficiência em termos de custos.

¹⁶ “L’assenza di vincoli di bilancio ha molte importanti conseguenze nel campo della politica regolativa. In primo luogo, né il parlamento né il governo determinano sistematicamente il livello complessivo di attività regolativa per un dato periodo. In secondo luogo, nessun ufficio è responsabile della fissazione di priorità regolative per l’azione dell’esecutivo nella sua globalità. Infine, mentre i programmi di spesa sono regolarmente sottoposti a revisione contabile, ciò non avviene per quelli regolativi. Tentando di risolvere tali problemi, alcuni studiosi della regolazione hanno avanzato l’idea di un ‘budget regolativo’ (Litan e NordHaus 1983), il quale, a partire da un budget nazionale (complessivo, dovrebbe essere predisposto per ciascuna AR. Nelle intenzioni dei proponenti, tale bilancio dovrebbe chiarire i costi di opportunità connessi all’adozione di una data forma di regolazione, favorendo il miglioramento del rapporto costi/efficacia. La considerazione simultanea di tutte le nuove proposte regolative dovrebbe anche consentire la presa in considerazione del loro impatto congiunto su dati settori produttivi e sull’economia nel suo complesso”.

A análise simultânea de todas as novas normas também permitiria que seu impacto conjunto sobre setores específicos e sobre a economia como um todo fosse levado em conta (LITAN; NORDHAUS, 1983).

Essa idéia do orçamento regulador vem sendo aos poucos incorporada a alguns ordenamentos jurídicos.

No âmbito dos EUA, o *Administrative Procedure Act* (APA), de 1946, em seu § 801, já previa que, antes da promulgação de uma norma regulatória, deve existir uma completa análise de custo-benefício de seus efeitos sobre o setor regulado.

Mais recentemente, os EUA criaram ainda o *Office of Management and Budget* (OMB), que se apresentaria como uma câmara de compensação regulatória.

A Portaria n° 12.291, de 17 de fevereiro de 1981, determinou que deveria ser aplicado um teste de custo-benefício a todas as mais importantes regras e normas, dando ao OMB o poder de estabelecer os critérios para determinar quais normas eram as mais importantes.

O campo de ação do OMB foi reforçado ainda mais pela Portaria n° 12.498, de 4 de janeiro de 1985, que exige que cada agência se submeta a um controle de suas políticas regulatórias, metas e objetivos anuais de programa, bem como das informações relativas a todas as ações regulatórias significativas da agência (MARTINEZ, 2002).

A mesma preocupação com o risco de sobrecarga de regulação também se fez presente no Reino Unido, onde, em 2006, foi editado o *Legislative and Regulatory Reform Act* com a auto-declarada finalidade de “remover ou reduzir sobrecargas resultantes da legislação e promover princípios regulatórios”.

Nos termos do artigo 1° desse diploma, sobrecarga regulatória significa um custo econômico, um rito administrativo a ser cumprido, um obstáculo à eficiência ou produtividade ou uma sanção administrativa ou criminal que afete uma atividade legal. E, segundo seu artigo 2°, uma ação regulatória deve ser apenas desempenhada em casos em que se comprove que é necessário agir.

No Brasil, não se pode afirmar que exista uma preocupação institucional com a ocorrência de uma eventual sobrecarga regulatória.

De fato, para a edição de normas, apesar de se exigir legalmente o preenchimento de um procedimento legitimatório, a realização de análise econômica de impacto da regulação não se apresenta com item obrigatório.

Nem existe análise global do impacto da regulação nas empresas e nos cidadãos, seja realizada pelo Poder Executivo, seja pelo Parlamento.

3.4 Conclusão

No Brasil, os procedimentos legitimatórios – audiências públicas, voltadas a colher as impressões dos agentes regulados e consumidores, e consultas públicas, voltadas a colher a visão técnica de peritos na matéria – são imposição legal em relação a algumas agências reguladoras e vêm sendo efetivamente realizados.

A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (artigo 4º, § 3º, da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996), a Agência Nacional do Petróleo – ANP (art. 19 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997) e a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (o art. 42 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997) têm efetivamente promovido audiências públicas presenciais e consultas públicas por intercâmbio documental previamente à edição de normas regulatórias.

No entanto, quando a sociedade civil não está estruturada a ponto de participar tecnicamente do debate, haverá um confronto desigual com os agentes do mercado, os quais certamente disporão de todos os argumentos técnicos a favor de suas posições.

Como já visto acima, caso emblemático é o das revisões tarifárias dos contratos de distribuição de energia elétrica. Essas revisões envolvem elementos tão complexos (parcela A e parcela B da tarifa, empresa de referência, fator X, perdas comerciais, conta de desenvolvimento energético – CDE, contratos de longo prazo, etc.) que, supondo-se que haja um grave erro em sua elaboração pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, ao consumidor leigo não seria dado entender a questão e pleitear a realização da correta revisão.

Apenas a organização da sociedade civil a ponto de dispor de consultoria especializada possibilitaria a defesa de seu ponto de vista, em busca da modicidade tarifária e da qualidade do serviço.

Ou seja, o indivíduo, de forma isolada, não organizado junto aos seus semelhantes, parece não possuir grande importância no contexto do Estado regulador, exatamente em face desse agigantamento normativo.

Dá a especial importância de estruturação mecanismos para controlar a atividade das agências.

Nesse particular, é importante registrar que a produção normativa do Congresso se encontra submetida a eficazes mecanismos de controle concentrado e difuso de constitucionalidade, parâmetro bastante amplo em que se inserem análises de proporcionalidade, razoabilidade e legitimidade.

O controle concentrado de constitucionalidade por meio do STF tem sido bastante exercitado e a possibilidade de deferimento de medida cautelar com efeito vinculante para todos, inclusive poderes públicos, evita a produção de efeitos ilegítimos sem que seja necessário aguardar o final do processo.

No entanto, a produção normativa das agências, que, como visto acima, em quantidade numérica, passa a se sobrepôr à produção legislativa, não possui um controle eficaz de legalidade, aí se incluindo também análise de proporcionalidade, razoabilidade e legitimidade.

Ou seja, a coletividade não dispõe de meios eficazes para se insurgir contra a produção normativa das agências, o que é bastante perigoso.

É perigoso porque a falta de legitimação democrática das agências e a observação de que, na prática, isso poderia conduzir a desvios indesejáveis na regulação econômica, como é o caso da captura, suscitou na doutrina a necessidade de serem estabelecidos eficazes mecanismos de controle sobre as suas atividades, notadamente a normativa.

Vale lembrar que a crítica fundamental ao modelo de agências independentes baseia-se essencialmente nos efeitos perversos do insulamento burocrático e seu déficit democrático. Assim, sua autonomia e independência representariam uma ameaça ao interesse público na medida em que agentes não eleitos tomam decisões relevantes para a sociedade.

Portanto, a coletividade se encontra despida de meios eficazes para combater as normas reguladoras. Não existe meio de impugnação que se revele expedito, que seja apreciado por quem tenha conhecimento da matéria posta sob exame e que essa decisão seja estendida a todos os interessados.

Na verdade, em geral, são fortes as críticas de que as agências reguladoras não estariam tão preocupadas com os interesses dos consumidores, que são basicamente qualidade da prestação do serviço e modicidade tarifária.

Segundo alguns autores, notadamente Stigler (2004) e Posner (2004), a tendência é que, por várias razões, as agências reguladoras passem a se identificar com os setores regulados e a atender suas demandas em detrimento dos consumidores.

Uma das razões, a ser citada meramente para ilustrar a questão, seria a de que o pessoal que trabalha nas agências já trabalhou ou pretende trabalhar nas empresas reguladas, o que ocasionaria uma identificação natural entre regulador e regulado.

4. PODER EXECUTIVO E AGÊNCIAS REGULADORAS

4.1 Autonomia das agências reguladoras

No modelo piramidal de Administração Pública, dominante no continente europeu desde o século XIX e transplantado para o Brasil, o chefe do Poder Executivo possui amplos poderes de intervenção sobre todos os órgãos administrativos.

Para Binenbojm (2008, p. 243),

a lógica de tal regime era baseada na responsabilidade política dos governantes, frente ao parlamento ou diretamente ao povo, pelas ações e omissões administrativas, na medida em que se encontravam habilitados a dirigir, orientar, supervisionar ou controlar as respectivas estruturas da burocracia estatal.

A *unidade administrativa* representaria “verdadeiro instrumento do princípio democrático e em favor da legitimação da Administração Pública”, já que o chefe do Poder Executivo, eleito pelo povo ou pelo Parlamento, conforme o sistema de governo, exerceria controle político sobre os órgãos administrativos (BINENBOJM, 2008, p. 244).

Aragão (2006, p. 341) afirma que a idéia de independência de entes da Administração Pública frente ao chefe do Poder Executivo representa uma mudança de paradigma que possui reflexo na legitimação democrática da atuação desses entes.

A doutrina brasileira costuma apontar que a criação de agências reguladoras independentes representa um rompimento com o modelo piramidal de Administração Pública. Isso se daria por força do elevado grau de autonomia das agências em relação ao chefe do Poder Executivo – quando comparado com os órgãos administrativos e mesmo com as autarquias.

As autoridades ou agências independentes quebram o vínculo de unidade no interior da Administração Pública, pois a sua atividade passa a situar-se em esfera jurídica externa à de responsabilidade política do governo. Caracterizadas por um grau reforçado da autonomia política de seus dirigentes em relação à chefia da Administração central, as autoridades independentes rompem o modelo tradicional de recondução direta de todas as ações administrativas ao governo (decorrente da unidade da Administração). Passa-se, assim, de um desenho piramidal para uma configuração policêntrica. (BINENBOJM, 2008, P. 245).

De fato, as agências reguladoras normalmente gozam de independência orgânica frente à Administração central, que se caracteriza basicamente pela estabilidade de seus dirigentes e pela ausência de controle hierárquico.

No entanto, a ausência de controle hierárquico é uma característica das agências reguladoras enquanto autarquias, e não em razão da especialidade que lhes é atribuída pelo regime jurídico.

Celso Mello (2004, p. 140) anota que hierarquia é o vínculo de autoridade que une órgãos superiores e inferiores, em degraus, em relação de autoridade: “os poderes do hierarca conferem-lhe uma contínua e permanente autoridade sobre toda a atividade administrativa dos subordinados”¹⁷.

A descentralização, por meio da criação de autarquias, já representa o rompimento da unidade da Administração Pública e significa que não há vínculo hierárquico entre a Administração Central e a autarquia.

Não existindo vínculo hierárquico, não se encontra presente, na relação entre Administração central e autarquia, a *fiscalização hierárquica*: “o que passa a existir, na relação entre ambas, é um poder chamado *controle*”, ou *supervisão ministerial* (MELLO C., 2004, p. 141).

A fiscalização hierárquica é um instrumento permanente, pode ser realizado de ofício e é inerente à organização administrativa tradicional.

O *controle*, ou *supervisão ministerial*, a sua vez, significa a interferência que a Administração central deve-pode exercer na atividade da autarquia e, diferentemente da fiscalização hierárquica, não é presumido e só existe conforme a extensão e limite previstos em lei.

Para Di Pietro (2002, p. 643), o *controle* ou *supervisão ministerial* que é exercido sobre as autarquias é um meio atenuado de controle administrativo e se resumiria “ao controle finalístico da Administração que as instituiu”. Já a fiscalização hierárquica, que pressupõe subordinação, admite o controle pleno do órgão inferior.

Os objetivos do controle sobre a atividade das autarquias são basicamente fiscalizar o cumprimento de suas obrigações legais e enquadrar a sua atuação com as políticas traçadas pelo governo.

¹⁷ Celso Mello (2004, p. 141): “Tais poderes consistem no (a) poder de comando, que o autoriza a expedir determinações gerais (instruções) ou específicas a um dado subalterno (ordens), sobre o modo de efetuar os serviços; (b) poder de fiscalização, graças ao qual inspeciona as atividades dos órgãos e agentes que lhe estão subordinados; (c) poder de revisão, que lhe permite, dentro dos limites legais, alterar ou suprimir as decisões dos inferiores, mediante revogação, quando inconveniente ou inoportuno o ato praticado, ou mediante anulação, quando se ressentir de vício jurídico; (d) poder de punir, isto é, de aplicar as sanções estabelecidas em lei aos subalternos faltosos; (e) poder de dirimir controvérsias de competência, resolvendo os conflitos positivos (quando mais de um órgão se reputa competente), e (f) poder de delegar competências ou de avocar, exercitáveis nos termos da lei”.

Assim, é correto afirmar que a autarquia dispõe de direitos oponíveis à Administração central, podendo ser controlada apenas conforme a extensão e os limites expressamente estabelecidos em lei, assim como obrigações de se desincumbir das atribuições atribuídas legalmente.

Para Di Pietro (2002, p. 368),

Esse duplo aspecto da autarquia – direito e obrigação – dá margem a outra dualidade: independência e controle; a capacidade de auto-administração é exercida nos limites da lei; da mesma forma, os atos de controle não podem ultrapassar os limites legais.

A propósito, atualmente se considera que as pessoas jurídicas de direito público são sujeito ativo de direitos fundamentais, notadamente daqueles de espécie procedimental (BRANCO, 2002, p. 165).

Portanto, as agências reguladoras, como autarquias que são, estão isentas de controle hierárquico a ser exercido pelo chefe do Poder Executivo.

Como afirma Celso Mello (2004, p. 160), a *independência administrativa* a que se referem as leis de criação das agências reguladoras são elementos naturais de todas as autarquias, “nada acrescentando ao que lhes é inerente. Nisto, pois, não há peculiaridade alguma; o que pode ocorrer é um grau mais ou menos intenso destes caracteres”, a serem definidos nas respectivas leis de criação.

Para Celso Mello (2004, p. 160), então, quanto à autonomia, o que diferencia as agências reguladoras das autarquias comuns é apenas o exercício de mandato pelos seus dirigentes, os quais não podem ser exonerados *ad nutum*.

Assim, o único ponto realmente peculiar em relação às generalidade das autarquias está nas disposições atinentes à investidura e fixidez do mandato dos dirigentes destas pessoas, e que se contém nos arts. 5º e parágrafo único, 6º e 9º da Lei 9.986, de 18.7.2000 (que dispõe sobre a gestão dos recursos humanos das agências reguladoras), alterada pelas inconstitucionais Medidas Provisórias 2.216-37, de 31.8.2001, e 2.229-43, de 6.9.2001, e Lei 10.470, de 25.6.2002.

Na mesma linha, Di Pietro (2002, p. 400) defende que a *inovação* das agências reguladoras é muito menor do que possa parecer à primeira vista, “porque já existem, no direito brasileiro, muitas entidades, especialmente autárquicas, com maior dose de independência em relação ao Poder Executivo”, inclusive em algumas dessas entidades os dirigentes possuem mandato fixo, “não podendo ser livremente exonerados pelo Poder Executivo”.

A maior autonomia das agências reguladoras, então, se revela em face do Poder Executivo, já que se submetem aos mesmos controles legislativo e judicial a que se encontram submetidas as demais pessoas jurídicas de direito público. E essa autonomia se revela primordialmente no impedimento imposto ao chefe do Poder Executivo de exonerar os dirigentes das agências reguladoras.

Segundo Longo (1996, p. 14), o estabelecimento de mandatos para os dirigentes das agências teve a finalidade de buscar conferir blindagem da atuação regulatória às interferências político-partidárias, principalmente por parte da chefia do Poder Executivo.

É evidente que essa perda de poder por parte do Poder Executivo – relativa à livre exoneração dos dirigentes – não se deu exclusivamente na tentativa de se garantir um gerenciamento técnico da regulação.

Conforme a percepção de Manetti (2007, p. 10), a blindagem das agências se deu também com a finalidade de retirar da chefia do Poder Executivo a tomada de decisões controversas ou impopulares, como o são, por exemplo, os reajustes de tarifas dos serviços públicos regulados.

4.2 Controle das agências pelo Poder Executivo

Para Justen Filho (2002, p. 81), os mecanismos de controle mais intensos sobre as agências envolvem o Executivo: “reconhece-se ao Presidente a competência para fixar as orientações políticas gerais dos diversos departamentos governamentais, o que compreende inclusive o poder de designação das autoridades que ali têm assento”.

No entanto, a ausência de controle hierárquico sobre as agências, enquanto autarquias, e o fato de os seus dirigentes exercerem mandato limitam severamente a influência do Poder Executivo sobre a atividade regulatória.

Daí que, entre as formas de controle, a mais polêmica é a realizada pelo Poder Executivo, o que pode ser justificado por uma possível “tendência da parte do Executivo em tentar transformar o regulador num veículo de intervenção governamental no setor regulado” (MARQUES NETO, 2005, p. 124).

Martinez (2002, p. 120) relata que, nos Estados Unidos da América, as agências independentes não respondem politicamente perante o Presidente, que não costumava realizar qualquer tipo de controle sobre os atos delas.

No entanto, ao longo do tempo houve sucessivas tentativas presidenciais de controlar as agências.

La Spina e Majone (2000, p. 99) relatam que os primeiros passos, ainda um pouco tímidos, no sentido de um controle sobre as agências pelo Executivo surgiram ainda no mandato do Presidente Richard Nixon.

No governo do Presidente Jimmy Carter se estabeleceu o *Regulatory Analisis Review Group* – RARG, com a tarefa de revisar as normas editadas pelas agências reguladoras, e foi criado o *regulatory calendar*, que era uma compilação semestral das propostas de normas regulatórias que naquele momento se encontravam sob análise das agências (LITAN; NORDHAUS, 1983, p. 69).

Por meio da *Executive Order* 12044, de março de 1978, se impôs às agências a realização de análises de custo-benefício previamente à edição de normas. Ainda em 1978, foi criado o *Regulatory Council*, a quem, entre outras atribuições, competia coordenar o desenvolvimento de normas de interesse de mais de uma agência (LITAN; NORDHAUS, 1983, p. 76).

No governo do Presidente Ronald Reagan, o *Regulatory Analisis Review Group* – RARG foi extinto e, em seu lugar, dentro da estrutura do *Office of Management and Budget* – OMB, foi criado o *Office of Information and Regulatory Affairs* – OIRA, que funcionaria como uma *câmara de compensação* regulatória.

Por meio da *Executive Order* 12291, as decisões regulatórias mais importantes – assim entendidas aquelas que impusessem custo superior a 100 milhões de dólares ao ano – deveriam estar acompanhadas de análise de custo-benefício.

O *Office of Information and Regulatory Affairs* – OIRA passa a exercer uma postura bastante ativa frente às agências, inclusive apontando propostas de normas que se revelam indesejáveis para o governo. Segundo La Spina e Majone (2000, p. 101), na maior parte das vezes, a norma é *aprovada* pelo OIRA tal como fora apresentada pela agência.

As opiniões do OIRA são apenas informativas e a agência reguladora pode seguir adiante com a proposta de norma regulatória, ainda que receba um sinal negativo da parte do OIRA.

No entanto, como o OIRA adquiriu bastante influência e respeitabilidade, esta situação de confronto por parte das agências tem sido bastante rara, geralmente havendo negociação que conduz a um determinado consenso quanto a norma a ser editada (LA SPINA; MAJONE, 2000, p. 101).

O governo do Presidente Bill Clinton manteve a tendência de exigir das agências a conformação aos objetivos do governo e, em 1993, por meio da *Executive Order* 12866, estabeleceu que caberia ao Vice-Presidente a coordenação e harmonização das normas

regulatórias. Esse diploma estabeleceu, ainda, que as propostas de normas deveriam ser submetidas à *aprovação* do OIRA, o qual, inclusive, poderia fazer as modificações que entendesse necessárias.

Tendo acompanhado os sucessos e insucessos das tentativas do Poder Executivo norte-americano de controlar as agências, La Spina e Majone (2000, p. 205) defendem que o controle da parte do Executivo, desde que não voltado a interferir em decisões específicas, pode constituir um instrumento importante de controle *a priori*.

Quanto à ausência de controle hierárquico, é relevante registrar que a doutrina brasileira, em regra, tem defendido o descabimento de recurso contra atos das agências reguladoras dirigidos ao Ministério ao qual estejam vinculadas ou ao Presidente da República, em razão da ausência de previsão legal para tanto. Na verdade, não somente contra atos das agências reguladoras, mas de qualquer outra pessoa jurídica de direito público.

A razão é bastante simples: como o controle finalístico das pessoas jurídicas de direito público não é algo que se presume, diferentemente do que ocorre com o controle hierárquico, deve se dar nos estritos termos do quanto estabelecido em lei.

À falta de previsão legal do exercício desse tipo de controle, não caberia a interferência do Poder Executivo central sobre os atos das autarquias, inclusive agências reguladoras. Nesse sentido, Celso Mello (2004, p. 150), Marques Neto (2005, p. 75), Barroso (2006, p. 77) e Moreira e Mações (2003, p. 26).

No entanto, em 2006, a Advocacia-Geral da União emitiu o parecer de nº 51, ao qual o Presidente da República atribuiu força vinculante e caráter normativo (BINENBOJM, 2008, p. 276).

Segundo o entendimento expresso no parecer, os Ministros de Estado dispõem de dever-poder de rever decisões das agências, inclusive atos normativos, quando a agência tiver ultrapassado as balizas legais ou ingressado em espaço reservado à atuação política do governo.

O acionamento dessa competência ministerial, segundo o parecer, pode se dar por meio de recurso hierárquico impróprio, a ser interposto pela parte interessada, ou mesmo de ofício, em face do princípio da autotutela administrativa.

Luiz Henrique Araujo (2008) defende que o cabimento do recurso hierárquico impróprio deve ser *limitado*, não podendo ser exercitado, por exemplo, “quando a agência decidir matéria de natureza regulatória em seu âmbito de competência, sob pena de afronta à independência que lhe é inerente.

Apesar de contestar a possibilidade jurídica do exercício desse recurso hierárquico impróprio, Binensbojm (2008, p. 291) reconhece que é *desejável* que as normas regulatórias estejam harmonizadas com o planejamento macroeconômico do governo e defende, então, a previsão legal expressa da interposição de recursos para os Ministérios contra os atos das agências.

Ao que se observa, a doutrina não se tem posicionado de forma peremptória contra o controle realizado pelo Poder Executivo sobre as agências: as dificuldades que se colocam são relacionadas à extensão e à forma de exercício desse controle. E parece haver um certo consenso de que o Poder Executivo pode contribuir principalmente para a melhoria da qualidade da regulação.

Litan e Nordhaus (1983, p. 47), por exemplo, defendem que o Poder Executivo deve, necessariamente, exercer papel de coordenação e harmonização da produção normativa regulatória.

4.3 O caso brasileiro

No Brasil, não é possível afirmar que exista uma disciplina clara e bem delineada a respeito do exercício de controle por parte do Poder Executivo em relação às agências. O que não significa, no entanto, que o Poder Executivo não exerça influência sobre as atividades delas.

Mas essa influência tem se revelado de forma não institucional, nos bastidores do poder, e inclusive sem a oportunidade da devida fiscalização pelo Poder Judiciário, como é o caso das pressões políticas exercidas sobre os dirigentes das agências para que tomem tais ou quais decisões (PRADO, 2007).

O Poder Executivo, inclusive, nessa relação de força com as agências, sempre se sairá melhor: é que, apesar da atribuída autonomia financeira, tem sido possível o sistemático contingenciamento dos recursos a serem destinados às agências, alguns, aliás, oriundos da arrecadação de taxas.

Assim, sempre será possível sufocar uma agência, do ponto de vista orçamentário, com a *suspensão* do destino de recursos legalmente garantidos, o que pode ser bastante eficaz para se conseguir que a agência se alinhe à vontade do governo.

Esta também é a percepção de Prado (2008):

Por exemplo, uma das principais garantias institucionais de independência das agências são mandatos fixos com estabilidade no cargo para seus diretores. Apesar dessa garantia de imunidade à exoneração presidencial, em pelo menos duas instâncias de conflito entre agências e governo, os diretores acabaram por renunciar.¹⁸ A primeira ocorreu no início do primeiro mandato de Lula, quando

o Presidente da ANATEL, Luiz Guilherme Schymura, renunciou ao cargo. Mais recentemente, houve nova polêmica em torno da ANAC e pelo menos uma diretora da agência, Denise Abreu, renunciou. Uma outra garantia institucional de independência é a autonomia financeira das agências. Para não depender das receitas fiscais do poder executivo, as agências têm uma fonte de receita própria: as taxas pagas pelas empresas reguladas. Porém, assim como todas as despesas feitas por entes estatais, as despesas das agências precisam ser previstas e autorizadas através do processo orçamentário. Dado o alto nível de influência presidencial sobre o processo orçamentário no Brasil, as agências têm sido afetadas por drásticos cortes orçamentários. Mesmo havendo orçamento previsto para as agências, o Presidente tem o poder de contingenciar essas verbas, reduzindo drasticamente os recursos efetivamente disponibilizados para as agências. E ele tem usado esse poder. Em 2007, por exemplo, a ANP, ANEEL, ANATEL, e ANA tiveram seu orçamento contingenciado.

A exemplo do controle que é exercido pelo Poder Legislativo sobre as agências, o controle por parte do Poder Executivo atualmente não dispõe de ritos e estruturas definidos e a sua realização tem sido absolutamente assistemática e oculta aos demais controles públicos, já que se expressa principalmente por meio de pressões sobre os dirigentes das agências.

A par disso, a Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002, criou a Procuradoria-Geral Federal, órgão da Advocacia-Geral da União, e atribuiu-lhe, entre outras competências, a representação judicial e a prestação de consultoria jurídica das autarquias e fundações públicas federais, aí incluídas as agências reguladoras.

É importante notar que a Procuradoria-Geral Federal é órgão da Administração Pública direta e se encontra sob a fiscalização hierárquica do Advogado-Geral da União e, em última análise, do Presidente da República.

O Poder Executivo central, então, dispõe de mecanismos de realização de controle hierárquico dos posicionamentos exarados pelas unidades jurídicas das agências reguladoras, notadamente quando se observa que, nos termos do art. 9º, parágrafo único, da Lei nº 10.480/2002, compete ao Procurador-Geral Federal avocar e decidir quaisquer assuntos da Procuradoria-Geral Federal.

De mais a mais, segundo o art. 11 da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, caso haja controvérsia de natureza jurídica entre entidades da Administração Federal indireta ou entre estas e a União, o Advogado-Geral da União se pronunciará em caráter substitutivo aos pronunciamentos já realizados.

Assim, diante de um eventual embate jurídico entre agência reguladora e o Ministério ao qual se encontra vinculada, a divergência será solucionada por meio da fiscalização hierárquica do Advogado-Geral da União sobre as unidades a ele subordinadas.

Isso porque, como praticamente toda questão tratada pelos entes públicos sempre terá uma referência à legalidade, e assim poderá ser facilmente qualificada de *jurídica*, tem-se a possibilidade, em tese, de intervenção da Administração Pública direta, por meio do Advogado-Geral da União, sobre as atividades das agências reguladoras.

É verdade que, ainda quando emanados do Advogado-Geral da União, os pronunciamentos oriundos da consultoria jurídica são meramente opinativos, sem caráter vinculante para a tomada da decisão administrativa. No entanto, o não acatamento, pela agência reguladora, de um posicionamento jurídico externado pelo Advogado-Geral da União seria uma situação realmente extrema.

Portanto, este desenho institucional para o assessoramento jurídico das autarquias e fundações públicas federais favorece o controle, por parte do chefe do Poder Executivo, das atividades das agências reguladoras.

No entanto, dado o amplo leque de atribuições do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral Federal, o exercício desse controle certamente não se dará como algo sistemático e contínuo, mas apenas sobre casos pontuais.

4.4 O projeto de lei geral das agências reguladoras

No início de 2004, o Poder Executivo apresentou ao Congresso Nacional projeto de lei com a finalidade de dispor normas sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras. Na Câmara dos Deputados, o projeto de lei recebeu o nº 3.337/2004 e ainda aguarda deliberação pelo plenário (MARQUES NETO, 2005).

No artigo 8º do projeto original, está disposto que as agências reguladoras deverão elaborar relatório anual de suas atividades e encaminhá-lo ao Ministério ao qual se acharem vinculadas e ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados.

Os artigos 9º e 10 tratam do contrato de gestão a ser firmado entre as agências reguladoras e os Ministérios aos quais se encontram vinculadas. O contrato de gestão será utilizado, basicamente, como instrumento de acompanhamento da atuação administrativa da agência.

Antes mesmo de o projeto de lei ser votado em Plenário, surgiram duras críticas ao controle das agências por meio dos *contratos de gestão* (PRADO, 2008)¹⁸.

Posteriormente foi apresentada versão substitutiva ao projeto de lei do Executivo pelo deputado federal Ricardo Barros (MARQUES NETO, 2005).

O art. 3º do substitutivo registra que a natureza especial conferida às agências reguladoras é caracterizada pela (i) ausência de tutela ou subordinação hierárquica, (ii) por investidura a termo dos dirigentes e estabilidade durante os mandatos, (iii) autonomia funcional, (iv) autonomia decisória, (v) autonomia administrativa e (vi) autonomia financeira.

O substitutivo excluiu a referência ao contrato de gestão, mas, em seu art. 13, prevê que as agências reguladoras deverão elaborar relatório anual de suas atividades, destacando o cumprimento da política do setor definida pelos Poderes Legislativo e Executivo e o cumprimento das metas estabelecidas no Plano Estratégico de Trabalho e no Plano de Gestão e Desempenho.

O Plano Estratégico de Trabalho, tratado no art. 14 do substitutivo, deverá ser elaborado pela própria agência reguladora a cada quatro anos e conterá, entre outros elementos, as metas de suas atividades, inclusive da atividade normativa.

O Plano de Gestão e Desempenho, a sua vez, disciplinado pelo art. 15 do substitutivo, será o instrumento de acompanhamento da implementação do Plano Estratégico de Trabalho.

4.5 Conclusão

Apesar de polêmico na doutrina, em razão do risco de captura política pelo governo, o controle exercido a partir do Poder Executivo sobre a atividade normativa das agências reguladoras, quando considerado complementar aos controles exercidos pelos Poderes Legislativo e Judiciário, apresenta-se como necessário.

¹⁸ Prado (2008): “Os contratos de gestão são propostas controversas, dado que podem aumentar a influência presidencial sobre as agências. Não está claro se os planos de gestão poderiam ter o mesmo efeito. Se tiverem, nem todos acreditam que isso seria positivo ou desejável. Para aqueles que vêem no aparato regulatório um mecanismo que permite a participação de diferentes grupos de interesse, a despeito do partido que se encontra no poder, o controle presidencial sobre as agências seria negativo, pois reduziria a pluralidade de interesses representados perante os órgãos reguladores. Além disso, reduziria o horizonte temporal da formulação de políticas públicas em setores regulados, dado que guiaria o funcionamento do setor segundo a lógica eleitoral de curto prazo. Em contraste, aqueles que vêem no aparato regulatório apenas um mecanismo que favorece certos grupos de interesse e gera altos custos sociais, o maior controle presidencial sobre as agências seria positivo, pois permitiria que outros grupos de interesse (incluindo aqueles representados pelo Presidente democraticamente eleito) não apenas participem, mas sejam também beneficiados pelas políticas dos setores regulados”.

No entanto, esse tipo de controle deve ser o mais amplo possível, incidindo sobre a generalidade da produção normativa e sobre os procedimentos prévios à sua elaboração.

Um passo importante a ser dado pelo Poder Executivo brasileiro no controle da atividade das agências ocorreria no estabelecimento de metas normativas a serem alcançadas, bem como servindo de foro adequado para a harmonização das regulações dos diferentes setores econômicos.

Haveria, assim, uma coordenação da atividade normativo-regulatória por parte da chefia do Poder Executivo, o que não significa que haveria uma ingerência indevida quanto ao mérito da regulação, assunto, este, reservado à discricionariedade técnica das agências.

De mais a mais, ao ser possível o exercício da fiscalização hierárquica sobre as Procuradorias das agências reguladoras por parte do Advogado-Geral da União e, em última análise, pelo Presidente da República, torna-se possível que *divergências jurídicas* sejam resolvidas no âmbito interno da Administração Pública, evitando-se litígios no Poder Judiciário entre a União e as agências.

O constante acompanhamento da atividade das agências, por parte do chefe do Poder Executivo, se revela imprescindível para que sejam feitas as alterações normativas que possibilitem o seu melhor funcionamento e a sua mais fácil fiscalização por toda a sociedade. Isso porque os projetos de lei que disponham sobre *organização administrativa*, nos termos do art. 61, § 1º, II, “b”, da Constituição Federal de 1988, são de iniciativa privativa do Presidente da República.

Por fim, é imprescindível que as políticas de governo, que se expressam por meio das leis, sejam detalhadas a ponto de conferir as adequadas balizas para as agências reguladoras.

Conforme anota Salgado (2003), estas balizas devem ser bastante firmes, principalmente em questões tarifárias, de modo a restringir a discricionariedade técnica das agências a aspectos técnicos, e não políticos.

5. O PODER LEGISLATIVO E AS AGÊNCIAS REGULADORAS

5.1 Agências reguladoras e a função normativa

A incapacidade do Poder Legislativo de, diretamente, editar normas sobre setores da economia abertos à iniciativa privada – que possuem uma dinâmica bastante acelerada e exigem forte atuação do Estado na direção – propiciou a “importação” do modelo de agências reguladoras para vários países, entre eles o Brasil.

Para que as agências reguladoras possam exercer o papel do Estado na direção das atividades econômicas, faz-se necessário o exercício do poder normativo legalmente atribuído, de forma a serem estabelecidas as “regras do jogo econômico” com a agilidade necessária, inclusive com vistas a equilibrar a concorrência.

Discussão que surgiu a partir dessa atuação normativa das agências seria a de haver, ou não, uma absoluta submissão à legalidade, ou seja, qual a autonomia das agências, no estabelecimento de normas, em relação à lei.

Como já visto, Martinez (2002) aponta que, nos Estados Unidos da América, o Tribunal Supremo já entendeu pela impossibilidade de delegação legislativa e de regulamentos autorizados (*nondelegation doctrine*), mas, atualmente, admite a delegação legislativa (*delegation doctrine*) e os regulamentos autorizados.

No Brasil, há doutrinadores que defendem a submissão do poder normativo das agências à *fidel execução de lei* (MELLO C., 2004; CUÉLLAR, 2008; BINENBOJM, 2008; e JUSTEN FILHO, 2002) e até mesmo a submissão a regulamentos expedidos pelo Presidente da República (DI PIETRO, 2003, p. 56). Há também doutrinadores que defendem que as agências reguladoras exercem o poder normativo por *delegação legislativa* (MOREIRA NETO, 2002; SUNDFELD, 2002; BRUNA, 2003). E, por fim, há quem defenda que o Poder Executivo – e, assim, as agências reguladoras – pode expedir regulamentos executivos, autorizados e até mesmo autônomos (GRAU, 2008).

Sem entrar no mérito da discussão, e considerando que atualmente todas as grandes questões políticas nacionais sobre as quais não se atinge um mínimo de consenso só alcançam uma resposta definitiva quando decididas pelo Supremo Tribunal Federal, deve-se registrar, como já tratado acima, que ainda não houve decisão definitiva da Corte Suprema a esse respeito.

No entanto, independentemente dessa questão, o que importa ressaltar, de um lado, é que as agências reguladoras passaram a ter papel destacado na produção normativa, algumas

vezes até ultrapassando o Poder Legislativo em quantidade de normas editadas. Daí veio a crescente utilização das expressões *juridificação* e *enxurrada* ou *inflação normativa*, a designar o excesso de regulação das relações econômicas (NUSDEO, 2005).

Bowers (1990) relata que, nos Estados Unidos da América, desde os anos 1970 se observa sensível crescimento no nível da discricionariedade administrativa exercitada pelas autoridades independentes por meio da edição de normas de regulação econômica. Para ele, esta crescente atividade normativa ameaça o Poder Legislativo como principal fonte de normas.

De outro lado, fato é que as agências reguladoras, para expedir normas, ao menos utilizam as leis editadas pelo Poder Legislativo como referência. E também não se há de rejeitar que, ainda que se admita a *delegation doctrine*, o Poder Legislativo em qualquer hipótese funciona como *principal* na atividade de delegação, ou seja, podendo – senão mesmo devendo – controlar o exercício do poder normativo delegado pelas agências, já que é o próprio Poder Legislativo que, consciente ou inconscientemente, abre espaço à atuação *complementar* das agências reguladoras.

Assim, para qualquer uma das doutrinas apontadas, o poder normativo das agências reguladoras apenas existe como algo limitado e subordinado; para a *delegation doctrine*, tem-se um poder mais amplo, porém ainda limitado e subordinado ao Poder Legislativo, originário detentor do poder de inovar no ordenamento jurídico.

Segundo parcela da doutrina, diferença fundamental entre as normas expedidas pelas agências reguladoras e as expedidas pelo Poder Legislativo é que aquelas entram potencialmente em conflito com dois princípios do Estado de Direito: separação de poderes e governo representativo.

Quanto à separação de poderes, Grau (2008, p. 240) discorda dessa corrente e defende que a função legislativa não se confunde com a função normativa, já que o exercício da função normativa pelo Poder Executivo se dá em espaço de atuação que lhe é próprio, e não resulta, portanto, do exercício de delegação por parte do Poder Legislativo. Não haveria, portanto, derrogação do princípio da separação dos poderes.

De toda sorte, para se conciliar o exercício da atividade normativa pelas agências reguladoras com o princípio do governo representativo, ou, ainda, para alguns, com o princípio da separação de poderes, é consenso na doutrina que se revela imprescindível a estruturação de meios de controle e responsabilização, sob o risco de se transformar o governo constitucional em um governo controlado pela burocracia.

Daí que se sente a necessidade de também o Poder Legislativo exercer papel destacado no controle do exercício das delegações legislativas pelas agências reguladoras, até porque, nesse particular aspecto, as agências estão a desenvolver uma atividade que, originariamente, está dentro de sua alçada de competência.

Nesse contexto, Bowers (1990) relata que os Poderes Legislativos têm buscado continuamente manter a sua proeminência em relação às agências reguladoras por meio de ações destinadas a influenciar e fiscalizar o exercício da delegação, inclusive por meio da análise confirmatória, pelo Poder Legislativo, de normas elaboradas pelas agências reguladoras antes da sua entrada em vigor.

Analisando a questão no âmbito dos Estados Unidos da América, Posner (2004) registra que a agência é criada no momento em que o Legislativo tem interesse nos problemas a serem tratados por ela. Entretanto, com o passar do tempo, o Legislativo se vê incapacitado de supervisionar as agências criadas. Ainda assim, como se verá melhor mais adiante, as comissões especializadas do Congresso norte-americano têm tido papel importante na fiscalização da atividade normativa das agências reguladoras.

A propósito do trabalho das comissões especializadas do Congresso norte-americano, Majone (1997) pontua o que segue:

O sistema de comissões mais antigo e mais plenamente desenvolvido é o Congresso dos Estados Unidos. As comissões parlamentares têm jurisdição quase monopolística. Isso inclui o poder de fazer propostas, bem como poderes de veto sobre propostas feitas por legisladores que não façam parte da comissão relevante. Assim, as comissões permitem que seus membros tenham influência extraordinária sobre um conjunto de políticas.

Krehbiel, citado por Majone (1997), afirma que “as comissões parlamentares tendem a adotar um estilo de tomada de decisões não-partidário e aberto à solução de problemas, em vez do estilo tradicional de barganha que caracteriza as políticas distributivas”.

Carbonell Porrás (1996), além de registrar a intensa e contínua fiscalização das agências reguladoras por meio das comissões parlamentares permanentes, reforça o caráter técnico da fiscalização.

Nesse sentido, as comissões parlamentares permanentes são assessoradas por *agências legislativas*, órgãos criados pelo Parlamento e dele dependentes (como é o caso do *General Accounting Office* – GAO e do *Congressional Budget Office*) e que colhem informações relacionadas ao controle diretamente junto às agências reguladoras.

Sunstein (2004), a sua vez, ao se reportar ao Congresso americano, registra que nos últimos anos se tem imposto controle maior sobre as agências, expressado das seguintes

formas: aumento da especificidade das leis; detalhamento de prazos para atuação da agência; mecanismos de supervisão, tais como audiências frequentes; extinção das agências consideradas inúteis, entre outros.

A percepção que se tem é que o Poder Legislativo contribui para o crescimento da discricionariedade administrativa – ao editar leis genéricas – e para o problema que ela causa para a democracia constitucional. Por isso se revela necessário que o próprio Poder Legislativo desenvolva meios adequados de controle para garantir que as agências se mantenham no exercício responsável de seus poderes.

Bowers (1990) ressalta que o Poder Legislativo naturalmente já possui um grande acervo de ferramentas para fiscalizar a discricionariedade administrativa. No entanto, apesar de dispor desses mecanismos, o Poder Legislativo não os utiliza contínua e sistematicamente. A supervisão seria mais pontual (“*fire alarm*”) do que algo permanente (“*police patrol*”).

Assim é que Bowers (1990) defende que as tradicionais técnicas de supervisão devem ser complementadas pela atuação direta do Poder Legislativo na fiscalização do exercício do poder normativo delegado. Essa atuação direta poderia se dar basicamente de duas formas: veto legislativo e revisão legislativa de normas regulatórias. Ambas exigem aprovação legislativa prévia ou revisão da proposta de norma anteriormente à sua edição pela agência reguladora.

Seja qual mecanismo a ser utilizado, é certo que o Poder Legislativo, para desenvolver fiscalização eficiente, necessita de aparato técnico equivalente ao disponível nas agências reguladoras. Como a regulação econômica cada vez é mais específica em relação ao setor regulado, e se é impossível ao legislador conhecer e acompanhar todas as matérias, existe a necessidade de se equipar o Poder Legislativo de um corpo técnico qualificado, capaz de compreender o trabalho desenvolvido pelas agências.

Como se verá nos tópicos seguintes, há um descompasso entre a atuação do Poder Legislativo brasileiro na fiscalização da atividade normativa das agências em relação à atuação percebida nos Estados Unidos da América, de onde o instituto das agências reguladoras foi importado.

5.2 O caso brasileiro

Certo é que, no Brasil, o Poder Legislativo deve exercer o controle da produção normativa das agências reguladoras por imposição constitucional.

A propósito, nos termos do art. 49, V, X e XI, da Constituição Federal de 1988, compete ao Congresso nacional “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”; “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”; e “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”.

No Brasil, deve-se dizer, de início, que as agências reguladoras, antes de editarem uma norma, não precisam submetê-la ao crivo do Parlamento. Não existe, assim, uma fiscalização prévia pelo Parlamento da produção normativa regulatória.

Os meios de controle pelo Poder Legislativo no ordenamento brasileiro seriam todos de exercício *a posteriori*, ou seja, quando a norma regulatória já se encontra em vigor.

Quanto aos mecanismos de controle *a posteriori*, o Congresso Nacional brasileiro possui competência de sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (CF/88, art. 49, V) e de zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros poderes (CF/88, art. 49, X).

Ao que se observa, esta competência se equipara ao *legislative veto*, já que o Parlamento, em defesa de suas prerrogativas, pode sustar a norma regulatória que atue *contra legem* ou *prater legem*.

No entanto, na prática, não se tem observado, o exercício desse controle *a posteriori* pelo Parlamento, o que pode ter duas causas.

Em primeiro, o Congresso Nacional ainda não possui uma rotina institucional de análise de normas regulatórias. Não existe obrigatoriedade de a agência reguladora apresentar, antes ou depois de sua edição, o texto da norma acompanhado dos estudos que a fundamentam, análise de custo-benefício, manifestações das partes interessadas no curso do processo administrativo.

É certo que o Congresso Nacional pode requisitar à agência a apresentação desses dados, mas há uma diferença entre obrigatoriamente apresentar tais elementos antes da edição da norma – ainda que não seja necessária aprovação legislativa para que a norma entre em vigor – e apenas apresentá-los quando houver solicitação.

Em segundo, diferentemente do Congresso dos Estados Unidos da América e do Parlamento do Estado de Illinois, o Congresso Nacional não dispõe de aparato técnico de suporte aos parlamentares na análise dessas normas.

Ora, o Poder Legislativo tem ampliado a discricionariedade das agências na expedição de normas exatamente em razão da incapacidade de realizar valorações técnicas das realidades extremamente mutáveis dos mercados regulados.

Se assim é, também se deve pressupor que, de ordinário, os parlamentares não possuem o conhecimento necessário para supervisionar o exercício da discricionariedade das agências. O Parlamento carece, assim, de estrutura técnica de apoio para a realização dessa atividade.

Na prática, então, o controle exercido pelo Parlamento tem sido absolutamente assistemático, sem um rito predefinido, e, assim, frágil.

Nesse sentido, o Senado Federal, dentro da Comissão de Fiscalização e Controle, criou a Subcomissão das Agências Reguladoras (CFCAGE), a qual, no entanto, não teria apresentado resultados. No momento, a aludida Subcomissão, que deveria possuir 5 membros titulares e 5 suplentes, não possui nenhum senador designado, e, portanto, não se encontra em funcionamento (ARAÚJO L. E, 2008).

Em regra, o Congresso Nacional brasileiro tem dado mostras de que apenas se preocupará com a atuação das agências quando houver grande visibilidade na mídia, seja nas proximidades de crises anunciadas – crise energética, por exemplo –, seja após grandes catástrofes – acidente envolvendo o avião da TAM no aeroporto de Congonhas em 2007, em São Paulo. Não se apresenta preocupação, no entanto, na definição de objetivos normativos a serem alcançados pelas agências, nem no controle do alcance de tais objetivos.

De outro lado, o Tribunal de Contas da União (TCU) – que desempenha função ancilar ao Poder Legislativo – tem sido bastante atuante na fiscalização da atividade normativa das agências, o que tem sido realizado por meio das assim chamadas auditorias operacionais.

Recentemente, por exemplo, o TCU determinou ao Ministério de Minas e Energia e à Agência Nacional de Energia Elétrica que procedessem a correções na regulamentação dos critérios da tarifa de energia social, instituída pela Lei nº 10.438/2002 (ARAÚJO L. E., 2008).

Nesse caso específico, o TCU buscou avaliar se os beneficiários dos subsídios concedidos aos consumidores residenciais de energia elétrica integrantes da tarifa social realmente se encontravam entre a população brasileira de menor renda. Esse trabalho constatou a falta de eficácia e efetividade da Lei nº 10.438/2002 em termos de promover a equidade social, já que se observou que a norma regulatória, ao enquadrar automaticamente as residências com consumo até 80 kWh, permitia que casas de praia, sítios, flats, ou residências

com poucos moradores fossem beneficiadas, sem que as pessoas atingidas fossem de baixa renda.

No entanto, em vez de atuar em coordenação com o Parlamento, que teria a competência constitucional de sustar o ato regulamentar em descompasso com a legislação, o TCU tem, diretamente, exarado determinações aos reguladores para efetuar correções nas normas infralegais.

Sob um ponto de vista estritamente dogmático, parece-me que o TCU não teria atribuição constitucional para tanto (ARAÚJO L. E., 2007).

É possível que o TCU tenha resolvido fazer essa atuação direta – sem amparo constitucional – em face do desinteresse do Parlamento em cumprir o seu papel.

A propósito, o substitutivo apresentado, na Câmara dos Deputados, pelo deputado federal Ricardo Barros ao projeto de iniciativa do Presidente da República que se destina a traçar normas gerais sobre agências reguladoras, em seu art. 12, atribui o controle externo das agências reguladoras ao Congresso Nacional, que o executará com o auxílio do Tribunal de Contas da União. A propósito, faz-se pertinente ressaltar que o parágrafo único do art. 12 do substitutivo reforça o entendimento de que o Tribunal de Contas da União não tem competência para se pronunciar diretamente sobre o mérito das deliberações de natureza regulatória das agências.

5.3 Os Estados Unidos da América

Entre os especialistas, é consenso que as relações de controle entre o Congresso americano e as agências é bastante intenso. Martinez (2002) aponta que o Tribunal Supremo já reconheceu expressamente que compete ao Congresso americano controlar a atividade administrativa do Poder Executivo.

A fórmula do sucesso desse controle não se encontraria tanto nas ferramentas, mas na atitude e na estrutura do Congresso. Os sujeitos competentes para exercer o controle das agências são as comissões parlamentares, que canalizam todas as relações que o Congresso mantém com as agências. A atividade de cada agência independente é supervisionada por quatro comissões: duas supervisionam a atividade normativa, uma em cada câmara, e outras duas estão encarregadas de supervisionar a atividade orçamentária, também uma em cada câmara (MARTINEZ, 2002).

Bowers (1990) relata que as comissões especializadas são assessoradas por corpo técnico especializado, o que conduz, a sua vez, a uma burocratização da legislatura.

A intensidade do controle varia muito de umas agências a outras e de um momento determinado a outro, seja porque exista um motivo concreto, seja acidentalmente. Mas é possível que uma agência funcione longo tempo sem que o Congresso lhe dedique atenção (MARTINEZ, 2002).

A fiscalização da atividade normativa das agências independentes pelo Congresso é disciplinada pelo § 801 do *Administrative Procedure Act* (APA), de 1946, que trata da *Congressional review*.

Segundo esse dispositivo, antes que a norma regulatória entre em vigor, a agência deve submetê-la a cada uma das casas do Congresso e ao Controlador Geral. Juntamente com o texto da norma deve vir, entre outros elementos, exposição de motivos e análise de custo-benefício dos seus efeitos.

Quando da análise, segundo o APA, o Congresso americano pode rejeitar a norma, que, assim, não pode ser editada pela agência. Caso a norma tenha entrado em vigor anteriormente à apreciação definitiva pelo Congresso e esta seja no sentido de sua rejeição, opera-se a sua retirada do ordenamento jurídico com efeitos “*ex tunc*”.

Bowers (1990) noticia que o veto legislativo vinha sendo utilizado como uma ferramenta legislativa para controlar a discricionariedade administrativa desde os anos 1930.

Segundo ele, o veto legislativo surgiu como um esforço para conciliar duas demandas contrárias: clamor da Administração Pública por discricionariedade mais ampla, de um lado, e pressão parlamentar para se controlar esta discricionariedade ampla de alguma forma desde que não fossem leis novas editadas com a finalidade exclusiva de revogar a discricionariedade exercida em casos concretos.

No entanto, o Congresso americano sofreu um revés em relação à utilização do veto legislativo quando a Suprema Corte, em 1983, ao julgar o caso *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, limitou severamente o seu âmbito por considerá-lo inconstitucional.

Apesar dessa decisão contrária à utilização do veto legislativo, o Congresso americano ainda continuou a exercer controle bastante ativo sobre a atividade normativa das agências (MANETTI, 2007).

A propósito, Binenbojm (2008, p. 270) relata o recente ressurgimento do *veto legislativo* a partir de 1996.

No que diz respeito ao papel do Congresso na supervisão da atuação das agências, além das audiências em comissões especializadas, merece destaque o ressurgimento, reformado, do chamado ‘veto legislativo’, previsto no

Congressional Review Act – CRA, de 1996. De acordo com tal lei, uma resolução conjunta das duas Casas Legislativas, aprovada por maioria simples e seguida da sanção presidencial, poderia sustar uma norma regulatória editada por agência. A primeira vez em que o CRA foi usado ocorreu em 2001, quando uma resolução da *Occupational Safety and Health Administration – OSHA* sobre ergonomia foi sustada.

Ademais, recentemente foi editado o *Congressional Lawmaking Authority Protection Act*, de 2007, no qual se reafirma que o poder de fazer leis é tão importante que deve ser exercido pelo mais democrático órgão do governo: o Poder Legislativo¹⁹.

Uma das finalidades do *Congressional Lawmaking Authority Protection Act* é preservar a separação de poderes e impedir a invasão pelo Presidente da República da prerrogativa de inovar no ordenamento jurídico.

Assim é que se reconhece taxativamente, ao Presidente da República, a participação no processo legislativo por meio da prática das seguintes atividades: fornecer ao Congresso informações sobre o estado do país, recomendar ao Congresso tudo o que considerar necessário e sancionar ou vetar as leis.

Em outro sentido, o *U. S. Government Accountability Office (GAO)*, que tem funções bastante parecidas às dos Tribunais de Contas brasileiros, é um órgão vinculado ao Congresso americano e tem como função principal investigar como o governo federal gasta os *dólares* recebidos via tributação.

Entre suas competências se inclui a análise de normas editadas pelas agências reguladoras. O interessante no relacionamento entre o GAO e as agências é que podem ser estabelecidas parcerias para tornar a regulação mais eficiente, efetiva, ética e igualitária.

Diante desse aparato de que dispõe o Congresso para fiscalizar as agências, assim como da existência de um rito obrigatório e sistemático, Martinez (2002) entende que o Congresso está realmente capacitado para controlar a atividade das agências independentes, ainda que na prática não utilize estes instrumentos tanto quanto possível, nem o faça com a mesma intensidade em todos os casos.

Para Martinez (2002), os resultados da supervisão realizada pelo Parlamento influem nas decisões que este tenha que tomar em relação com cada uma dessas agências: a aprovação do orçamento, a ratificação dos membros eleitos pelo Presidente, a possível reforma do regime jurídico da agência e também sua dissolução.

¹⁹ Aliás, a própria constituição americana já atesta que “*all legislative power herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives*”.

5.4 O Estado norte-americano de Illinois

Bowers (1990) relata que, nos EUA, os Poderes Legislativos de 42 (quarenta e dois) estados americanos controlam o exercício da atividade normativa pelas agências, mas o processo de revisão varia em relação à estrutura, finalidade e poderes do comitê revisor. Na maioria dos estados, o papel do comitê revisor é principalmente consultivo.

Podem ser apontadas duas razões para a utilização do procedimento de *rules review* pelas legislaturas estaduais americanas: desejo de se recuperar a autoridade de editar normas, enfraquecida por meio de delegações legislativas cada vez em maior número, e de aliviar os cidadãos da sobrecarga regulatória. Ainda poderia ser citada a percepção de uma burocracia administrativa sem controle.

Por exemplo, a Assembléia da Pennsylvania deliberou adotar o *rules review* no momento em que os cidadãos passaram a perceber que as normas regulatórias afetavam mais as suas vidas do que a edição de uma lei (BOWERS, 1990).

Em regra, segundo o procedimento do *rules review*, todas as normas expedidas pelas agências devem ser submetidas ao Poder Legislativo para uma análise prévia à sua entrada em vigor. O principal objetivo é que o Poder Legislativo possa aferir se a norma proposta se encontra de acordo com a lei que pretende regulamentar.

No estado de Illinois, o *Joint Committee on Administrative Rules* (JCAR), que é um órgão do Poder Legislativo, é responsável pela revisão da produção normativa pelo Executivo. Sua composição é pluripartidária, consistindo de 12 parlamentares que exercem mandatos de 2 (dois) anos e uma equipe de 26 técnicos, comandados por um diretor executivo e dois parlamentares. O JCAR possui duas divisões temáticas, que, a sua vez, se subdividem conforme a espécie da norma administrativa a ser revisada.

As atribuições do JCAR são delimitadas no *Illinois Administrative Procedure Act* (IAPA) e consistem basicamente no poder de revisar todas as formas de exercício de poder normativo pelas agências do estado de Illinois. Este poder de revisão é de caráter consultivo, e não coercitivo. E, assim, o principal meio que o JCAR possui para confrontar a recusa de uma agência de modificar ou revogar uma norma é introduzir uma *legislação corretiva*.

Segundo Bowers (1990), o JCAR costuma utilizar três espécies de *legislação corretiva* em face das normas expedidas pelas agências.

Bowers (1990) relata que, em casos extremos de ameaça ao interesse público, segurança pública ou bem-estar coletivo, JCAR pode decretar o veto legislativo por meio de

uma *prohibition against filling*, a qual tem o efeito de suspender a norma por 180 (cento e oitenta) dias.

Para que a suspensão se torne permanente, a Assembléia, pelas suas duas câmaras, deve baixar uma resolução conjunta. No entanto, a aplicação desse instrumento se viu bastante reduzida após a decisão proferida pela Suprema Corte americana no caso *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, relatada acima.

5.5 Reino Unido

Por último, cabe notar que o Reino Unido editou em 2006 o *Legislative and Regulatory Reform Act* com a finalidade de combater a sobrecarga regulatória. Segundo o próprio ato, sobrecarga significa custo financeiro, burocracia ou qualquer obstáculo à eficiência e produtividade.

O *Legislative and Regulatory Reform Act*, além de estabelecer um procedimento de *rules review*, contém um código de prática regulatória.

Quando da elaboração de uma norma regulatória, o Ministro ou a agência responsável deve submeter ao Parlamento o projeto da norma acompanhado de fundamentação técnica que justifique a sua edição.

Cada casa do Parlamento britânico possui prazo de 30 dias para realizar a análise da norma.

Qualquer das casas do Parlamento britânico pode realizar um *negative resolution procedure*, segundo o qual se determina ao órgão responsável a não edição da norma proposta.

Em sentido contrário, caso se aceite a norma proposta ou não seja realizada a análise definitiva até 40 (quarenta) dias após a sua apresentação ao Parlamento, o Ministro ou agência responsável pode editá-la nos exatos termos da proposta apresentada.

5.6 Conclusão

O modelo brasileiro de agências reguladoras foi desenhado a partir dos parâmetros de outros ordenamentos jurídicos, notadamente dos EUA. No entanto, como visto no curso do texto, apesar de os poderes de que dispõem as agências no Brasil e nesses outros países serem bastante parecidos, as formas de controle exercitadas por aqui são mais frágeis e desestruturadas, notadamente no que se relaciona com o Poder Legislativo.

Nos EUA, ficou bastante clara a existência não somente de ritos e estruturas definidas para a realização da *rules review*, mas também, na prática, de uma forte atuação do Congresso americano na fiscalização do poder normativo das agências reguladoras.

Em Illinois, além de se ter uma atuação marcante do Poder Legislativo, a estrutura do JCAR chama a atenção pela formação técnica do corpo de apoio dos parlamentares.

No Reino Unido, apesar de apenas se ter analisado a legislação, também restou patente a existência de um rito rígido para a edição de normas regulatórias, as quais devem ser obrigatoriamente analisadas pelo Parlamento anteriormente à entrada em vigor.

No Brasil, em sentido diverso, da parte do Congresso Nacional, o que se observa é a realização de um controle assistemático, sem um rito predefinido, e, assim, extremamente frágil. Diferentemente das experiências analisadas, a relevância do controle realizado pelo Poder Legislativo sobre a atividade normativa das agências seria bastante reduzida, podendo ser enquadrado antes como pontual (“*fire alarm*”) do que contínuo e permanente (“*police patrol*”).

A propósito, cabe referir que a Câmara dos Deputados, no ano de 2009, instalou comissão parlamentar de inquérito com a finalidade de analisar a formação dos valores das tarifas de energia elétrica e a atuação da Agência Nacional de Energia Elétrica nos reajustes e reposicionamentos tarifários dos contratos de concessão de serviço público de distribuição de energia.

No mesmo ano, o Senado Federal instalou comissão parlamentar de inquérito para investigar supostas irregularidades envolvendo a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP e a empresa Petróleo do Brasil S.A.

No entanto, em vez de possuir o significado de um controle efetivo e técnico sobre as atividades das agências reguladoras mencionadas, a instalação de comissões parlamentares de inquérito representa, em verdade, a confirmação de uma fiscalização pontual e extremamente politizada de um tema cuja análise deve remanescer técnica.

Um dos principais problemas de se utilizar comissões parlamentares de inquérito, de forma isolada, para fiscalizar as agências é a existência de um prazo determinado para a conclusão dos trabalhos.

Ademais, essas comissões, no mais das vezes, adquirem um tom demasiado inquisitorial, o que se revela inadequado para a descoberta dos problemas regulatórios e para a propositura das devidas soluções, já que a ênfase termina residindo na busca de *culpados*.

Essas comissões, portanto, representaram, quando muito, o já mencionado equívoco de “*missing the forest by watching the trees*”, ou seja, em vez de dar uma resposta à sociedade

quanto ao controle mais amplo das atividades das agências reguladoras, se revolve fornecer alguma explicação meramente tópica e midiática a respeito de sua atuação.

Observe-se que não se está defendendo o descabimento de comissões parlamentares de inquérito para investigar *atos ilícitos determinados* praticados pelos dirigentes das agências. O que se defende é que essas comissões, caso necessárias, sejam excepcionais ao controle ordinário a ser desenvolvido pelas comissões congressuais permanentes.

Assim, uma verdadeira mudança de paradigma no controle efetivo das atividades das agências teria sido a realização das fiscalizações efetuadas no âmbito das comissões parlamentares de inquérito para o ambiente das comissões permanentes da Câmara e do Senado, nas quais seria possível, sem prazo determinado, analisar de forma mais ampla a atuação das agências reguladoras.

6. O PODER JUDICIÁRIO E A ATIVIDADE NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

6.1 Controle judicial e seu exercício no direito comparado

A garantia da inafastabilidade da jurisdição, no sistema constitucional brasileiro, oportuniza ao administrado o direito de impugnar os atos da Administração Pública que afetem sua esfera de direitos.

O exercício dessa garantia tem conferido proteção aos administrados em relação aos atos da Administração Pública, os quais, se não se encontrarem de acordo com os princípios do regime jurídico-administrativo, assim como com as regras específicas relativas à sua edição, podem ser facilmente invalidados pelo Poder Judiciário.

Aliás, no Brasil, o efetivo acesso à jurisdição tem se tornado uma realidade menos distante após a implantação dos Juizados Especiais Federais, nos quais é possível a impugnação individualizada de atos da Administração Pública Federal, inclusive das agências reguladoras federais.

Esse fenômeno de acesso à jurisdição também tem se refletido sobre as agências reguladoras, cujos atos, no mais das vezes, atingem um universo bastante amplo e difuso de indivíduos. Como já falado, os atos normativos das agências reguladoras têm se multiplicado em número e afetado cada vez mais a vida cotidiana do cidadão brasileiro, até mais do que as leis editadas pelo Congresso Nacional.

É importante registrar que, à falta de um controle do exercício da atividade normativa pelas agências reguladoras, seja pelo Poder Executivo, seja pelo Poder Legislativo, o Poder Judiciário, no Brasil, tem sido um dos últimos *recursos* à disposição da sociedade para se fazer o controle das agências.

De fato, à falta de um controle técnico por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário, que ainda goza de bastante credibilidade junto à sociedade justamente em face da qualificação e da neutralidade político-partidária de seus integrantes, remanesce como o último mecanismo para o controle dos atos normativos das agências reguladoras.

A atual facilidade no acesso à jurisdição tem proporcionado, assim, uma volumosa impugnação, de forma individualizada, da aplicação concreta de atos regulatórios de caráter normativo.

O ponto que se pretende abordar no presente tópico é se essa forma de impugnação dos atos das agências reguladoras representa o exercício de um controle efetivo sobre as suas atividades.

O objetivo é analisar se o acionamento do Poder Judiciário, por força de interesses particularizados ou, ainda, pela atuação do Ministério Público em defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, se revela *adequado* e *bastante* para manter as agências sob controle.

No Brasil, como já falado, ainda há certo deslumbramento da doutrina quanto à capacidade das agências reguladoras de regular atividades econômicas e gerir serviços públicos e *relativo* esquecimento quanto aos mecanismos de controle.

Nos EUA, já há muito que se discute sobre controle judicial dos atos das agências reguladoras. Segundo La Spina e Majone (2000), a estruturação de um controle judicial sistemático naquele país remontaria ao *Administrative Procedure Act* – APA, de 1946.

Shapiro (1988) relata que o *Administrative Procedure Act* – APA foi elaborado na época do *New Deal* e refletiu o confronto entre liberais, que defendiam controle mais suave da Administração pelo Poder Judiciário, e conservadores, que eram a favor de um controle rígido.

Os conservadores depositavam no Poder Judiciário o papel de protetor da propriedade privada, ao passo que liberais consideravam-no como o garantidor do *status quo* e, assim, apto a impedir a execução dos programas presidenciais.

Portanto, o *Administrative Procedure Act* teria sido o resultado desse confronto²⁰.

Nas suas origens, o *Administrative Procedure Act* atribuía ao Poder Judiciário norte-americano um poder bastante brando de revisão dos atos normativos das agências. Caberia ao Poder Judiciário invalidar apenas aquelas normas que se revelassem “arbitrárias” ou “caprichosas”. Nessa concepção original, as agências poderiam editar quaisquer normas, no exercício de sua discricionariedade administrativa, exceto as completamente desarrazoadas – “*the crazy ones*” (SHAPIRO, 1988).

No curso das décadas de 1960 e 1970, se verificou que esse controle brando era insuficiente para manter as agências sob controle. Assim é que o Poder Judiciário passou a

²⁰ Shapiro (1988, p. 58): “Clearly, the conservatives won most on adjudication and least on rule making. For rule making, the conservatives saved judicial review by the ordinary courts. The standard of review, however, is clearly an expression of New Deal judicial self-restraint. In a democracy, nonelected federal courts should interfere with policy choices made by the elected president’s executive branch, wielding authority given it by an elected Congress, only when the agency’s action is very far beyond the law as the Court sees it. Only when no one could defend it in terms of the policies that Congress and President have announced, in other words only when it is ‘arbitrary and capricious’, should the courts strike it down”.

exercer uma revisão judicial mais detalhada sobre as normas editadas. Em vez de poderem produzir quaisquer normas, exceto as completamente insensatas, das agências se passou a exigir a produção da melhor norma possível (SHAPIRO, 1988).

Apesar de se continuar a utilizar as expressões “arbitrário” e “caprichoso” para aferir a validade jurídica das normas regulatórias, o conteúdo dessas expressões variou profundamente ao longo do tempo²¹.

O sentimento predominante era de que as agências precisavam ser fiscalizadas de perto exatamente em função de seu profundo conhecimento técnico do setor regulado, já que dentro desse conhecimento técnico, não necessariamente objetivo, poderiam estar inseridas preferências pessoais não facilmente identificáveis pelos leigos.

Na Inglaterra, a sua vez, todos os *quangos* são suscetíveis de controle jurídico de acordo com as normas gerais do controle judicial britânico.

Segundo Martinez (2002), o controle judicial tem por objeto comprovar que a atividade do *quango* se mantém dentro dos limites estabelecidos pela norma que o haja criado, que cumpre as funções ali estabelecidas, e que atua de forma razoável, equitativa, justa e imparcial.

Em contrapartida, o principal problema que se coloca em relação ao controle é que os tribunais não dispõem de parâmetro suficientemente preciso. Por essa razão, nos conflitos em que se discute sobre o conteúdo das atuações dos *quangos*, os tribunais demonstram a mesma deferência verificada na experiência norte-americana (MARTINEZ, 2002).

O que se observa, em regra, na experiência de controle judicial desses países do sistema de *common law*, é apenas a impugnação individualizada da aplicação concreta de atos normativos por juízes que, por não terem conhecimento profundo do setor regulado e de sua dimensão normativo-regulatória, costumam devotar deferência às decisões tomadas pelas agências reguladoras, dificilmente as revendo.

Os sistemas jurídicos da Europa continental, no que toca ao controle judicial da atividade regulamentar, apresentam uma diferença relevante em relação aos Estados Unidos da América e à Inglaterra, que é a possibilidade de controle de legalidade com efeitos *erga omnes* e vinculante das normas infralegais, inclusive as expedidas pelas agências, conforme se observa nas experiências da França, Espanha, Portugal e Alemanha, abaixo descritas.

²¹ Shapiro (1988, p. 58): “Saying you have been arbitrary and capricious if you choose a rule that you cannot convince a court is the best rule is hardly the meaning of ‘arbitrary and capricious’ that the New Dealers had in mind”.

Na França, todas as autoridades independentes estão submetidas ao controle judicial. O Conselho Constitucional e o Conselho de Estado, órgão da justiça administrativa francesa, reconhecem que o controle judicial é uma exigência do princípio do Estado de Direito e que não há nenhum motivo que justifique que as agências reguladoras escapem desse controle.

A maioria da doutrina francesa ressalta a importância do controle judicial precisamente porque o controle político que se exerce sobre elas é limitado (MARTINEZ, 2002).

Sobre o controle judicial das agências reguladoras francesas, tem-se colocado o problema de qual seja o seu objeto.

A respeito, o Conselho de Estado raras vezes tem anulado atos ou normas de uma autoridade independente e quando o tem feito há sido por motivos formais, demonstrando, assim, também uma deferência em relação ao mérito de suas decisões (MARTINEZ, 2002).

A par disso, Caetano (2008, p. 1.347) anota que a França, após lenta evolução, alcançou estrutura e procedimento avançados na impugnação judicial de regulamentos, e, assim, também dos atos normativos expedidos pelas agências reguladoras. Nesse país, há a possibilidade de ajuizar-se um recurso direto, em caráter abstrato, contra qualquer regulamento, contrastando-o face às leis.

Na Espanha, igualmente, de acordo com o estabelecido nas leis de criação das autoridades independentes e na *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, de 27 de dezembro de 1956, os atos administrativos dessas autoridades são recorríveis diretamente, em única instância, por um rol limitado de legitimados, ante a *Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional* (MARTINEZ, 2002).

Mas a impugnação abstrata de regulamentos, no direito espanhol, não está limitada a esse recurso direto, e em caráter objetivo, contra a sua validade.

Segundo Enterría (1998, p. 47), o passo mais decisivo dado pela *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* foi a previsão da possibilidade de uma anulação *erga omnes*, e não apenas o afastamento da aplicação da norma regulatória *inter partes*, mesmo quando a relação processual possua características subjetivas, de impugnação do ato ilegal por uma parte lesada.

Assim, também é possível obter a anulação geral de um regulamento por ocasião da impugnação de um de seus atos aplicativos.

Nessa situação, não é necessário que a parte impugne o regulamento em caráter abstrato, mas se, ao impugnar a sua aplicação ao caso concreto, o Tribunal visualizar um

confronto entre regulamento e lei, possui o dever de ofício de anulá-lo, com efeitos *erga omnes* (ENTERRIA, 1998, p. 47).

No curso de uma relação processual subjetiva, portanto, se abre a possibilidade de se inaugurar uma discussão abstrata da legalidade da norma regulatória, procedimento, este, cuja prática é de máxima importância para a higidez do ordenamento jurídico.

Essa atitude judicial de análise concentrada de regulamentos se fundamenta na *repercussão geral* da questão de legalidade tratada nos autos da relação subjetiva e por isso é que deve ser analisada de pronto por meio da instauração de um controle abstrato incidental de normas, o que será, aliás, prévio à solução da relação subjetiva posta sob exame.

Enterria (1998) pontua que essa prática permite a eliminação de pseudo-normas que impedem a aplicação das normas de valor superior, que são as leis infringidas pelos regulamentos.

Assim, o controle abstrato possui uma função purgativa ou purificadora do ordenamento, função, esta, que opera antes no *interesse da lei* do que propriamente no interesse particular dos recorrentes.

Enterria (1998) reforça que os efeitos *erga omnes* possuem um efeito direto de economia processual, ao evitar a proliferação de litígios quando da aplicação do regulamento ilegal, propiciando uma análise única da ilegalidade.

Isso porque se torna possível eliminar em um só processo uma cadeia de potenciais ilegalidades (o regulamento ilegal e os atos administrativos que o aplicam), evitando os múltiplos processos que seriam necessários para anular a série indefinida de seus desdobramentos.

Enterria (1998) defende essa possibilidade de *recurso indireto* contra os regulamentos afirmando que o fato de o recurso direto possuir um rol de legítimos bastante restrito, caso fosse a única via, deixaria setores inteiros de administrados sem acesso possível à impugnação abstrata de regulamentos. Daí a necessidade de se admitir essa via paralela de impugnação abstrata de regulamentos.

Ademais, para Enterria (1998), a eliminação de um regulamento ilegal é algo que se deve estimular, e não limitar, exatamente em razão de seu efeito purgativo, tornando eficaz o império das leis, e não da Administração, e evitando a já mencionada multiplicação de ilegalidades por meio de atos aplicativos fundamentados em regulamentos ilegais. Notadamente ao se considerar que a Administração Pública seria um “legislador” de crédito muito duvidoso em razão de muitas vezes possuir interesses próprios atingidos pelo regulamento.

Do ponto de vista material, a ampliação da eficácia do controle de legalidade possuiria o benefício de fazer prevalecer a primazia da lei (ENTERRIA, 1998).

Em Portugal, à semelhança do modelo espanhol, Caetano (2008) registra que também existe a possibilidade de ser interposto recurso direto com a finalidade de anulação de regulamento.

Caetano (2008) defende a existência do recurso direto para se obter a anulação de regulamentos asseverando que “um regulamento ilegal pode privar os cidadãos de direitos assegurados pela lei violada”.

Canotilho (2003) ressalta que a fiscalização abstrata de ilegalidade possui previsão constitucional e que esse controle, que é realizado diretamente pelo Tribunal Constitucional, possui efeitos idênticos aos da fiscalização abstrata de inconstitucionalidade.

Os requisitos objetivos para o acionamento do controle abstrato de ilegalidade são a alegação de violação (i) de lei com valor reforçado (que, por analogia ao modelo constitucional brasileiro, seriam as leis complementares) por normas constantes de ato legislativo; (ii) do estatuto da região autónoma e da lei geral da República por normas constantes de diploma regional (isto é, decreto legislativo regional, decreto regulamentar regional, regulamento regional), nos termos do art. 281º da Constituição da República Portuguesa; ou (iii) violação dos direitos da região autónoma consagrados no estatuto por normas constantes de diploma emanado dos órgãos de soberania (leis, decretos-leis, regulamentos), nos termos do art. 281º/1-d da Constituição da República Portuguesa.

No entanto, a legitimidade processual ativa para esse controle direto é limitada, cabendo apenas ao Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Provedor de Justiça, Procurador-Geral da República, um décimo dos Deputados à Assembleia da República. Quando a violação alegada se referir a estatutos das regiões autónomas, também possuem legitimidade o Ministro da República, as Assembleias Legislativas regionais, os Presidentes das Assembleias Legislativas regionais, os Presidentes dos Governos regionais e 1/10 dos deputados à Assembleia Legislativa regional da respectiva região autónoma, nos termos do art. 281º/2/g da Constituição da República Portuguesa.

A par do controle abstrato, também a exemplo do modelo espanhol, ainda existe a possibilidade de instauração de incidente de ilegalidade perante o Tribunal Constitucional quando a decisão do juiz *a quo* recusar a aplicação constante de norma infralegal com fundamento em sua ilegalidade, nos termos do art. 280º/2/a da Constituição da República Portuguesa.

Os efeitos e o processo de fiscalização concreta da ilegalidade são idênticos aos da fiscalização concreta da inconstitucionalidade (CANOTILHO, 2003).

Wolff, Bachof e Stoiber (2006) defendem que, quando as normas jurídicas infralegais não forem passíveis de controle abstrato de constitucionalidade, devem ser subordinadas a um adequado controle de normas pelos tribunais administrativos.

Apesar de, na Alemanha, segundo afirmam, esse controle não ocorrer de uma forma geral e ilimitada, haveria uma necessidade político-administrativa de se promover controle abstrato de legalidade de normas infralegais pelos tribunais administrativos, “porque um tal controle de normas constitui frequentemente a única possibilidade de oferecer uma protecção jurídica eficaz – em tempo útil.” (WOLFF; BACHOF; STOIBER, 2006, p. 400).

Afirmam que o atingido por um regulamento ilegal pode dispensar a necessidade do controle concreto se o controle abstrato for exercitado eficazmente, o que traria alguns benefícios, notadamente a economia processual e a inexistência de decisões judiciais divergentes (WOLFF; BACHOF; STOIBER, 2006, p. 400).

Relatam, ainda, que, no direito alemão, as leis de contencioso administrativo dos Estados federados da zona de ocupação americana de 1946/1947 já previam o controle abstrato de normas infralegais pelos Supremos Tribunais Administrativos a pedido de um atingido.

No entanto, além de não haver imposição constitucional nesse sentido, a Lei do Contencioso Administrativo (“*Verwaltungsgerichtsordnung*” – VwGO), de 21 de janeiro de 1960, não a impôs forçosamente de uma forma geral, mas limitou-se a permitir um tal controle de normas para o direito estadual. Só alguns Estados federados teriam feito uso desta autorização (WOLFF; BACHOF; STOIBER, 2006, p. 401).

Atualmente, o controle de legalidade apenas incide sobre as normas infralegais produzidas pelos Estados federados (estaduais, portanto), não alcançando as normas de status federal, nos termos do § 47, I, da Lei do Contencioso Administrativo.

Assim, contra as normas federais infralegais não existe controle concentrado de legalidade pelo Supremo Tribunal Administrativo alemão.

Ainda nos termos do § 47 da Lei do Contencioso Administrativo, o procedimento tem início através de um recurso escrito, num prazo máximo de dois anos, no qual a primeira e última instância do Supremo Tribunal Administrativo competente para o processo declara a invalidade de uma norma jurídica de grau inferior ao de uma lei estadual formal.

Tem legitimidade para o recurso qualquer pessoa que alegue e prove que foi ou virá a ser lesada, em um direito subjetivo público, pela norma jurídica infralegal combatida.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Administrativo a respeito da legalidade ou ilegalidade da norma infralegal transcende a relação processual concreta e possui vinculação geral, nos termos do § 47, V, da Lei do Contencioso Administrativo (“*allgemein verbindlich*”).

Wolff, Bachof e Stoiber (2006, p. 407) apontam que os atos administrativos baseados na norma jurídica declarada inválida que ainda não tenham produzido efeitos deverão ser anulados e os actos administrativos que possuam efeito duradouro deverão ser modificados.

É ilícita a execução de actos administrativos que ainda não tenham sido executados. Mantêm-se inalterados, no entanto, os atos administrativos válidos ou os atos administrativos sem efeito continuado validados por decisão jurisdicional.

O que se observa, então, na experiência judicial desses países, é que, ainda que não exista um controle abstrato de ilegalidade (como é o caso da Alemanha), a aplicação concreta de uma norma infralegal alegadamente ilegal pode ser conduzida diretamente ao órgão de cúpula do Poder Judiciário, que proferirá decisão com efeitos *erga omnes* e vinculantes.

Ademais, em razão de nesses países vigorar o sistema do contencioso administrativo, certo é que os juízes que apreciarão a matéria posta sob exame, apesar de poderem não ser especialistas, certamente estarão mais afeitos às demandas relacionadas a regulação de um modo geral.

6.2 Críticas da doutrina ao controle judicial

Apesar de serem muitos os posicionamentos doutrinários no sentido da necessidade do controle judicial como forma de se buscar eliminar a irresponsabilidade das agências e lhes conferir legitimidade democrática, ainda assim não são poucas as reservas que esse controle suscita.

No contexto francês, La Spina e Majone (2000) mencionam que Austin sustenta que o controle judicial não se concilia com muitas das atividades das agências, as quais muito dificilmente podem ser valoradas simplesmente segundo a alternativa legítimo – ilegítimo.

O controle judicial seria incompleto, por mirar apenas aspectos de conformidade à lei, ao passo que o exercício do poder normativo pelas agências seria algo bem mais amplo, no qual os agentes regulados possuem bastante influência em sua formação.

Esses autores também registram os efeitos maléficos da suspensão cautelar de uma norma regulatória, impedindo a produção de seus efeitos por um longo período de tempo. Assim é que eles afirmam que “o controle pode ser demasiado incisivo, mas no sentido de

paralizar, quiçá apenas provisoriamente, a atuação da agência reguladora” (LA SPINA; MAJONE, 2000, p. 178, tradução nossa)²².

Além do mais, tais suspensões cautelares provocariam a instabilidade da regulação.

Escrevendo sobre o chamado *risco da regulação*, Ortiz (2004, p. 646) defende que a regulação deve ser estável a ponto de que os agentes possam nela confiar com segurança, sem que haja risco de alterações bruscas, assim como uniforme para todos os agentes de um mesmo setor, os quais, no mais das vezes, concorrem entre si.

La Spina e Majone (2000) dão ênfase à escarsa familiaridade dos membros do Poder Judiciário com a complexidade fática e jurídica dos diversos setores econômicos regulados pelas agências.

Shapiro (1988) também critica o controle judicial ao defender que juízes conhecem apenas leis, sem, contudo, possuírem conhecimentos específicos sobre os setores econômicos regulados²³.

Exatamente no mesmo sentido, ao criticar a impossibilidade de se dotar todos os membros do Poder Judiciário de conhecimentos técnicos suficientes para habilitá-los a processar e julgar questões regulatórias, Ortiz (1999, p. 613) defende a criação de um único órgão judicial tecnicamente habilitado para conhecer as impugnações aos atos das agências reguladoras²⁴.

Fato é que, na Itália, segundo afirmam La Spina e Majone (2000), 90% dos atos das agências reguladoras (os quais não são necessariamente normativos) são impugnados na via judicial, com uma elevada probabilidade de que tenham a sua eficácia suspensa em sede liminar.

²² La Spina e Majone, 2000, p. 178: “*Il controllo giudiziario può essere assai incisivo, ma nel senso di paralizzare, sia pure ‘provisoriamente’, l’azione delle AR*”

²³ Shapiro (1988, p. 71): “*Judges are not expert at anything except law, and law is just words. By virtue of education and experience judges knew nothing about any of the technologies that had created the modern world. They knew no nuclear engineering or chemistry or even poultry science. And judges not only had the wonderful virtue of knowing anything, they were also wielders of government power who could wield that power to overcome technocracy, now seen as the tyranny of experts. Most importantly, judges traditionally performed the legitimate government role of judicial review of the agencies, a role that had been limited, but also consolidated, by the Administrative Procedures Act*”.

²⁴ Ortiz (1999, p. 613): “*Naturalmente estos pronunciamientos exigen una competencia técnica de la que los jueces, hoy, en general, carecen. Por ello hay que prever una Sala de revisión judicial de los entes reguladores que sea especialmente apta y técnicamente capaz (en su caso, convenientemente asistida) para la realización de estas tareas. Piénsese que de lo que se trata casi siempre no es de aclarar la norma o principio de justicia, sino de que el juzgador entienda cuál es el supuesto de hecho en cuya compleja valoración hoy es incapaz de entrar. Hay que preparar los Tribunales para las tareas que de ellos exigen, pues de lo contrario aún cuando admitan las demandas serán incapaces de dar una solución*”.

Para Cassese (1996), esse alto percentual de impugnação dos atos das agências reguladoras (alto, inclusive, para os padrões de litigiosidade italianos) se deveria ao fato de que a sua atuação incide sobre interesses econômicos bastante fortes.

Assim, a impugnação de normas regulatórias, muitas vezes, pode trazer benefícios econômicos muito grandes, em relação ao custo do processo judicial.

La Spina e Majone (2000) visualizam quatro modalidades de exercício de controle judicial.

Em primeiro, se o controle judiciário é superficial, o máximo de independência das agências corresponderá ao mínimo de controle.

Em segundo, se o controle judicial é amplo, mas os juízes conhecem apenas vícios formais, haverá controle sobre as agências, mas não sobre o mérito técnico das decisões.

Em terceiro, se o juiz tende a sobrepor o próprio entendimento a respeito da matéria sobre o das agências, este seu entendimento está desprovido de conhecimento específico sobre a matéria e pode conduzir a situações indesejadas.

Em quarto, um controle eficaz seria o realizado por juízes especializados e não inclinados a invadir áreas de competência das agências. Nessa hipótese, uma redução da liberdade das agências corresponderia efetivamente ao aumento de sua responsabilidade, inclusive quanto ao conteúdo das normas.

Litan e Nordhaus (1983, p. 3, tradução nossa)²⁵ criticam o controle judicial sob o argumento de que este seria pontual. Segundo esses autores,

Perder a noção do todo pelo particular causava pouco prejuízo quando as agências reguladoras eram poucas e suas missões modestas. Em anos recentes, no entanto, o escopo e impacto da regulação têm aumentado. Dependendo de como elas eram computadas, existiam menos de 10 agências com responsabilidades regulatórias antes de 1900; hoje o quantitativo ultrapassa 80. A atuação regulatória nacional evoluiu em uma série de estatutos editados por numerosas agências, cada uma promulgando grande número deles a cada ano. Quem fiscaliza toda essa atividade? Certamente não são os Tribunais, os quais possuem poder apenas para rever as decisões regulatórias em caráter individual trazidas perante eles.

²⁵Litan e Nordhaus (1983, p. 3): “*Missing the forest by watching the trees caused little waste when regulatory agencies were few and their missions modest. In recent years, however, the scope and impact of government regulation have proliferated. Depending on how they are counted, there were fewer than ten agencies charged with regulatory responsibilities prior to 1900; today the number stands at over eighty. The nation’s regulatory effort has thus evolved into a diverse set of statutes managed by numerous separate agencies, each promulgating dozens of rules each year. Who oversees all of this activity? Certainly not the courts, which have the power only to review the individual regulatory decisions brought before them.*”

Para eles, o controle judicial pode até ser importante, mas apenas para a defesa de interesses específicos do cidadão lesado, e não para manter a atividade regulatória em si sob fiscalização.

Em verdade, para esses autores, a fiscalização da atividade regulatória pode se dar em diferentes níveis: a primeira, e mais frágil, seria a revisão de regras individualmente consideradas, na qual se inseriria a revisão judicial; a última, e mais eficaz, seria a análise global da regulação editada por uma autoridade independente, a comparação do seu impacto no setor regulado face a outras alternativas de ação governamental, como a despesa pública e a tributação.

Daí o caráter incompleto (ou parcial) do controle judicial.

Além dessas críticas, um ponto extremamente controverso a respeito do controle judicial dos atos regulatórios – notadamente os normativos – diz respeito aos seus limites, o que será analisado no item seguinte.

6.3 Parâmetros de controle pelo Poder Judiciário

Como visto acima, o poder normativo das agências reguladoras é praticado como um desenvolvimento do que se encontra estabelecido em lei, tomando-a, ao menos, como ponto de partida.

No mais das vezes, as normas desenvolvidas pelas agências serão mais um fruto dos procedimentos legitimatórios (audiências e consultas públicas) do que de uma mera reprodução do que se encontra legalmente estabelecido. As normas regulatórias, por terem esse caráter *consensual*, dificilmente têm uma referência clara e direta à legalidade (CHEVALLIER, 2009).

Também como já visto, a atividade normativa das agências mais se assemelha à atividade dos juízes da *common law*, que seria a busca, em vista dos casos concretos, das normas mais adequadas para as soluções das controvérsias surgidas no âmbito dos setores regulados, inclusive considerando a sua ágil dinâmica.

Assim, apesar de ser possível a realização de controle de legalidade sobre as normas editadas pelas agências reguladoras, o exercício de um tal controle, que tem por referência apenas diplomas legais, se revela insuficiente para se aferir, em sua integralidade, a correção das opções normativas das agências reguladoras.

Ou seja, o contraste das normas editadas pelas agências com os padrões da legalidade, apesar de extremamente necessário, é insuficiente para se aferir qual de duas opções

igualmente legais, do ponto de vista de conformidade à lei, se revela a mais adequada para as situações concretas.

E, nesse aspecto, não se pode esquecer que a produção regulatória tem superado, e em muito, a produção legislativa, como visto acima, o que pode sugerir que a maior parte das controvérsias regulatórias envolverão elementos que não estão claramente estabelecidos em lei, mas que foram agregados à norma regulatória por meio do processo legitimatório e no exercício da discricionariedade técnica das agências.

O que fazer, portanto, para se controlar as opções tomadas pelas agências em questões que não possuem uma referência direta à legalidade? Ou seja, questões cuja solução não se encontra em nenhum diploma legal, mas que foram alcançadas, como já falado, por meio de processo legitimatório e no exercício da discricionariedade técnica das agências.

Essas opções das agências, por haverem obedecido ao processo legitimatório e por se fundamentarem no exercício de sua discricionariedade técnica, não seriam objeto de controle?

Seria desnecessário o controle em razão do caráter *objetivo* do exercício da discricionariedade técnica pelas agências?

Apesar de, vez por outra, haver quem defenda que a discricionariedade técnica das agências não pode ser controlada (a chamada *insindicabilidade* dos atos das agências), já há posicionamentos doutrinários no sentido de que as agências devem ser controladas exatamente em razão de seu profundo conhecimento técnico, no qual podem estar ocultas preferências pessoais (SHAPIRO, 1988).

Ou seja, não se pode esquecer que, para quem possui um conhecimento específico, pode não ser tão difícil travestir uma preferência pessoal de uma tecnicidade em verdade inexistente.

Assim, a aferição da discricionariedade técnica das agências, apesar de polêmica, é uma verdadeira necessidade para mantê-las sob controle.

A questão que surge, então, é quem tem capacidade de verificar a higidez da discricionariedade técnica das agências e quais os parâmetros que deve utilizar nessa atividade.

Dois comportamentos podem surgir, assim, da parte do Poder Judiciário frente à discricionariedade técnica das agências.

O primeiro comportamento é a aferição, pelo Poder Judiciário, apenas de questões de legalidade, respeitando-se as decisões discricionárias tomadas pelas agências. Afinal, as agências são formadas por especialistas na matéria decidida. Seria, assim, a deferência judicial face à *expertise* do regulador.

O segundo comportamento seria uma atuação invasiva por parte do Poder Judiciário, promovendo a substituição da discricionariedade técnica das agências pela do juiz.

Ambos comportamentos, porém, são insatisfatórios.

O primeiro comportamento é insatisfatório porque não existirá controle judicial exatamente sobre a parte mais importante da atividade regulatória: a discricionariedade técnica.

Para Shapiro (1998, p. 160), esse comportamento tende a manter a discricionariedade das agências da pior forma possível: discricionariedade técnica, potencialmente veiculadora de preferências pessoais, fantasiada de verdade científica.

O segundo comportamento é insatisfatório por uma razão um pouco mais complexa.

Shapiro (1988) problematiza esse controle mais invasivo ao questionar quais seriam os seus parâmetros: seria o interesse público um vetor seguro? Existiria um procedimento objetivo de determinação do que seja o interesse público?

Para ele, o interesse público não é um vetor seguro para o controle em razão de não ser possível determiná-lo. Daí que seria inadequado o controle judicial de normas que, afinal, haviam sido elaboradas por meio de um procedimento legitimatório praticamente *consensual* (SHAPIRO, 1988).

Em regra, o Poder Judiciário não dispõe de elementos para substituir a discricionariedade técnica das agências, e termina por utilizar suas próprias noções a respeito do que é certo ou errado (SHAPIRO, 1988).

Caso se levasse a cabo a substituição da discricionariedade das agências pela do Poder Judiciário, a questão se resolveria, então, na escolha de discricionariedades (qual a melhor, a discricionariedade das agências ou a do Poder Judiciário?), o que incorreria num vício de legitimidade democrática bastante grave.

Assim, apesar de ter o efeito positivo de trazer à tona o falso caráter científico das decisões tomadas pelas agências no âmbito de sua discricionariedade técnica, esse comportamento invasivo tende a criar vasta discricionariedade para os juízes.

E, então, Shapiro (1988, p. 1, tradução nossa) se faz o seguinte questionamento: “Se nós colocamos os juízes para nos proteger dos burocratas, como nós nos protegeremos dos juízes?”²⁶

²⁶ Shapiro (1988, p. 1): “If we set judges to protect us from bureaucrats, how are we to protect ourselves from judges? For how can judges maintain surveillance over agency prudence except by exercising their own? What can they do except demand a more truthful rule-making record, themselves vicariously participate in deliberations revealed there, come up with their own prudential policy guesses and then see whether the agencies’ guesses match their guesses? Where they don’t match, it must be that the agency has not acted with

Assim é que, se, de um lado, o controle judicial de legalidade sobre os atos das agências reguladoras é insuficiente para mantê-las sob controle, e, de outro lado, o controle judicial sobre a discricionariedade técnica pode se revelar inadequada, o que resta para se realizar uma efetiva fiscalização sobre os atos normativos das agências?

Para La Spina e Majone (2000), a legitimidade substancial das agências se refere a coerência e racionalidade do processo regulatório, mas principalmente ao conhecimento técnico e a capacidade dos reguladores de resolver os problemas setoriais.

Assim, se a legitimidade substancial das agências reguladoras é o conhecimento técnico de seus membros, o controle, para ser eficaz, deve ser igualmente técnico, notadamente, como observa Shapiro (1988), pelo fato de a regulação ter se tornado cada vez mais complexa ao longo do tempo.

Assim é que La Spina e Majone (2000) defendem que, caso o controle não seja realizado por técnicos, que ao menos os juízes sejam assessorados por técnicos na matéria a ser decidida.

A propósito, Manetti (2007, p. 31, tradução nossa) anota que o Conselho de Estado italiano adotou “jurisprudência inovadora que contesta a absoluta imunidade das avaliações técnicas desenvolvidas pela Administração Pública e em particular pelas autoridades independentes”.

Esse posicionamento jurisprudencial veio a ser facilitado com a edição, pelo Parlamento italiano, da Lei nº 205, de 21 de julho de 2000, que possibilitou a nomeação de ofício, pelo juiz, de especialista com a finalidade de auxiliá-lo na análise dos provimentos administrativos.

Manetti (2007, p. 31, tradução nossa) registra que, na Itália, ninguém mais pensa em contestar ou limitar o controle, pelos juízes, do ato das agências reguladoras. “Este é um elemento de importante legitimação *a posteriori* daquelas decisões, além do que um instrumento irrenunciável de garantia das situações dos cidadãos”.

6.4 O modelo brasileiro

O controle de judicial da atividade normativa das agências reguladoras brasileiras representa a materialização de grande parte das críticas apontadas acima.

Diferentemente do que ocorre na França, Espanha, Portugal e Alemanha, não existe, no Brasil, a possibilidade de controle de legalidade de regulamentos com efeitos

sufficient prudence. The judge as senior prudent leads us back to a far more acute form of the ‘mighty problem’ of judicial review, its undemocratic character, than does the judge as senior technocrat”.

transcendentes ao da relação processual subjetiva, nem o mecanismo do controle abstrato de legalidade.

A inexistência do controle abstrato importa em que o processo judicial apenas se instaure a partir de uma lesão ou ameaça de lesão.

É verdade que é possível o controle concentrado de constitucionalidade de regulamentos – e, assim, de normas regulatórias expedidas pelas agências reguladoras – a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), mas, segundo a orientação jurisprudencial da Corte Constitucional, tal se dará exclusivamente quando houver ofensa direta à CF/88, não sendo cabível quando a afronta for reflexa.

Ademais, é bastante restrita a legitimidade para o acionamento do controle concentrado de constitucionalidade perante o STF.

Assim, o controle judicial que resta sobre a atividade normativa das agências é o difuso, com todas as suas imperfeições.

O controle judicial das normas regulatórias no Brasil pode ser realizado por qualquer juiz de 1ª instância, inclusive por mais de um ao mesmo tempo, em processos diferentes, e com efeitos apenas entre as partes envolvidas na relação processual, ou, quando muito, no âmbito de ações coletivas, com efeitos limitados a Estados da Federação.

A propósito dos efeitos da coisa julgada em ação civil pública, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Corte Especial, diante de notória divergência doutrinária e jurisprudencial, firmou o entendimento de que a sentença proferida em ação civil pública faz coisa julgada *erga omnes* apenas nos limites da competência territorial do juízo prolator da decisão²⁷.

O controle meramente difuso dos atos normativos regulatórios torna possível que um determinado agente regulado ingresse com uma ação judicial e obtenha medida liminar ou mesmo sentença com uma liberação para não cumprir, sem ser penalizado, uma norma regulatória, ao passo que esta norma permanece existente e válida para todos os demais agentes econômicos.

Fato é que, em razão da impossibilidade de se estender efeito para todos às decisões judiciais que apreciam a legalidade de atos normativos infralegais no caso concreto, divergentes são as soluções encontradas pelos administrados junto ao Poder Judiciário em relação a questões idênticas.

Essa situação tem dois efeitos bastante nocivos.

²⁷ Vide, a propósito, acórdão proferido no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 253.589/SP, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 4 de junho de 2008.

O primeiro é que a norma regulatória, anteriormente vigente em relação a todos, passa a conter “furos”, e, ao longo do tempo, pode perder a eficácia pretendida.

O segundo é o tratamento assimétrico dado a agentes econômicos idênticos, que, aliás, podem estar inseridos em ambiente concorrencial.

Esta assimetria regulatória infringe o tratamento igualitário que os administrados esperam receber da Administração Pública, à força normativa das leis – ou o regulamento está de acordo com as leis e deve ser mantido ou está em desacordo e deve ser expurgado por completo do ordenamento jurídico – e à segurança jurídica.

Pode, ainda, causar sérias distorções na concorrência de um setor especificamente considerado, desequilibrando-a em favor do agente que obteve o *salvo-conduto* judicial.

A mera possibilidade de tratamento não uniforme pelo Poder Judiciário de questões idênticas, além de promover a insegurança jurídica, quando considerada em um setor econômico específico, no qual deve imperar a justa concorrência, pode oportunizar uma imprópria concorrência em desigualdade “regulatória” de condições.

A par da inexistência de um controle de legalidade com efeitos gerais, também pode ser acrescentada, como falha do modelo brasileiro, a falta de conhecimento técnico dos setores regulados pelo juiz.

Como mencionado acima, após a abertura à livre iniciativa de setores anteriormente mantidos sob gestão estatal, a sua regulação tem se tornado cada vez mais complexa, envolvendo conhecimentos especializados de engenharia, economia, meio-ambiente, entre outros.

No modelo judicial brasileiro, o juiz normalmente já tem que resolver litígios em diversas áreas do conhecimento, como questões previdenciárias, tributárias, ambientais, saúde pública, agrárias, penais, comerciais e civis.

Quando a esse já extenso rol se acrescenta a possibilidade de o juiz brasileiro conhecer e julgar questões de telefonia, energia elétrica, aviação civil, petróleo, transportes e planos de saúde, por exemplo, torna-se impossível pretender que a solução dada pelo Poder Judiciário seja feita com real conhecimento do problema apresentado.

Isso conduz a que algumas soluções apresentadas pelo Poder Judiciário possam apresentar erros graves, exatamente por falta de conhecimento do setor regulado.

Outro ponto que merece relevo é a impossibilidade de serem ouvidos todos os interessados na edição da norma no processo judicial, o que ocorre invariavelmente durante a sua elaboração no âmbito das agências, no curso do procedimento legitimatório.

Assim, no modelo brasileiro, há a possibilidade de a regulação, que muitas das vezes reflete a participação plural de todo o setor regulado em sua elaboração, ser suspensa no curso de uma relação processual em que não se repete a pluralidade da formação da norma.

No entanto, apesar desses argumentos, cabe fazer um corte lógico no texto para registrar a iniciativa tomada pelo juiz federal da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de Sergipe quando do processamento da ação civil pública de nº 2008.85.00.001185-2, promovida pelo Ministério Público Federal contra a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

Em resumo, o Ministério Público Federal pretendia obter provimento judicial que obrigasse a agência reguladora a impor à indústria farmacêutica a aposição, nos rótulos de medicamentos, a incorporação de avisos relacionados ao desencadeamento de reações alérgicas.

No curso do processo, o juiz federal negou o julgamento antecipado da lide, requerido pelo Ministério Público Federal, e, com base na doutrina da concretização de Peter Häberle, promoveu audiência pública judicial com a participação de médicos especialistas “com larga experiência no trato direto ou indireto de reações alérgicas correlacionadas a acidentes de consumo”.

Além da audiência pública judicial, foi instalado grupo de trabalho com formação técnica, integrado virtualmente, com a finalidade de consolidar os dados obtidos e confrontar as propostas e avaliações.

Na sentença ao final proferida, o juiz federal utilizou como *razão de decidir* o mérito da questão as informações técnicas trazidas pelos expertos que foram ouvidos durante a audiência pública.

Deve-se observar que essa iniciativa fragiliza duas das objeções levantadas acima contra o controle judicial dos atos regulatórios: falta de conhecimento técnico pelo juiz e participação dos interessados/expertos na elaboração da norma.

No entanto, é importante ter presente que essa postura tomada pelo juiz federal em questão é uma iniciativa isolada, e que não se encontra procedimentalizada no Código de Processo Civil. Fica a depender, portanto, do bom senso do magistrado, não se revelando como uma imposição jurídica para a revisão de normas regulatórias.

Finalizado o corte lógico, outro ponto a ser salientado em desfavor do controle difuso é que a impugnação individualizada de atos regulatórios ou práticas administrativas frente à legalidade pode gerar um sem-número de demandas.

Ou seja, além de decisões contraditórias, tanto em caráter liminar quanto em definitivo, tem-se enxurrada de ações no âmbito do Poder Judiciário.

Exemplo que pode ser citado nesse sentido – apesar de não se referir a regulação econômica, mas tratar da relação regulamento \leftrightarrow lei – é a questão da aplicação da Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, aos benefícios previdenciários deferidos anteriormente à sua edição.

Esta situação jurídica gerou o ajuizamento de milhares de ações em todo o país. O Supremo Tribunal Federal somente decidiu definitivamente a questão, em sede de recurso extraordinário, em fevereiro de 2007, quase doze anos após a edição da lei, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 416.827 – SC, sendo relator o Ministro Gilmar Ferreira Mendes. E, ao fazê-lo, estendeu a decisão para outros 4.908 recursos extraordinários que já se encontravam na Suprema Corte.

Todas essas deficiências se referem à análise de legalidade, a qual, como visto, é apenas uma parte do controle que pode ser exercido sobre as normas regulatórias.

Como falta ao Poder Judiciário conhecimento técnico para aferir a pretensa objetividade da discricionariedade técnica da Administração Pública, sequer é possível considerar esse controle, de forma séria e coerente, no direito brasileiro.

Assim, a parte mais importante da regulação – que se relaciona diretamente com o espaço reservado à *discricionariedade técnica*, sem um referencial preciso em lei – permanece sem controle efetivo por parte do Poder Judiciário.

O problema de um tal controle sobre a *discricionariedade técnica* pode estar tanto na deferência que os juízes possam ter em relação às decisões das agências, quanto numa eventual postura agressiva do Poder Judiciário, que, sobre ser invasiva, não garantiria um controle adequado.

Isso porque, em relação a este segundo ponto, dada a incompreensão dos juízes não-especialistas sobre o “todo” do ambiente regulatório, a solução posta muito possivelmente não garantiria a estabilidade das regras para o setor regulado.

No mais das vezes, essa atuação invasiva, sendo descalibrada (ou seja, incisiva, porém tecnicamente inadequada), poderia proporcionar graves desvios na livre e equilibrada concorrência, como já visto.

No Brasil, portanto, o acionamento do Poder Judiciário, por força de interesses particularizados ou, ainda, pela atuação do Ministério Público em defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, pode, quando muito, em regra, trazer à tona a

instabilidade da regulação, sem que, em contrapartida, represente uma efetiva fiscalização sobre a discricionariedade técnica das agências e seus efeitos.

Nesse controle difuso, o Poder Judiciário brasileiro pode se colocar a serviço de interesses particulares lesados pela atuação regulatória, mas isso não garante a manutenção da atividade regulatória sob controle.

Ao final, e em contraste com os mecanismos atualmente existentes, é importante fazer referência à antiga ação de interpretação do direito federal e estadual, instituída pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977, por meio da alteração do art. 119, I, “I”, da Constituição Federal de 1967, que, se estivesse em vigor, representaria um importante mecanismo para o controle das normas expedidas pelas agências reguladoras:

Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I – processar e julgar originariamente:

(...).

l) a representação do procurador-geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual.

A ação de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual foi extinta pela Constituição Federal de 1988 e, durante os seus onze anos de vida, o Supremo Tribunal Federal recebeu oito delas.

Segundo Farhat (2009), o Supremo Tribunal Federal decidiu três ações no mérito e considerou prejudicadas as outras cinco, em face da superveniência da Constituição Federal de 1988.

Quase no fim do seu governo, o presidente Fernando Collor pretendeu, via proposta de emenda constitucional (PEC), enviada ao Congresso - a qual, pela sua extensão e complexidade, ficou conhecida como o "emendão" -, entre outras modificações na CF, restabelecer a ação de interpretação, a cargo, porém, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), e não do Supremo. As partes da PEC do presidente da República, aprovadas pelo Congresso, constituem a EC nº 3/93, mas a ação de interpretação foi rejeitada pelo Senado, na sua quarta e última votação. Uma das razões para a rejeição foi o fato de a ação de interpretação ficar a cargo do STJ, o que poderia dar lugar a eventuais conflitos de competência com o STF.

A ação de interpretação do direito federal ou estadual poderia, efetivamente, representar um instrumento eficaz na estruturação de controle concentrado dos atos normativos das agências reguladoras, sanando alguns dos problemas encontrados no controle atualmente realizado por meio do acionamento difuso do Poder Judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da presente dissertação, buscou-se demonstrar a inexistência, seja no ordenamento jurídico brasileiro, seja na prática institucional dos Poderes da República, de controle eficaz sobre a atividade normativa das agências.

Diante de tudo o que foi exposto, há a possibilidade de serem apresentadas algumas sugestões de aperfeiçoamento nas relações entre os Poderes Executivo, Legislativo, e Judiciário e as agências reguladoras.

O Poder Executivo já se encontra devidamente aparelhado para influir sobre a atividade normativa das agências.

Ainda assim, deve-se notar que o constante acompanhamento da atividade das agências, por parte do chefe do Poder Executivo, se revela imprescindível para que sejam feitas as alterações normativas que possibilitem o seu melhor funcionamento e a sua mais fácil fiscalização por toda a sociedade. Isso porque os projetos de lei que disponham sobre *organização administrativa*, nos termos do art. 61, § 1º, II, “b”, da Constituição Federal de 1988, são de iniciativa privativa do Presidente da República.

Um passo importante a ser dado pelo Poder Executivo brasileiro no controle da atividade das agências ocorreria no estabelecimento de metas normativas a serem alcançadas, bem como servindo de foro adequado para a harmonização das regulações dos diferentes setores econômicos.

Haveria, assim, uma coordenação da atividade normativo-regulatória por parte da chefia do Poder Executivo, o que não significa que haveria uma ingerência indevida quanto ao mérito da regulação, assunto, este, reservado à discricionariedade técnica das agências.

O Poder Legislativo brasileiro também já se encontra devidamente aparelhado de instrumentos jurídicos para promover a fiscalização da atividade normativa das agências. Se esses instrumentos jurídicos não são utilizados, isso se deve a uma deficiência na atuação parlamentar.

Apesar da deficiência da atuação parlamentar e de sua duvidosa representatividade popular, ainda assim se acredita que um importante papel pode ser desempenhado pelo Poder Legislativo.

De um lado, é imprescindível que as opções políticas do Estado brasileiro, que se expressam por meio das leis, sejam detalhadas a ponto de conferir as adequadas balizas para as agências reguladoras. Conforme anota Salgado (2003), estas balizas devem ser bastante

firmes, principalmente em questões tarifárias, de modo a restringir a discricionariedade técnica das agências a aspectos técnicos, e não políticos.

De outro lado, em muito contribuiria a aprovação, pelo Poder Legislativo, de um *Código de Procedimento Administrativo*, a exemplo do APA norte-americano, no qual se estabeleçam *instrumentos* a serem utilizados e *procedimentos* a serem seguidos pelo Poder Judiciário para a avaliação abstrata das normas regulatórias.

O Poder Judiciário, a sua vez, teria um incremento considerável na sua atividade de controle da atividade normativa das agências caso houvesse a recriação da ação de interpretação de direito federal, por meio da qual seria possível a análise, em caráter abstrato, da legalidade das normas expedidas pelas agências reguladoras.

Em caráter complementar, haveria um ganho qualitativo na atuação do Poder Judiciário caso fossem estabelecidos, por meio de lei, a exemplo do APA americano, procedimentos judiciais obrigatórios para a impugnação de normas regulatórias (como a realização de audiência pública judicial, por exemplo). Também seria imprescindível a possibilidade de se conferir efeitos *erga omnes* às decisões.

Apesar de se enfatizar, aqui, o controle judicial especializado sobre a atividade das agências, deve-se fazer coro à célebre frase de Moe (1987): “Quando um sistema desses, de controles múltiplos, funciona como deve, ninguém controla uma agência; no entanto, a agência está sob controle”.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 2008.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ARAUJO, Luiz Eduardo Diniz. A Agência Nacional de Energia Elétrica, o Tribunal de Contas da União e a fiscalização dos processos de revisão tarifária dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica. **Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife, nº 15, p. 181, junho, 2007.
- _____. O poder normativo das agências reguladoras e o indivíduo como sujeito de direito. **Revista IOB de direito administrativo**, São Paulo, nº 33, p. 100, outubro, 2008.
- _____. Análise dos modelos de Estado social e regulador no Brasil a partir da obra Raízes do Brasil. **Revista Senatus**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 56, julho, 2009.
- ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. Hipóteses de cabimento de recurso hierárquico impróprio contra decisões de agências reguladoras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília/DF, p. 243, abril/junho, 2008.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica**. Granada: Comares, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras: constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BOWERS, James R. **Regulating the regulators: an introduction to the legislative oversight of administrative rulemaking**. New York: Praeger, 1990.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- BRUNA, Sérgio Varella. **Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 2008.

- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARBONELL PORRAS, Eloísa; MUGA MUNÖS, José Luis. **Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América**. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências reguladoras e poder normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (org.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- CASSESE, Sabino. Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni. In: CASSESE, Sabino; FRANCHINI, Claudio (Orgs.). **I garanti delle regole: le autorità indipendenti nel sistema istituzionale italiano; i loro compiti normativi, amministrativi, giurisdizionali**. Bolonha: Il Mulino, 1996.
- _____. **Oltre lo Stato**. Roma: Laterza, 2006.
- _____. **La nuova costituzione economica**. Roma: Laterza, 2007.
- CAVALCANTI, Francisco. A reserva de densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (coord.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: **Direito Regulatório: temas polêmicos**. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- DINIZ, Eli; AZEVEDO, Sérgio de. **Reforma do Estado e democracia no Brasil**. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **Legislacion delegada, potestad reglamentaria e control judicial**. Madri: Civitas, 1998.
- FALCÃO, Joaquim. Agências reguladoras e o Poder Judiciário. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 25 maio 2008, p. 3.
- FARHAT, Said. Ação direta de interpretação do direito federal pelo STJ. **Política e cidadania**. Disponível em: <

http://www.politicaecidadania.com.br/site/dicionario_main.asp?Id=35>. Acesso em 06 nov. 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2007.

FRANCHINI, Claudio. Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove. In: CASSESE, Sabino; FRANCHINI, Claudio (Orgs.). **I garanti delle regole: le autorità indipendenti nel sistema istituzionale italiano; i loro compiti normativi, amministrativi, giurisdizionali**. Bolonha: Il Mulino, 1996.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências reguladoras: a “metamorfose” do Estado e da democracia (uma reflexão de direito constitucional e comparado). In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GRASSO, Giorgio. **Le autorità amministrative indipendenti della repubblica: tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica**. Milão: Giuffrè, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2008.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HUGON, Paul. **História das doutrinas econômicas**. São Paulo: Atlas, 1984.

JUST, Gustavo. O Princípio da Legalidade Administrativa: O Problema da Interpretação e os Ideais do Direito Público. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (coord.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

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

_____. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

KAUFFMAN, Arthur. **Filosofia do direito**. Trad. Antônio Ulisses Cortez. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KAUFFMAN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFFMAN, Arthur; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid (coord.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid. **Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart**. Heidelberg: Muller, 2004.

KUHN, Thomas S. **La tensión esencial: estudios selectos sobre la tradición y el cambio en el ámbito de la ciencia**. Chicago: University of Chicago, 1996.

- LA SPINA, Antonio; MAJONE, Giandomenico. **Lo Stato regolatore**. Bologna: Il Mulino, 2000.
- LA SPINA, Antonio; CAVATORTO, Sabrina. **Le autorità indipendenti**. Bologna: Il Mulino, 2008.
- LITAN, Robert. E.; NORDHAUS, William D. **Reforming federal regulation**. New Haven and London: Yale University, 1983.
- LONGO, Filippo. Ragioni e modalità dell'istituzione delle autorità indipendenti. In: CASSESE, Sabino; FRANCHINI, Claudio (Orgs.). **I garanti delle regole: le autorità indipendenti nel sistema istituzionale italiano; i loro compiti normativi, amministrativi, giurisdizionali**. Bologna: Il Mulino, 1996.
- LONGOBARDI, Nino. **Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale**. Giappichelli: Torino, 2004.
- MAJONE, Giandomenico. **Regulating europe**. Londres: Routledge, 1996.
- _____. From the positive to the regulatory State: causes and consequences of changes in the mode of governance. In: **Journal of Public Policy**. Vol. 17, Part 2, May-Aug 1997.
- MANETTI, Michela. **Le autorità indipendenti**. Roma: Laterza, 2007.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- MARTINEZ, Maria Salvador. **Autoridades independientes**. Barcelona: Ariel, 2002.
- MARZONA, Nicoletta. Il potere normativo delle autorità indipendenti. In: CASSESE, Sabino; FRANCHINI, Claudio (Orgs.). **I garanti delle regole: le autorità indipendenti nel sistema istituzionale italiano; i loro compiti normativi, amministrativi, giurisdizionali**. Bologna: Il Mulino, 1996.
- MATURANA, Humberto. **A ontologia da realidade**. Belo Horizonte: UFMG, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MELO, Marcus André. A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 16, n° 46, p. 55, junho/2001.

- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MERUSI, Fabio; PASSARO, Michele. **Le autorità indipendenti**. Bologna: Il Mulino, 2002.
- MOE, Terry. Interests, institutions and positive theory: the politics of the NLRB. **Studies in American Political Development**. Disponível em: <http://wikisum.com/w/Moe:_Interests,_institutions,_and_positive_theory#Overview>. Acesso em 22 jan. 2008.
- MONCADA, Luís Solano Cabral de. **Lei e regulamento**. Coimbra: Coimbra, 2002.
- MOREIRA, Vital; MAÇÃES, Fernanda. **Autoridades reguladoras independentes**. Coimbra: Coimbra, 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- NAPOLEONI, Cláudio. **Curso de economia política**. Rio de Janeiro: Graal, 1997.
- NUNES, Edson de Oliveira (coord.). **Agências reguladoras e reforma do Estado no Brasil**: inovação e continuidade no sistema político-institucional. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.
- NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi! – a pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em direito. In: _____. **Sua excelência o comissário**: e outros ensaios de sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.
- PATU, Gustavo. **A escalada da carga tributária**. São Paulo: Publifolha, 2008.
- PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. **Poder regulamentar da administração pública**: os regulamentos autônomos como ferramentas de atenção à dinâmica social. Recife: Nossa Livraria, 2006.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: BRESSER, Luiz Carlos, e SPINK, Peter Kevin (coord.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. Rio de Janeiro: FGV, 2005.
- _____. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER, Luiz Carlos, e SPINK, Peter Kevin (coord.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. Rio de Janeiro: FGV, 2005.
- POPPER, Karl Raimund. **Lógica das ciências sociais**. Brasília: Universidade Nacional de Brasília, 1978.
- POSNER, Richard A. Teorias da Regulação Econômica. In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia**: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004.

PRADO, Mariana Mota. The challenges and risks of creating independent regulatory agencies: a cautionary tale from Brazil. U **Toronto, Legal Studies Research**, nº 983907, abril, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=983807>>. Acesso em 22 jan. 2008.

_____. O contrato e o plano de gestão no projeto de lei nº 3.337/04: controle desejável e justificado ou influência política indevida? **Revista de direito público da economia**, Belo Horizonte, nº 22, p. 115, abril/junho, 2008.

REICH, Norbert. A crise regulatória: ela existe e pode ser resolvida? In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate europeu**. São Paulo: Singular, 2006.

SALGADO, Lúcia Helena. Agências reguladoras na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**, Rio de Janeiro, março, 2003.

_____. **Regulação e concorrência no Brasil: governança, incentivos e eficiência**. Rio de Janeiro: IPEA, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica jurídica. In: KAUFFMAN, Arthur, HASSEMER, Winfried (coord.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

SCOTT, Colin. Responsabilização no Estado Regulador. In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate europeu**. São Paulo: Singular, 2006.

SHAPIRO, Martin. **Who guards the guardians?: judicial control of administration**. Atlanta: University of Georgia, 1988.

SOUSA, António Francisco de. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SUNSTEIN, Cass R. O Constitucionalismo após o New Deal. In: MATTOS, Paulo (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004.

TOMKIN, Shelly Lynne. **Inside OMB: politics and process in the president's budget office**. Armonk: Sharpe, 1998.

VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. **Diritto e interpretazione**: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto. Roma: Laterza, 2004.

WOLFF, Hans J; BACHOF, Otto; STOIBER, Rolf. **Direito administrativo**. Tradução Antonio F. de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.