ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

AGÊNCIAS REGULADORAS: AUTONOMIA E CONTROLE

REGULATORY AGENCIES: AUTONOMY AND CONTROL

Mariana de Siqueira*
Yanko Marcius de Alencar Xavier**

RESUMO: O Estado brasileiro contemporâneo caracteriza-se economicamente como Estado Regulador da Economia. Não mais intervém diretamente, como regra geral, na seara econômica, atuando por sobre a mesma de forma indireta, através da regulação. Inspirando-se na experiência estadunidense, intencionando otimizar o exercício de sua função reguladora, inseriu o Estado brasileiro em sua estrutura administrativa as agências reguladoras. A tais agências foi conferida autonomia para que pudessem exercer da melhor maneira possível a regulação. O presente trabalho, a partir de tal contexto, numa tentativa de compatibilizar a autonomia das agências à sistemática constitucional, versa sobre a possibilidade de controle de seus atos.
Palavras-chave: Agências Reguladoras. Autonomia. Controle.

ABSTRACT: The changes in the format of the Brazilian State in the last decade were responsible for innovations in the structure of the Public Administration. New agencies were included in it which are the Regulatory Agencies. These new agencies are characterized by their autonomy. Thus, the present research proposes to examine this autonomy and its compatibility with the Federal Constitution and also as a possibility of regulation.
Keywords: Regulatory Agencies. Autonomy. Control.

* Mestranda em Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Advogada. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.
** Doutor em Direito Civil pela Universität Osnabruck – Alemanha. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

O ente estatal, ao longo de seu desenvolvimento histórico, assumiu formas variadas de estruturação. No que tange às suas conotações econômicas mais recentes, assumiu o Estado feições liberais, posteriormente as substituindo por feições intervencionistas; apresentando, nos dias atuais, feição regulatória da atividade econômica.

O Estado contemporâneo, após ter cedido espaço ao fenômeno da desestatização[1], configura-se como agente indireto da economia. É, assim, Estado que atua indiretamente na seara econômica, como regra geral; apenas nela intervindo de forma direta em casos excepcionais.

Quanto à exteriorização de tal intervenção econômica indireta, destaca-se, no âmbito nacional, a atuação das agências reguladoras. O Brasil, inspirando-se na experiência internacional norte-americana, insere em sua estrutura administrativa novos entes (as agências reguladoras), conferindo-lhes amplos e variados poderes (normativo, fiscalizatório, administrativo, etc.), especialmente no que tange à intervenção dos mesmos na seara econômica, para fins de tutela do interesse público.

As agências reguladoras exercem, para concretização de seus fins, as mais variadas funções, possuindo prerrogativas tipicamente estatais. Interferem de variadas formas no âmbito das atividades econômicas[2], tanto no

1 Alguns doutrinadores distinguem os termos privatização e desestatização; no primeiro caso, a titularidade das atividades anteriormente pertencentes ao Estado sai da esfera estatal, adentrando, em sua totalidade, na seara da livre iniciativa; no segundo, diferentemente, o Estado se mantém titular das atividades, permitindo aos particulares o seu exercício, intervindo indiretamente nas mesmas, através do exercício das atividades regulatória e fiscalizatória: "a desestatização, em sentido amplo, é o conjunto de variadas formas adotadas para transferir à iniciativa privada atividades antes exercidas pelo Estado, com o fito de diminuir a intervenção do Estado no domínio econômico. O termo desestatização engloba conceitos como o de privatização, desregulação, concessão, permissão e terceirização (*contracting out*). A privatização também apresenta mais de uma acepção. Pode ser considerada como a transferência de ativos ou de ações de empresas estatais para o setor privado. Argemiro J. Brum destaca como principais objetivos da privatização: a arrecadação de recursos com a venda de patrimônio, a redução do tamanho do Estado, retirando-o da atividade produtiva direta, ou diminuindo a sua presença nela e em setores da infraestrutura; a diminuição da dívida pública interna; a redução do *deficit* público; a concentração da capacidade administrativa e dos recursos do Estado nas funções básicas de sua competência, tais como saúde, educação, segurança, justiça, saneamento básico, cultura, ciência e tecnologia, infra-estrutura básica, etc." (MARCANTE, 2005).

2 O termo atividade econômica pode ser entendido como gênero de onde emanam duas espécies: a atividade econômica em sentido estrito e os serviços públicos. O serviço público é tipo de atividade econômica que deve ser preferencialmente exercida pelo setor público. O privado, excepcionalmente, poderá fazê-lo, desde que preenchidas as determinações legais em tal sentido. O termo serviço público é bastante amplo, necessitando de preenchimento a partir da realidade social. O conceito de serviço público não deve ter como elemento central a forma, o regime jurídico público, melhor dizendo, não se deve considerar determinada atividade como serviço público por estar a mesma sujeita ao regime jurídico publicista. É serviço público a atividade indispensável ao desenvol-

que diz respeito às atividades econômicas em sentido estrito como no que se refere aos serviços públicos, sob a justificativa de ser tal atuação forma de zelar pela tutela dos interesses sociais e pela defesa dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Tais entes, inseridos no âmbito da Administração Indireta, marcados por tão relevantes funções, dotados da responsabilidade de interferir na seara econômica, objetivando zelar pelo interesse público, são qualificados como entes dotados de autonomia.

São as agências, assim, entes pertencentes à Administração Indireta, Administração esta, como bem se sabe, marcada pela estrita legalidade[3]; porém dotados de autonomia. Surge aí, nesta breve definição, uma aparente contradição.

Como conciliar a autonomia atribuída às agências com os limites tradicionalmente direcionados à atuação da Administração? Até onde se estende a autonomia das agências? Qual seria o seu limite, se é que existe algum?

O presente trabalho, a partir do estudo das agências reguladoras, busca relatar a origem das mesmas, a sua adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro e caracterização; com foco central na análise da possibilidade de controle de sua autonomia.

2 O ENTE ESTATAL E SUA ATUAÇÃO ECONÔMICA: ASPECTOS HISTÓRICOS

A ideia moderna de Estado, ou seja, a ideia de Estado enquanto ente soberano, dotado de unidade decisória, com poder centralizado, uno e indivisível, ganhou seus primeiros traços delineadores ainda no século XIII, à época do apogeu do Feudalismo[4], vindo a se aperfeiçoar e a se fortalecer no

vimento social, é a atividade explícita ou implicitamente considerada pela Constituição como indispensável ao desenvolvimento, coesão e interdependência social. É tão indispensável tal atividade que deve ser contínua a sua prestação, apenas podendo haver interrupção em casos legalmente admitidos (princípio da continuidade do serviço público). As atividades econômicas em sentido estrito, por sua vez, correspondem às atividades que podem ser objeto de lucro; não sendo o exercício das mesmas indispensável à coesão social. Vide. (GRAU, 2006).

3 O princípio da legalidade em sua acepção estrita estabelece à Administração a possibilidade de apenas agir quando assim explicitamente autorizada por lei.

4 O feudalismo, surgido na Europa durante a Idade Média em decorrência da desintegração da escravidão romana, caracterizava-se, dentre outros aspectos, pelo modo de produção baseado em relações servis e pela existência de variadas unidades de poder: Clero, Nobreza e Feudo.

decorrer do século XIX.

Na medida em que os particularismos locais e as jurisdições autônomas são extintos, que a lei do soberano se sobrepõe às demais, que a ideia de distinção entre público e privado se aperfeiçoa, o poder se concentra e se unifica, delineando a ideia de soberania enquanto poder absoluto, uno e indivisível.[5]

Este ente estatal dotado de soberania, ao longo de seu desenvolvimento histórico, assumiu formas variadas de estruturação, sendo cada uma delas condizente com o momento em que se dava. Os momentos mais recentes da história revelam três formas distintas de atuação do ente estatal na seara econômica, dentro da ideia moderna de Estado aqui traçada; são elas: atuação liberal, atuação social e atuação pós-social.

2.1 O ESTADO LIBERAL E SUA ATUAÇÃO ECONÔMICA

O ente estatal estruturado sob a égide do liberalismo, no que tange à sua atuação econômica, pautava-se na ideia de intervenção mínima. Prevalecia o *laissez faire, laissez passer*, ou seja, deixa fazer, deixa passar. O Estado se abstinha de intervir na seara econômica, apenas quebrando tal regra geral em situações de excepcionalidade. As leis econômicas eram tidas como espécies de leis naturais. Acreditava-se, em tal período, na autorregulação do mercado. O mercado, regido por uma espécie de mão invisível[6], seria capaz de se autorregular, sem a necessidade de uma maior intervenção do Estado no domínio econômico. O mercado, de per si, sem maiores interferências estatais, seria capaz de prover o bem dos indivíduos e a justa distribuição de riquezas.[7] O ideal constitucional seria satisfeito com a simples garantia do direito de propriedade, das liberdades de comércio e indústria e das liberdades e garantias individuais fundamentais.[8]

Possuía o liberalismo caracterizador do Estado, assim, uma feição econômica absenteísta e de intervenção mínima[9] e uma feição constitucional de

5 FARIA, 2000, p. 19.

6 "Mão invisível" corresponde a um termo introduzido por Adam Smith em seu livro "A riqueza das nações". Smith acreditava que a atuação econômica da iniciativa privada deveria ser livre, com uma mínima ou inexistente intervenção estatal. O próprio mercado, sua estrutura, a livre competição entre os agentes levaria a uma diminuição dos preços dos produtos e serviços por eles oferecidos e, mais ainda, proporcionaria o advento de novas tecnologias.

7 DANTAS, 2007, p. 30 - 33.

8 DANTAS, 2007, p. 29 - 35.

9 É importante que se diga que a intervenção mínima do Estado na seara econômica, seu absenteísmo e a preponderância da defesa de interesses individuais não são sinônimos de inexistência de medidas de ordem

defesa dos direitos e garantias individuais dos cidadãos consagrados à época.

Tal modelo, como não poderia deixar de ser, resultou na prática de atos arbitrários por parte dos agentes econômicos. A economia capitalista pauta-se eminentemente na acumulação de riquezas, muitas vezes em detrimento da concorrência e de interesses de ordem pública; preponderam, em seu âmbito, os interesses privados dos agentes econômicos. Assim, frente à atuação mínima estatal, práticas monopolistas efetivaram-se e arbitrariedades foram cometidas em desrespeito ao próprio mercado e aos consumidores.

Diante das nítidas falhas do Estado liberal, alguns estudiosos teorizaram a necessidade de uma maior intervenção do Estado na seara econômica em prol do bem-estar da coletividade. Surgiram, em tal contexto, os primeiros traços teóricos delineadores do modelo econômico de Estado Social.

2.2 O ESTADO SOCIAL E SUA ATUAÇÃO ECONÔMICA

Com as falhas do liberalismo, inúmeros pensadores teorizaram sobre a necessidade de uma maior intervenção do Estado nas searas econômica e social, como mecanismo de promoção de uma igualdade material. A postura absenteísta do Estado apenas promovia a tutela da igualdade formal, da igualdade dos homens perante a lei, sem se ocupar de forma mais intensa da temática da redução das desigualdades e da melhoria da qualidade de vida dos indivíduos desfavorecidos economicamente. Destacaram-se, em tal contexto, as ideias expostas por Marx, Engels e pela Doutrina Social da Igreja.[10]

Tais ideais sociais, acrescidos de alguns fenômenos históricos, estimularam a mudança na postura econômica do Estado (Revolução Industrial, Revolução Russa de 1917, guerras mundiais, a crise de 1929, dentre outros).

O Estado, antes absenteísta, assumiu feições econômicas intervencionistas. Destacou-se, em tal contexto, a teoria econômica intervencionista keynesiana.[11]

A partir das teorias keynesianas, desenvolveu-se um modelo intervencionista de Estado, preocupado com a instituição de programas sociais

social. "O social, embora de forma esporádica, se fazia presente em nível legislativo, do que foi exemplo a Lei Le Chapelier, de junho de 1791, onde se especificava em que condições pode um homem alugar, voluntariamente, seus serviços a outrem e firmar um contrato de trabalho [...]. (DANTAS, 2007, p. 31 - 32).

10 DANTAS, 2007, p. 35.

11 John Maynard Keynes foi um dos mais relevantes economistas de sua época, tendo destacado-se pelo desenvolvimento de teorias econômicas intervencionsitas.

dentro da economia capitalista, objetivando concretizar a igualdade.

Segundo Keynes, não se fazia necessária poupança para realização de investimentos, bastava haver expectativa de retorno (lucro) para que os mesmos fossem realizados. Em períodos de recessão, frente à falta de investimentos privados, deveria o capital público realizar investimentos através de empréstimos, fomentar a realização de investimentos privados em áreas específicas estratégicas, proporcionar incentivos fiscais, não necessitando o orçamento público de manter-se perfeitamente equilibrado.[12]

O Estado keynesiano, assim, atuaria de forma ampla na seara econômica de modo a fomentar o consumo e o crescimento.

A atuação do Estado brasileiro na seara econômica, iniciada mais intensamente na década de 40, com a substituição de importações, e ampliada à época do regime ditatorial, pode ser constatada a partir de dados oficiais datados de 1981, onde se apontava, no âmbito federal, a existência de 530 pessoas jurídicas pertencentes ao Estado e responsáveis por desenvolverem atividades econômicas.[13]

Tal modelo de Estado viabilizou a acumulação privada, sustentou investimentos que diminuíram o desemprego, conciliou aumento de salário e de lucro e manteve a identidade normativa. Juridicamente, padronizou as relações de trabalho; politicamente, identificou focos de tensão e os resolveu com programas sociais; institucionalmente, interviu de forma intensa na sociedade.[14]

As políticas keynesianas geraram um círculo virtuoso nos anos 50 e 60, possibilitando aumento de salários, de produtividade e ocasionando a redução das distâncias sociais.[15]

Nos anos 70, frente às crises do padrão monetário internacional[16] e do petróleo[17] e à instabilidade econômica delas derivada, o modelo keynesiano de Estado inicia um processo de queda.

12 FARIA, 2000, p. 113 - 114.
13 BARROSO, 2005, p. 3.
14 FARIA, 2000, p 114 - 115.
15 FARIA, 2000, p. 115.
16 Em 1971 os EUA, unilateralmente, decidem por fim ao uso do ouro como padrão monetário internacional, frente à insustentabilidade da paridade ouro-dólar.
17 Dois foram os choques do petróleo vistos na década de 70, um no início desta (1973/1974) outro em seu término (1978/1979). Frente à crise, o preço do barril aumentou em até cinco vezes, ocasionando aumento nos preços de bens e serviços, diminuição de lucros, desequilíbrio comercial, redirecionamento dos fluxos financeiros, aumento da dívida externa dos países subdesenvolvidos, inflação nas economias industrializadas e freio no crescimento dos mercados. Para mais informações vide. (FARIA, 2000).

O crescimento do Estado keynesiano cai, seus riscos e gastos aumentam, mostrando-se o mesmo incapaz de fornecer, de forma rápida e eficaz, respostas a tais problemas. O modelo intervencionista de Estado revelava-se ingovernável.[18]

Foi a seara econômica a responsável por rapidamente fornecer respostas a tais problemas. Surgiram, a partir daí, os movimentos de desestatização, de desregulamentação dos mercados financeiros e de abertura do comércio aos serviços e informação. Iniciou-se, aí, o fenômeno hoje conhecido como globalização. O ente estatal, dentro de tal contexto, deixava de caracterizar-se economicamente como social, para adquirir feições econômicas preponderantemente regulatórias.

2.3 O ESTADO PÓS-SOCIAL E SUA ATUAÇÃO ECONÔMICA

Frente aos investimentos realizados nas áreas de serviço e tecnologia, a globalização impulsiona-se permitindo um contato mais célere entre os Estados, diminuindo o tempo das negociações e relativizando suas distâncias. A moeda se desmaterializa, convertendo-se em informação eletrônica. Surgem em substituição às multinacionais, as companhias globais, horizontais e com suas etapas de produção distribuídas em variadas partes do globo, intensificando a importação e exportação em uma mesma produção.[19]

A ciência e a tecnologia são os novos paradigmas da produção industrial e fortes impulsionadores da globalização. Com a velocidade de mudança das tecnologias, não mais havia a garantia de comercialização de dado produto por longo tempo, assim como de obtenção de lucro com sua venda por período longo. A solução para a rápida defasagem tecnológica dos produtos fabricados era a produção, distribuição e comercialização destes em escala planetária, de modo a aproveitar as vantagens de cada localidade

18 O termo "ingovernável" foi aqui utilizado no sentido de inaptidão do ente estatal para tomar decisões eficazes no tempo e quanto ao conteúdo para resolução de seus problemas. Conforme bem expõe José Eduardo faria, o ponto crítico da ingovernabilidade é a crise fiscal, ou seja, o momento onde o ente estatal não mais acumula capital suficiente para manter e ampliar seus programas sociais. As despesas estatais de ordem social aumentam em maior velocidade e intensidade que os meios de financiá-las. Para maiores informações vide. (FARIA, 2000).

19 O modelo de produção fordista, típico do Estado intervencionista, pautado na divisão do trabalho, na especificidade e mecanicidade das tarefas exercidas e na hierarquia vertical interna, é substituído pelo que se denomina modelo pós-fordista de produção, modelo este pautado na horizontalização das empresas, na fragmentação de sua produção em diversas localidades do globo e na especialização e nos amplos conhecimentos técnicos e profissionais de seus funcionários.

(melhor consumo, mais barata produção etc.).[20]

Surge, neste contexto, a economia-mundo, ou seja, uma complexa rede de mecanismos de produção, distribuição e comercialização de bens e serviços, em escala global, permitindo ampla acumulação de capital através da divisão do trabalho entre centro e periferia e entre burguesia e proletariado.

O ente estatal, que até os anos 70 comandava seu desenvolvimento mediante a conciliação das atividades das empresas públicas e privadas nacionais e internacionais, a partir dos anos 80 e do desenvolvimento da globalização, viu-se coagido pelo capital internacional a realizar uma gestão macro e homogênea da economia, perdendo autonomia na formulação de suas políticas sociais e setoriais.

As corporações internacionais e o sistema financeiro internacional revelavam o seu poder de comando e decisão no âmbito dos Estados - Nação. A antiga e clássica ideia de unidade do poder decisório e a noção de soberania atinente ao ente estatal moderno sofrem abalos.

O ente estatal, antes executor direto das atividades econômicas, passava a nelas intervir indiretamente e, ainda, por demais influenciado pelos interesses da ordem econômica internacional.

O Estado, antes denominado Estado Social/Intervencionista/Keynesiano, assumia novas feições, passando a denominar-se Estado Pós-Social.

O Estado Pós-Social, este que se encontra em processo de estruturação na atualidade, configura-se como um misto dos dois modelos econômicos de Estado a ele anteriores: o Estado Liberal e o Estado Social. Tutela não apenas interesses eminentemente privados, como a liberdade e propriedade, por exemplo, mas também interesses de ordem social, como o pleno emprego, a livre concorrência, dentre outros.

Em se tratando especificamente do caso brasileiro, é importante que se ressalte que nem à época clássica do liberalismo o país estruturou-se como Estado unicamente liberal, sempre se fazendo pautar na presença, ora mais intensa, ora menos intensa, do ente estatal na seara econômica, herança histórica do modelo colonial de exploração. O processo de ampla acumulação pelo Estado brasileiro de atividades a realizar e de fins a concretizar,

20 Cf. FARIA, 2000; NETO, 2006.

processo este iniciado nos anos 40, caracteriza-se por sua continuidade.[21]

Os países periféricos subdesenvolvidos, por sua industrialização tardia, por terem-na iniciado quando não mais admissível a exploração abusiva da mão de obra e outras espécies de práticas consideradas adequadas aos empreendedores e inadequadas à sociedade, desenvolveram ampla dependência do Poder Público. Indispensáveis se fizeram alguns auxílios estatais (fiscais, de investimento, dentre outros) ao desenvolvimento de certas searas econômicas. A presença do Estado na economia, em face de seu poder político e econômico, fez-se inevitável e, mais ainda, bastante útil.[22]

É com o inchaço do Estado, com a constatação de sua ingovernabilidade, da falta de recursos para gerir tão variadas atividades e para concretizar tão variados fins, que tal realidade sofre alterações. Frente ao fenômeno da globalização, iniciado no exterior nos anos 80 e sentido mais intensamente no país a partir dos anos 90, o Estado se abre a um processo de desestatização e de privatização de algumas de suas atividades.[23]

Diante de sua crise, vê-se o Estado frente a um dilema: Como manter e ampliar seus programas sociais sem ocasionar o desequilíbrio econômico e financeiro interno? Como manter as formas clássicas de aquisição de recursos (tributos, licenças, etc.) para consecução de seus fins sociais e atrair investimentos externos?

O Estado, buscando reduzir sua seara de atuação para tornar-se mais eficiente, abre mão do exercício direto das atividades econômicas através da desestatização, voltando-se, preponderantemente, para concretização de seus fins sociais.

No Brasil, o advento de determinados atos normativos consolidou tal mudança de postura econômica do ente estatal, na medida em que, através dos mesmos, foram abolidas certas restrições à atuação estrangeira no país (Emenda Constitucional nº. 06 de 1995, EC nº. 07 de 1995, EC nº. 36 de 2002); em que foram flexibilizados monopólios estatais (telecomunicações,

21 BARROSO, 2005.

22 BARROSO, 2005, p. 19.

23 É importante que se diga que tentativas de descentralização ocorreram no Brasil antes mesmo da década de 80; mais precisamente em 1967, com o advento do Decreto-lei nº. 200. Através de tal decreto, a atuação estatal foi flexibilizada na medida em que surgiram entes descentralizados; sejam eles as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas. Na década de 80, todavia, o fenômeno da descentralização se desenvolveu bastante, atingindo seu ápice nos anos 90. Cf. (ALVES, 2006, p. 1 a 3).

petróleo, gás natural, radiodifusão) e em que se instituiu, com a Lei n.º 8.031/1990, posteriormente substituída pela Lei n.º 9.491/1997, o Programa Nacional de Privatização.[24]

Hoje, assim, após tal feito, o ente estatal nacional não mais atua diretamente, como regra geral, na seara econômica. Ao invés, conforme redação constitucional, apenas poderá o Estado exercer diretamente atividades econômicas em caso de relevante interesse coletivo ou por imperativo de segurança nacional.[25]

O fato de o Estado brasileiro não mais atuar, como regra geral, diretamente na seara econômica nacional, não implica em dizer que o mesmo admite a atuação plenamente livre dos agentes econômicos no país. Prevalece, ao invés, a intervenção indireta, porém não menos relevante, do Estado na economia, mediante exercício das atividades regulatórias. Para uma maior eficácia da atuação indireta estatal por sobre a seara econômica foram criados novos entes, *longa manus* do Estado: as agências reguladoras.

O atual Estado, definido como Estado Democrático de Direito, no que tange à sua conotação político-jurídica, recebe, no âmbito econômico, a denominação de Estado Regulador da Atividade Econômica.

Por prever direitos e garantias fundamentais aos seus cidadãos, por admitir a participação destes no desenrolar da atividade política, é o Estado atual caracterizado politicamente como democrático e de direito. No âmbito econômico, pelas falhas do liberalismo e do intervencionismo, o Estado não mais os adota em sua forma "pura", mas sim conciliando características de cada um desses modelos. Admite, por exemplo, preceitos liberais como o da livre iniciativa; e sociais, como o do pleno emprego, da função social da propriedade, da defesa do meio ambiente, etc.

É justamente por prever direitos fundamentais aos seus cidadãos que o Estado brasileiro não pode se esquivar por completo da seara econômica, mantendo-se na mesma através do exercício das atividades regulatórias.

O Estado, mesmo não mais exercendo diretamente, como regra geral, as atividades econômicas (serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito), pelo interesse público que as norteia, buscando não apenas disciplinar o mercado, mas também proteger os cidadãos, especialmente enquanto

24 BARROSO, 2005, p. 4.
25 Art. 173, Constituição Federal de 1988.

consumidores de muitos dos serviços públicos delegados à iniciativa privada, estrutura-se como interventor indireto na seara econômica via regulação.

A década de 90, através de sua ampla produção normativa, ressalta de forma bastante clara tal fato. O Estado nacional, tendo dado início em tal época ao processo de desestatização, mostrou-se preocupado não só com o adequado desenvolvimento da seara econômica, mas também com os direitos de seus cidadãos, publicando leis variadas em torno destes dois interesses: Lei Federal n.º 9. 478 de 1997 – "Lei do Petróleo"; Lei Federal n.º 8. 884 de 1994 – "Lei de Defesa da Concorrência"; Lei Federal nº. 9605 de 1995 - "Lei dos Crimes Ambientais"; Lei Federal n.º 8.078 de 1990 – Código de Defesa do Consumidor, dentre outras.[26]

Toda a explanação aqui feita acerca do Estado, de sua concepção moderna e da história de sua atuação na seara econômica deu-se para fins de compreensão de sua atual postura perante a temática regulatória; temática esta dotada de relevante interesse econômico e social.

Hoje, dentro da caracterização econômica do Estado Pós-Social, o ente estatal nacional não mais se configura como agente direto principal da seara econômica nacional; tendo, após os movimentos de desestatização e privatização típicos da década de 90, delegado o exercício de alguns serviços públicos e atividades econômicas ao capital privado.

O Estado nacional, como regra geral, atua de forma indireta na seara econômica, visando resguardar variados direitos fundamentais, interesses de ordem pública, dentre eles a dignidade humana e justiça social, ambos elementos consagrados na Ordem Econômica Constitucional.[27]

Destacam-se, enquanto elementos de atuação estatal na seara econômica nacional, as políticas de acesso universal aos serviços públicos delegados; os atos normativos variados elaborados tanto pelo Executivo (Agências Reguladoras) como pelo Legislativo; as variadas atividades exercidas pelas agências reguladoras e, ainda, pelo Poder Judiciário, na medida em que demandas com conteúdo econômico lhes são direcionadas.

Pela relevância da seara econômica, por envolver, a mesma, interesses

26 BARROSO, 2005, p. 05.

27 "Art. 170. *caput*. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]" Constituição Federal de 1988.

sociais variados, nada se faz mais razoável que a presença estatal em seu âmbito, ainda que esta não se dê através do exercício direto de atividades econômicas, mas sim indiretamente, através da fiscalização, da normatização, e da elaboração de políticas públicas de acesso universal aos serviços delegados.

Por ser a regulação fenômeno de destaque no âmbito da caracterização econômica contemporânea do Estado nacional, pela ampla atuação das agências reguladoras e pela polêmica existente em torno do poder normativo das mesmas e de sua independência, os tópicos seguintes dedicam-se à análise de tais elementos.

3 REGULAÇÃO E AGÊNCIAS REGULADORAS

A década de noventa foi responsável por ensejar mudanças consideráveis na caracterização econômica do Estado brasileiro; este, antes executor direto das atividades econômicas, frente à sua ingovernabilidade e ao fenômeno da globalização, cedeu espaço à desestatização, passando a configurar-se como Estado regulador da economia.

Visando diminuir sua esfera de atuação, o Estado delegou aos particulares o exercício de alguns serviços públicos e de algumas atividades econômicas antes por ele exercidas com exclusividade; é o caso, por exemplo, dos serviços de distribuição de energia elétrica e das atividades econômicas petrolíferas.

A atuação do capital privado em áreas antes restritas ao capital público ressaltou a distância existente entre o exercício e a regulação das atividades econômicas (serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito). O Estado, enquanto interventor indireto na economia, deve estabelecer normas aptas a disciplinar o adequado exercício das atividades econômicas, visando não apenas tutelar a adequada estruturação do mercado, mas também defender os interesses dos seus cidadãos, especialmente enquanto consumidores de muitos dos serviços públicos delegados.[28]

Inspirando-se na experiência internacional, o Estado brasileiro adotou o modelo das agências reguladoras como forma de principal exteriorização do exercício de sua nova feição econômica; a feição regulatória.

Assim, pela relevância da função que exercem e pelos poderes que

28 MESQUITA, 2005.

lhes foram conferidos, as agências são alvo de inúmeras discussões e estudos acadêmicos.

O que são tais agências? Qual a natureza jurídica das mesmas? Quais as suas principais funções? Até onde se estende o poder normativo a elas atribuído? Padecem os atos normativos das mesas de ausência de legitimidade democrática? Esses são alguns dos principais questionamentos arguidos em torno de tal temática; questionamentos estes abordados nos subtópicos seguintes.

3.1 DA IDEIA DE REGULAÇÃO

Como já dito, o ente estatal nacional hoje se configura economicamente como Estado Regulador da Seara Econômica, nela intervindo preponderantemente de forma indireta, através da regulação.

Mas o que seria a regulação? Qual seria o significado do termo responsável por englobar a atuação econômica estatal na contemporaneidade?

Muitas têm sido as discussões arguidas em torno da definição e delimitação da atividade reguladora estatal, sem que das mesmas tenha resultado um conceito de regulação aceito em caráter dogmático e universal pelos juristas brasileiros.

Além da dificuldade em se definir o termo "regulação", é bastante comum a sua utilização como sinônimo de outros termos como "regulamentação" e "normatização", por exemplo.

"Regular", conforme expõe o dicionário Aurélio, significa sujeitar a regras; regrar; encaminhar conforme a lei.[29] "Regulamentar", por sua vez, conforme este mesmo dicionário corresponde ao ato de "sujeitar a regulamento; regular, regularizar."[30]

O dicionário, como bem se percebe a partir das definições transcritas, incide na prática frequente de considerar sinônimos os dois termos aqui discutidos.

Apesar de frequente, juridicamente tal prática não se mostra adequada.

O termo "regulamentação", em sua acepção jurídica, possui abrangência mais restrita que o termo "regulação", correspondendo ao poder que possui o Executivo de editar normas jurídicas de ordem geral e abstrata para fiel execução de uma lei já existente, de modo a facilitar a sua aplicação no universo prático.

29 AURÉLIO, 2006, p. 693.
30 AURÉLIO, 2006, p. 693.

A regulamentação, assim, se insere no âmbito do disposto no art. 84, IV, da Constituição Federal; corresponde ao poder que possui o Chefe do Executivo, de modo a não inovar no ordenamento, de editar decretos para fiel execução da lei. [31]

A regulação, por sua vez, possui um conceito jurídico mais amplo que o anteriormente citado, não se configurando como um sinônimo do mesmo. Regulação não é, assim, sinônimo de regulamentação.

Também não é a regulação, sinônimo de normatização. Alguns juristas consideram que a atividade regulatória estatal corresponde apenas à edição de atos normativos de feição técnico-econômica, não abrangendo outras atividades, como, por exemplo, as atividades de fiscalização e de resolução de conflitos administrativos.[32]

O presente trabalho, com fundamento na Constituição Federal de 1988, adota ideia mais abrangente do termo "regulação". É a própria Constituição, através da redação de seu art. 174, *caput*, a responsável por revelar não serem sinônimos os termos "regular" e "normatizar".

Expõe a Constituição, em seu art. 174, *caput*, ser o Estado agente normativo e regulador da economia. Se sinônimos fossem tais termos, não haveria a necessidade de repeti-los no âmbito da caracterização econômica estatal; se regular e normatizar fossem sinônimos, bastaria ser feita menção, no *caput* do artigo mencionado, a apenas um dos termos.

A regulação será aqui entendida como atividade abrangente da normatização, mas a ela não restrita. Não apenas o conteúdo do *caput* do art. 174 da Constituição Federal fundamenta tal posicionamento, mas também a realidade fática atualmente estabelecida em torno da regulação da seara econômica, realidade esta não restrita à edição de atos normativos de caráter técnico, mas também abrangente de outras atividades, como as de ordem fiscalizatória e de resolução de conflitos em âmbito administrativo. O ente estatal, intentado adequar a realidade econômica aos dizeres constitucionais,

31 Regulamentar é "o ato de sujeitar a regulamentos**,** especificamente, cuja edição é da competência privativa dos Chefes de Executivo, mediante seu ato característico, que é o Decreto". Frise-se tratar o autor, aqui, não dos decretos autônomos, não mais admitidos em nosso ordenamento, mas sim dos decretos emitidos pelo Executivo para fiel execução da lei, sem o caráter inovador do ordenamento. (ARAÙJO, 2002, p. 41).

32 "Regular é termo mais genérico, que abrange regulamentar. No Direito brasileiro, porém, têm significados específicos, sendo regular o ato de sujeitar a regras em geral**,** mais aproximando do sentido de normatizar [...]" (ARAUJO, 2002, p. 41).

no exercício de sua função reguladora, através de entes variados (Agências Reguladoras, Ministérios, Congresso Nacional, Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE), não apenas normatiza em amplo e restrito sentido, mas também fiscaliza e resolve conflitos no âmbito administrativo.

Juridicamente, assim, o termo "regular" deve ser entendido como a atuação estatal direcionada à seara econômica, tanto às atividades econômicas em sentido estrito como aos serviços públicos delegados, exteriorizada através do estabelecimento de metas a serem cumpridas e de regras a serem seguidas e, ainda, da fiscalização destas atividades quanto ao cumprimento de tais regras e metas, com a possibilidade de serem estabelecidas punições aos descumprimentos; tudo isso com o objetivo de tutelar interesse de ordem pública.[33]

Vê-se, assim, que o exercício da função reguladora estatal pode exteriorizar-se de formas variadas como, por exemplo, através da fiscalização; da resolução de conflitos na seara administrativa; da aplicação de sanções de ordem administrativa; do controle tarifário; da implementação do acesso universal aos serviços regulados; da observância do cumprimento dos contratos de concessão firmados entre a Administração e os particulares, etc.[34]

Em sendo a regulação a forma contemporânea de intervenção do Estado por sobre a economia, equipará-la apenas a edição de atos normativos seria reduzir por demais o já reduzido papel econômico estatal.

No âmbito do exercício da função regulatória estatal destacam-se as agências reguladoras.[35] O Brasil, inspirando-se na experiência internacional norte-americana, adotou o modelo das agências para fins de exteriorização do exercício da função reguladora estatal. Assim, inúmeras foram as atribuições e prerrogativas conferidas a tais entes.

Alguns autores, inclusive, atentando para as variadas funções das agências reguladoras, realizam um paralelo entre as atividades a elas atribuídas e as funções estatais clássicas (legislativa, executiva e judicante); vincu-

33 "A regulação é atividade que envolve competência para estabelecer regras de conduta, fiscalizando, reprimindo, punindo, resolvendo conflitos. Todas essas atividades podem ser desempenhadas pelas entidades que integram a administração direta ou indireta, como é o caso das agências, porque se assim não fosse não poderiam cumprir os seus objetivos." (ALVES, 2006, p. 03).

34 BARROSO, 2005, p.11.

35 Não são as agências reguladoras os únicos instrumentos estatais de exteriorização da regulação. Como aqui dito, a ideia de regulação é ampla, podendo dar-se de diversas formas, podendo ser exercida por variados entes. O presente trabalho limita-se, contudo, à análise das agências enquanto instrumento da regulação, por serem as mesmas o seu objeto central de estudo.

lam a atividade legislativa estatal à edição de atos normativos regulatórios; a função judicante à resolução de conflitos pelas agências no âmbito administrativo e a função executiva à administração das próprias agências e às políticas por elas implementadas.[36]

O subtópico seguinte discorre a respeito da natureza jurídica das agências, sua estrutura interna e atribuições principais.

3.2 AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO BRASILEIRO: ORIGEM E CARACTERIZAÇÃO (AUTONOMIA)

O direito brasileiro, inspirando-se na experiência internacional norte-americana, decide importar para a realidade nacional um elemento típico do direito estadunidense: as agências reguladoras.

A origem histórica das agências reguladoras remonta à segunda metade do século XIX, mais precisamente ao ano de 1887, quando iniciada, após o período liberal, a atuação intervencionista regulatória estatal norte-americana. Em 1933, quando do governo do Presidente Roosevelt, as *Independent Regulatory Comissions* (entes semelhantes às agências reguladoras nacionais) ganham maiores espaços, ocupando-se do combate às estruturas monopolistas, da tutela da concorrência e da regulação da seara econômica.[37]

Duas das espécies de agências existentes nos Estados Unidos merecem destaque pela influência que causaram em diversos países, dentre eles o Brasil; são elas: as agências reguladoras independentes (dotadas de autonomia política, com membros ocupantes de mandatos fixos e não passíveis de exoneração *ad nutum*, dotadas de discricionariedade para tomada de decisões técnicas e atuantes em áreas específicas da economia); e as agências executivas (vinculadas à Administração, são pessoas jurídicas públicas destinadas a gerir certos programas governamentais, submetendo-se ao controle exercido pelo Presidente e Ministro do Estado).

O Brasil, como consequência do fenômeno da desestatização e da instituição do modelo de Estado regulador da atividade econômica, tomando por base a experiência internacional estadunidense, criou agências de duas modalidades distintas: agências executivas e agências reguladoras.

36 BARROSO, 2005, p.11.
37 MESQUITA, 2005, p. 28.

É importante que se diga que a experiência norte-americana apenas serviu de inspiração para o Brasil, não tendo os entes aqui denominados de agências reguladoras e executivas funções e forma de atuação idênticas àquelas atinentes às agências norte-americanas.

São qualificadas como executivas as agências estruturadas sob a forma de autarquias ou fundações e que celebram contratos de gestão com os órgãos da Administração Direta aos quais se acham vinculadas para fins de redução de custos e de melhoria da eficiência.[38]

No que tange às agências reguladoras, é a partir da década de 90 que as mesmas apontam na estrutura estatal nacional.[39] O que se consegue perceber a partir de uma breve análise da presença das mesmas no país, é que duas são as principais modalidades de agências reguladoras existentes:

a) que atuam com o uso do poder de polícia, fiscalizando e reprimindo certos atos;
b) as que atuam na regulação e no controle das atividades que são objeto de contratos de concessão, de permissão ou autorização.

Pode se falar, ainda, na existência de agências de atuação restrita a determinada seara econômica, a determinada atividade (Agência Nacional do Petróleo - ANP, Agência Nacional de Águas – ANA, etc.) e de agências de atuação genérica, que abrangem searas e atividades variadas (Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS).

As agências reguladoras, em virtude de serem entes dotados de personalidade jurídica de direito público, por se submeterem ao art. 37, XIX, da Constituição Federal de 1988, possuem criação e extinção dependentes de lei específica. Apenas duas das agências existentes no país na atualidade possuem a previsão de sua existência em sede constitucional; são elas a ANP (Art. 177, III, § 2º, CF/88) e a ANATEL (Art. 21, XI, CF/88).[40]

Quanto à sua natureza jurídica, são as agências reguladoras classificadas como autarquias de regime especial. São autarquias, por submeterem-se às normas constitucionais que tratam das autarquias, e de regime especial,

38 PIETRO, 2003, p. 401.

39 Em tal década foram instituídas as seguintes agências: Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), em 1996; Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e Agência Nacional do Petróleo (ANP), ambas em 1997.

40 É importante que se diga que além das agências de âmbito federal, existem as agências reguladoras estaduais.

em decorrência das peculiaridades que lhes são atribuídas pelas leis que as instituem; como, por exemplo, a autonomia de seus dirigentes que não podem ser exonerados *ad nutum* e, ainda, a forma de nomeação (pelo Presidente) e aprovação dos mesmos (pelo Senado Federal).

O regime jurídico especial das agências busca conferir-lhes maior autonomia[41] no desempenho de suas funções, tanto na esfera político-administrativa, como no âmbito econômico-financeiro.[42]

A autonomia político-administrativa das agências pode ser sentida na forma de nomeação e aprovação de seus dirigentes, na impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos mesmos, na existência de estatuto jurídico próprio para seus funcionários (Lei nº. 9.986 de 2000) e na previsão de quarentena[43] aos seus ex-dirigentes.[44]

No âmbito econômico-financeiro, a autonomia das agências se liga à possibilidade das mesmas auferirem receita própria (taxas de fiscalização do serviço público regulado, multas, etc.), além das dotações orçamentárias gerais que lhes são dirigidas.[45]

No que tange às atividades executiva, judicante e normativa, desempenhadas pelas agências, as mesmas também são marcadas pela autonomia.

A atividade executiva das agências abrange a administração interna das mesmas, a elaboração e implementação das políticas a serem aplicadas ao setor regulado, a concretização das normas do setor regulado e, ainda, a sua atuação no âmbito das concessões, autorizações e permissões atinentes aos setores por elas regulados.

É importante que se diga que as agências não se subordinam hierárquica e decisoriamente, até a presente data[46], à Administração direta; todavia, ainda assim, devem tais entes observar determinadas políticas traçadas

41 "Cada agência tem sua linha de atuação e margem de liberdade expressamente determinada por sua lei instituidora, a partir da qual - aí sim – pode-se tirar conclusões práticas." (MENDES, 2002, p. 126).

42 BARROSO, 2005.

43 A quarentena corresponde ao período em que os dirigentes das agências, após o término de seus mandatos, ficam impossibilitados de atuar junto às empresas privadas do setor regulado, sendo-lhes assegurado o recebimento de remuneração no mesmo valor daquela atinente aos cargos que exerciam nas agências. Tal período varia de agência para agência, conforme suas respectivas leis instituidoras.

44 BARROSO, 2005.

45 BARROSO, 2005.

46 Tal expressão foi aqui inserida em virtude de projeto de lei que visa subordinar hierarquicamente as agências aos ministérios. Na medida em que tal projeto for aprovado com a sua redação atual, a ausência de subordinação hierárquica desaparecerá.

pela Administração.

A autonomia das agências revela-se bastante nítida no âmbito de suas decisões técnicas, em virtude da inexistência de controle das mesmas pelo Executivo através de recursos hierárquicos.

As agências, via de regra, recebem de suas respectivas leis instituidoras poderes para dirimir conflitos no âmbito de sua seara específica de atuação, deem-se os mesmos entre agentes econômicos ou, ainda, entre estes e particulares. Também pode ser sentida a autonomia das agências em tal contexto.

Em se tratando do poder normativo das agências reguladoras, o mesmo vem sendo alvo de debates variados; uns versam por sua legitimidade e mantença; outros, por sua vez, consideram-no inadmissível frente a seu déficit democrático e à violação do princípio da tripartição dos poderes.[47]

A função normativa atribuída às agências, inicialmente vista como atinente a assuntos meramente técnicos, hoje se mostra ampla, abordando temáticas variadas, atingindo interesses variados.

A Constituição Federal preza pelo princípio da legalidade, estabelecendo que ninguém será compelido a fazer ou a deixar de fazer algo não estabelecido em lei; os deveres, assim, sejam eles de prestação ou abstenção, devem advir de previsão legal.[48]

As agências tenham ou não legitimidade para tal elaboram e publicam atos normativos dotados de caráter legal; muitas vezes instituidores de diretos e obrigações.

Assim, a partir deste aparente antagonismo, inúmeros são os questionamentos surgidos: É o poder normativo das agências reguladoras compatível com o princípio da legalidade? A interpretação do Art. 5º, no que tange ao termo "lei", deve ser restritiva de modo a apenas considerar "lei" os atos emanados do Legislativo ou deve ser ampliativa admitindo a inserção, no âmbito de tal termo, de todo e qualquer ato normativo? Dentro de quais limites, se é que estes devem existir neste caso, é legítima a atividade normativa das agências?

Como aqui explicitado, diante da ingovernabilidade demonstrada pelo Estado após as crises da década de 70, amplo foi o espaço aberto à desestatização e, em consequência, à caracterização econômica do Estado como preponderantemente regulatória.

47 BORGES, CASTRO, 2003.

48 Art. 5º, II, Constituição Federal de 1988.

A globalização, marcada pela redução nas distâncias geográficas entre os diferentes Estados, pelo intercâmbio de produtos, informações e serviços, fez surgir uma sociedade complexa, dotada de interesses complexos, sendo os conflitos cada vez mais de ordem coletiva.

Foi a globalização a resposta encontrada à época para a ingovernabilidade do Estado. Diante da enorme quantidade de atividades a realizar e fins a atingir, o Estado optou por manter-se com os de conotação mais social, abrindo à seara privada o exercício de determinadas atividades econômicas e serviços públicos.

Diante deste contexto, o Brasil abriu espaço à desestatização, assumindo feições preponderantemente regulatórias, no que tange à seara econômica. Deixava de ser executor direto para passar a ser, preponderantemente, agente indireto, regulador e fiscalizador.

Como entes principais destinados a exercerem as atividades de conotação regulatória, surgem as agências reguladoras e, como aqui já dito, dentre tais atividades, se insere a de cunho normativo.

O pluralismo de interesses da sociedade global enseja, em contrapartida, o fenômeno do pluralismo legislativo. O Poder Legislativo não mais se revela como único ente dotado de poder legiferante; o Executivo, ao seu lado, revela uma intensa atuação em tal sentido.[49]

É justamente neste contexto que se insere o poder normativo das agências reguladoras.

Como bem se percebe, às agências são conferidas amplas atividades e, ainda, autonomia no exercício das mesmas. Isso se dá pela relevância das funções por elas exercidas e dos fins a serem concretizados a partir de tal exercício.

Frente à autonomia conferida pelo ordenamento jurídico nacional às agências, seria legítimo estabelecer alguma espécie de controle à sua atuação? Em sendo positiva a resposta a tal questionamento, como poderia exercer-se o mesmo, quem poderia executá-lo?

4 AUTONOMIA E CONTROLE DAS AGÊNCIAS

O ente estatal dotado de soberania, após o reconhecimento de direi-

49 O fenômeno da globalização gerou impactos no âmbito dos conceitos jurídicos clássicos, não apenas no conceito de lei e de unidade de produção normativa pelo Legislativo, mas também nas ideias de tripartição dos poderes e de soberania estatal.

tos fundamentais dos homens, após a tripartição de suas funções legislativa, executiva e jurisdicional, executa o poder que detém de forma limitada.[50]

As agências reguladoras, enquanto *longa manus* do Estado, também exercem as funções que lhes são típicas de forma limitada.

A possibilidade de controle dos atos das agências é consequência da ideia de limitação do ente estatal através da tripartição das funções por ele exercidas e do reconhecimento de direitos fundamentais aos cidadãos. [51]

"A sistemática de separação de poderes exige, no Brasil, a adoção de controles relativamente a todos os polos de poder político". [52]

O controle dos atos das agências é consequência da própria ideia de Estado Democrático de Direito, de Estado que permite aos seus cidadãos participar da vida política e que a eles reconhece direitos fundamentais.

A autonomia conferida às agências não pode ser entendida como sinônimo de poderes ilimitados; como permissão para a prática de arbitrariedades. A figura de uma agência reguladora dotada de autonomia e submetida a um regime jurídico especial não pode ser entendida como sinônimo da existência de um ente soberano e alheio a qualquer espécie de controle.[53]

As agências, por serem entes inseridos no âmbito da Administração Indireta, recebem, ainda que dotadas de autonomia, já que esta não implica em poderes ilimitados, as limitações constitucionais direcionadas aos entes da Administração, com destaque para os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.[54] Devem, assim, enquanto entes da Administração, agir as agências de modo a possibilitar a melhor tutela do interesse público com o menor sacrifício dos interesses dos indivíduos.[55]

Sujeitam-se às agências, portanto, ao controle de seus atos, controle este exteriorizado de diversas formas e exercido por entes variados.

As agências, como aqui já mencionado, possuem autonomia política,

50 "Os limites à atuação do Estado na organização da sociedade e na imposição de regras às condutas dos cidadãos têm sido matéria central para o Direito e para a Ciência Política desde que o soberano inglês João Sem Terra, em 1215, foi obrigado a aceitar a contenção do seu poder político frente a seus súditos." (ARDENGHY, pág. 227, 2005).

51 "Todo poder, quando livre de peias, degenera em pura tirania, já o dizia Montesquieu. Por isso, o estabelecimento de sistemas de controle do poder está na base da organização dos Estados Modernos, sendo essa a inspiração primordial da teoria da separação doe poderes." (BURNA, 2003, p. 252).

52 FILHO, 2002, p. 585.

53 SOUTO, 2002, p. 341 - 342.

54 Art. 37, *caput*, Constituição Federal de 1988.

55 NETO, 2006.

não se subordinando hierárquica e decisoriamente, até a presente data, à Administração Direta. A ausência de subordinação hierárquica das agências à Administração Direta não implica em dizer que a atuação das mesmas pode dar-se de forma plenamente livre, sem qualquer controle ou fiscalização.

O dever de observância, pelas agências, das políticas estabelecidas pelo Executivo não gera lesão à autonomia que lhes é peculiar. As agências são espécie de *longa manus* do Executivo, não detendo poder pleno para determinação total das políticas públicas atinentes aos setores regulados; acresça-se a isso, o fato de ser o Chefe do Executivo o detentor da legitimidade democrática para o exercício da função administrativa.[56]

Também se submetem as agências ao controle de seus atos de gestão, mais precisamente no que diz respeito à fiscalização da destinação dada a seus recursos financeiros.

As contas das agências, quando ligadas às verbas públicas orçamentárias a elas direcionadas, devem se submeter à análise do Tribunal de Contas, sem que isto implique na violação de sua autonomia.[57] Também merece destaque, no âmbito de tal controle, a atuação do Ministério Público.

No que tange à atuação normativa das agências, questões são arguidas em torno de sua legitimidade democrática, tendo em vista que seus representantes não são eleitos pelo voto popular.

O processo de consulta pública feito pelas agências quando da elaboração de seus respectivos atos normativos ainda se encontra distante do conhecimento de grande parte da população, inclusive dos juristas. O amplo uso de termos técnicos em seus textos legais dificulta a compreensão dos mesmos, tornando-os ainda mais distantes dos cidadãos. Que os setores regulados necessitam de maiores conhecimentos técnicos para que sejam adequadamente disciplinados não restam dúvidas; todavia, a tecnicidade inserida nos textos normativos não pode beirar a incompreensão.

As atividades reguladas, indubitavelmente, se ligam a interesses essenciais dos cidadãos (energia, petróleo, água, etc.), não podendo padecer do mal da excessiva tecnicidade e da ausência de legitimidade democrática.

Para que se mostre adequada à atividade normativa exercida pelas agências, faz-se imprescindível a observância de determinados elementos:

56 BARROSO, 2005.
57 NETO, 2002, p. 97.

inicialmente, o setor a ser regulado pela agência deve ser delineado com a máxima precisão possível; identificado o setor, devem ser enumerados, ainda que não taxativamente, os principais elementos norteadores[58] de sua regulação (defesa da concorrência, defesa do meio ambiente, etc.) e, por fim, no que tange mais especificamente ao poder normativo das agências, o mesmo deve possuir amparo legal.[59] Deve haver, assim, lei prévia que estabeleça, em linhas gerais, o conjunto de normas, de princípios, de elementos aptos a disciplinar cada uma das searas reguladas, possibilitando-lhes atingir as especificidades do setor.[60]

No que tange ao controle jurisdicional das decisões das agências, este se revela plenamente apto a ocorrer, não apenas no que tange aos seus aspectos formais, mas também no que diz respeito ao seu conteúdo.[61]

Tal fato não poderia dar-se de forma diferente, frente à previsão constitucional do acesso à justiça. Como bem se sabe, nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito poderá ser excluída da possibilidade de apreciação pelo Judiciário.[62]

As agências, via de regra, recebem de suas respectivas leis instituidoras poderes para dirimir conflitos no âmbito de sua seara específica de atuação, deem-se os mesmos entre agentes econômicos ou, ainda, entre estes e particulares. Neste caso, pela garantia constitucional do acesso ao Judiciário, em sendo a decisão proferida pela agência efetiva ou potencialmente lesionadora, poderá haver o controle jurisdicional da mesma.

Todos os mecanismos de controle direcionados às agências se complementam com a atuação e o controle jurisdicional. A regulação, atividade tipicamente pública, pautada nos princípios e regras do Direito Público, submete-se ao controle de seus atos pelo Judiciário como consequência da ideia de Estado Democrático de Direito.[63]

"A Administração Pública, aí incluídas as agências, tem de produzir e

58 Por mais que existam previsões constitucionais gerais em tal sentido, direcionadas à disciplina da ordem econômica, cada seara em específico possui peculiaridades a serem observadas com maior atenção.

59 "não se pode negar a existência efetiva de limites materiais fixados pelo legislador e pela Constituição para o exercício das competências normativas." (BURNA, 2003, p. 255).

60 NETO, 2006, p. 70 - 72.

61 No passado não se admitia a análise de mérito dos atos administrativos, mas apenas a análise de sua legalidade. Hoje, após estudos variados, frente a princípios constitucionalmente tutelados como o da razoabilidade e da moralidade, admite-se a análise de mérito dos atos administrativos pelo Judiciário. Para maiores informações vide (SILVA, ZAMPIERI); (FRANÇA, 1999).

62 Art. 5º, XXXV, Constituição Federal de 1988.

63 NETO, 2002, p. 98.

aplicar Direito na forma do Direito; e o Poder Judiciário vai controlá-lo." [64]

Como aqui já dito, conferir autonomia às agências não implica em conferir-lhes plena liberdade de atuação, sem qualquer limite ou possibilidade de controle; se assim fosse, a autonomia das agências, ao invés de garantia ao adequado funcionamento das mesmas e à defesa dos interesses públicos atinentes aos setores regulados, seria verdadeira ameaça à harmonia do ordenamento e aos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados; enfim, seria ameaça ao próprio Estado que as instituiu.

Por fim, há de ser mencionada a importância da transparência no âmbito das decisões técnicas tomadas pelos entes reguladores. É indispensável não apenas a publicidade dos atos das agências, mas também o amplo acesso aos autos, às razões que ensejaram as suas decisões. A neutralidade das agências na tomada de suas decisões não há de derivar do isolamento das mesmas, mas sim da forma igualitária com que se relacionam com os empreendedores do setor, com a sociedade civil e com os demais entes públicos. Assim, intentando legitimar suas decisões, bem como torná-las neutras, deverão as agências promover a realização de consultas públicas, instituir ouvidorias, promover a estruturação de órgãos que representem a sociedade, o fácil acesso aos seus bancos de dados, dentre outras medidas de caráter participativo e dotadas dos elementos publicidade e transparência.[65]

É a transparência elemento apto a limitar a autonomia conferida às agências, atribuindo às variadas decisões tomadas pelas mesmas à legitimidade democrática que lhes é reclamada nas discussões jurídicas envolvendo-as.

5 CONCLUSÃO

O ente estatal contemporâneo, no que tange à sua conotação econômica, configura-se como Estado Regulador da Economia; Estado este que não mais intervém, como regra geral, de forma direta na seara econômica, mas apenas excepcionalmente. A regra vigente é a da intervenção estatal indireta, via regulação.

O Brasil, inspirando-se na experiência internacional norte-americana, inseriu em sua estrutura administrativa, como entes responsáveis pelo exercício da atividade regulatória estatal, as agências reguladoras. Foram

64 SUNDFELD, 2002, p. 26.
65 NETO, 2006, p. 72 -73.

conferidos a tais entes, para fins do adequado exercício da função regulatória estatal, amplos e variados poderes.

As agências, na concretização da regulação, exercem atividades variadas; dentre elas a de fiscalizar, de normatizar, de administrar e de resolver conflitos.

Por conformarem-se como autarquias de regime especial, ou seja, como entes públicos, submetem-se as agências ao art. 37 da Constituição Federal. Devem observar, dentre outras normas, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e publicidade. A sua atuação deve ser compatível com toda a sistematicidade da Constituição, submetendo-se os seus atos ao controle do Judiciário (art. 5º, XXXV) e ao controle do Legislativo (art. 49, X e art. 70).

Por envolverem diretamente interesses de ordem pública, a autonomia que lhes é conferida não pode implicar na ausência plena de controle ou de qualquer espécie de limitação. Não pode, jamais, ser confundida com plenitude de liberdade de ação.

O Estado brasileiro, no que tange à sua conotação política, configura-se como Estado Democrático de Direito, instituidor de direitos e garantias fundamentais aos seus cidadãos. Na medida em que a atuação das agências se liga a inúmeros dos direitos constitucionalmente consagrados, indubitável faz-se o controle de suas atividades, mais precisamente no que tange à sua adequação à sistemática do ordenamento pátrio.

A autonomia das agências deve ser compreendida dentro da sistemática do ordenamento jurídico nacional, dentro dos limites dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos.

A autonomia, elemento caracterizador das agências, foi-lhes dada para possibilitar uma atuação eficaz e condizente com os interesses públicos atinentes aos setores regulados, não podendo servir para mascarar ou legitimar eventuais abusos ou irregularidades que intentem cometer ou que tenham cometido. Imprescindível se faz, a partir de tal entendimento, estabelecer um sistema eficaz de controle dos atos das agências, que lhes permita agir de forma democrática.[66]

"A fiscalização não elimina a autonomia, mas assegura à sociedade que os órgãos titulares de poder político não atuarão sem limites, perdendo de vista a razão de sua instituição, consistente na realização do bem comum".[67]

66 SUNDFELD, 2002, p. 24.
67 FILHO, 2002, p. 585.

A regulação exercida pelas agências apenas será "instrumento de evolução da civilização se suas decisões forem democráticas, orientadas a instaurar um regime de efetivo controle do exercício do poder".[68]

REFERÊNCIAS

ALVES, Eliana Calmon. **Controle Judicial dos Limites do Poder Normativo das Agências Reguladoras.** Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/3106/1/Controle_Judicial_dos_limites.pdf>. Acesso em: 15 de dezembro de 2007.

ARAUJO, Edmir Netto de. A Aparente Autonomia das Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre (Org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

ARDENGHY, Roberto Furian. As Agências Reguladoras e o Princípio da Legalidade**:** O Caso da Agência Nacional do Petróleo. In: PIRES, Paulo (Org.). **Valois Temas do Direito do Petróleo e do Gás Natural II**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 16 jun. 2007.

BORGES, Ilia Freire Fernandes Borges e CASTRO, Lydia Maria Cruz. A ANP e sua Função Reguladora da Indústria Petrolífera. **Direito do Petróleo em Revista,** Natal, ano 1, v.1, 2003.

BUHRING, Márcia Andréa. **A Natureza Jurídica do Poder de Polícia é Discricionária?** Disponível em: <http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/1762/1459> Acesso em: 24 jun. 2007.

BURNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras:** Poder Normativo. Consulta Pública. Revisão Judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

68 FILHO, 2003, p. 593.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Econômico, Globalização e Constitucionalismo.** Curitiba: Juruá Editora, 2007.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada.** São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

FILHO, Marçal Justen. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Considerações Sobre o Controle de Moralidade dos Atos Administrativos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 34, ago. 1999. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=338>. Acesso em: 17 jun. 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1998.** São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MARCANTE, Carolina Pereira. **A Responsabilidade Subsidiária do Estado Pelos Encargos Trabalhistas Decorrentes da Contratação de Serviços Terceirizados.** Disponível em: <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6209> Acesso em: 25 jun. 2007.

MENDES, Conrado Hubner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MESQUITA, Álvaro Augusto Pereira. O Papel e o Funcionamento das Agências Reguladoras no Contexto do Estado Brasileiro. Problemas e Soluções. **Revista de Informação Legislativa do Senado**, 2005. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_166/R166-02.pdf> Acesso em: 16 jun. 2007.

MINI AURÉLIO. **O Dicionário da Língua Portuguesa**. 6.ed. Curitiba: Editora Positivo, 2006.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. Agências Reguladoras no Setor de Energia, Entre Especialidades e Eficiência. In: LANDAU, Elena (Org.). **Regulação Jurídica do Setor Elétrico**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. **Regulação Estatal e Interesse Público**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

SILVA, Fabiana. ZAMPIERI, Marcelo Carlos. **Breve Reflexão Sobre o Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos.** Disponível em: <http://www.ufsm.br/direito/artigos/administrativo/atos-administrativos.htm> Acesso em: 16 jun. 2007.

SOUTO, Marcus Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

VICENTINO, Cláudio. **História Geral**. São Paulo: Scipione, 1997.

Correspondência | Correspondence:

Yanko Marcius de Alencar Xavier
Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Campus Universitário, s/n, Lagoa Nova, CEP 59.078-970. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 3215-1855.
Email: ymxavier@ufrnet.br