
A ADOÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL E A INSPIRAÇÃO NO DIREITO COMPARADO

*THE ADOPTION OF REGULATORY AGENCIES IN BRAZIL AND THE
INSPIRATION IN THE FOREIGN LAW*

Fausto Bruno Menezes

*Advogado da União, graduado em direito pela Universidade Federal
do Rio de Janeiro e pós-graduado em direito público pela Universidade Gama Filho.*

Guilherme Augusto Barbosa de Azevedo

*Advogado da União, graduado em direito pela Universidade
Federal do Rio de Janeiro.*

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2 O MODELO NORTE-AMERICANO DE REGULAÇÃO ESTATAL; 3 AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO; 3.1 Dificuldades oriundas da recepção do modelo norte-americano de agências reguladoras independentes; 3.2 Questionamentos quanto à autonomia reforçada das agências reguladoras no Brasil; 3.3 Autonomia reforçada; 3.4 Déficit Democrático; 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

RESUMO: O modelo brasileiro de regulação estatal tem forte inspiração no modelo de agências norte-americanas. Diante dos momentos históricos distintos em que se deu seu surgimento em cada um desses países e das diferenças existentes entre os modelos jurídicos adotados por cada um deles (*common law* nos Estados Unidos e romano-germânico no Brasil), uma série de questões são discutidas atualmente na doutrina pátria. O objetivo deste trabalho é, inicialmente, apresentar as características do surgimento e evolução das agências nos Estados Unidos e no Brasil, para depois adentrar nos pontos que geram discussões no âmbito doutrinário e dos Tribunais brasileiros.

The Brazilian model of state regulation has a strong inspiration in the model of U.S. agencies. Given the distinct historical moments in which they gave their introduction in each country and the differences between the legal models adopted by each of them (in the U.S. common law and Roman-Germanic in Brazil), a large number of issues are discussed today by the Brazilian legal doctrine. The main objective of this work is initially present the characteristics of the emergence and evolution of the agencies in the United States and Brazil, and then enter the points that generate discussions within the doctrinal and the Brazilian courts.

ABSTRACT: The Brazilian model of state regulation has a strong inspiration in the model of U.S. agencies. Given the distinct historical moments in which they gave their introduction in each country and the differences between the legal models adopted by each of them (in the U.S. common law and Roman-Germanic in Brazil), a large number of issues are discussed today by the Brazilian legal doctrine. The main objective of this work is initially present the characteristics of the emergence and evolution of the agencies in the United States and Brazil, and then enter the points that generate discussions within the doctrinal and the Brazilian courts.

PALAVRAS-CHAVE: Agências Reguladoras. Histórico. Modelo Norte-Americano. Recepção. Ordenamento Jurídico Brasileiro.

KEYWORDS: Regulatory Agencies. Historical. American Model. Reception. Brazilian Legal System.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar o fenômeno da recepção do modelo norte-americano de agências reguladoras pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Como se sabe, o direito administrativo brasileiro, não obstante sua origem romano-germânica, buscou nos Estados Unidos, país integrante do sistema da *common law*, o modelo de regulação estatal.

Com o objetivo de entendermos melhor como se deu essa recepção, o presente trabalho se dividirá em dois grandes tópicos. O primeiro sobre o modelo norte-americano de agências, onde, sob o prisma do sistema da *common law*, será analisado o momento histórico de seu surgimento e sua evolução ao longo dos anos.

O segundo, abordará o fenômeno da recepção do modelo de agências reguladoras pelo ordenamento jurídico pátrio, passando pelas polêmicas e dificuldades geradas em razão dos momentos distintos de criação dessas agências nos dois países e das diferenças entre os sistemas jurídicos da *common law*, adotado pelos Estados Unidos e romano-germânico, adotado pelo Brasil.

2 O MODELO NORTE-AMERICANO DE REGULAÇÃO ESTATAL

O sistema da *common law*, originalmente adotado pelos EUA, em razão das suas características inerentes, sempre constituiu um obstáculo ao desenvolvimento do Direito Administrativo como ramo jurídico autônomo¹ naquele país.

De forma simplista, podemos dizer que nesse sistema o direito é criado ou aperfeiçoado pelos juízes: uma decisão a ser tomada num caso depende das decisões adotadas para casos anteriores e afeta o direito a ser aplicado a casos futuros. Nele, caso inexistente um precedente, os juízes possuem a autoridade para criar o direito, estabelecendo um precedente². O conjunto desses é chamado de *common law* e vincula as decisões futuras. Quando as partes discordam quanto ao direito aplicável, um tribunal idealmente procuraria uma solução dentre as decisões precedentes dos tribunais competentes. Se uma controvérsia semelhante foi resolvida no passado, o tribunal é obrigado a seguir o

1 Nesse sentido: CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo comparado*. São Paulo: Bushatsky, 1972. p.92.

2 *Marbury v Madison*, 5 U.S. 137 (1803) (“It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each.”)

raciocínio usado naquela decisão anterior (princípio conhecido como *stare decisis*). Entretanto, se o tribunal concluir que a controvérsia em exame é fundamentalmente diferente de todos os casos anteriores, decidirá como “assunto de primeira impressão” (*matter of first impression*, em inglês). Posteriormente, tal decisão se tornará um precedente e vinculará os tribunais futuros com base no princípio do *stare decisis*.

Diferentemente de países como a França, em que a Revolução Francesa de 1789 foi marcada por uma profunda desconfiança em relação aos juízes, gerando a criação de uma justiça especializada para a Administração Pública, o surgimento do direito administrativo nos EUA ocorreu basicamente em razão da necessidade de atuação crescente do Estado na área social e econômica, especialmente através da criação das agências. Daí, a expressão comumente utilizada ao se referir ao direito administrativo norte-americano como o “direito das agências”³.

De modo geral, a organização administrativa americana se resume às agências. Podemos dizer que este modelo organizativo teve início em 1887 com a criação da primeira agência reguladora independente nos EUA, a *Intersatate Commerce Commission*, que tinha por objeto a regulamentação, inicialmente, dos serviços interestaduais de transporte ferroviário.

Na lição de Cass Sustein, a “agência reguladora moderna foi o resultado em larga medida da profunda insatisfação com a ordem privada do sistema da common law e a distribuição original dos poderes institucionais”⁴.

A sociedade norte-americana questionava o caráter antidemocrático (contra-majoritário) da criação do direito pelos juízes, questão especialmente importante no sistema da common law, em que existe a força do precedente judicial. Aliado a isso, a Grande Depressão, iniciada com a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque em 1929, causa grave crise na economia americana e coloca em cheque os ideais liberais do não-intervencionismo estatal. Fica clara, naquele momento, a incapacidade do mercado se reerguer sozinho, necessitando de medidas intervencionistas por parte do Estado, que o fez através do programa de governo denominado New Deal⁵.

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 1999.

4 SUSTEIN, 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, p. 143.

5 O *New Deal* (cuja tradução literal em português seria “novo acordo” ou “novo trato”) foi o nome dado à série de programas implementados nos Estados Unidos entre 1933 e 1937, sob o governo do Presidente Franklin Delano Roosevelt, com o objetivo de recuperar e reformar a economia norte-americana, e assistir aos prejudicados pela Grande Depressão.

Como resultado do New Deal foram criadas nos Estados Unidos dezenas de agências federais (equivalentes às autarquias, no direito administrativo brasileiro), as quais receberam o apelido irônico de *alphabet agencies* (agências alfabéticas), devido à profusão das siglas com que eram designadas: CCC (Civilian Conservation Corps), TVA (Tennessee Valley Authority), AAA (Agricultural Adjustment Administration), PWA (Public Works Administration), FDIC (Federal Deposit Insurance Corporation), SEC (Securities and Exchange Commission), CWA (Civil Works Administration), SSB (Social Security Board), WPA (Works Progress Administration), NLRB (National Labor Relations Board). Foi nesse período que as agências reguladoras ganharam força e se proliferaram nos Estados Unidos.

O Estado utilizou-se desse modelo de agências reguladoras para promover uma forte intervenção na ordem econômica e social, corrigindo as falhas do mercado. Buscava-se, assim, além de especializar a atuação estatal através do reconhecimento de uma ampla discricionariedade técnica das agências e pouco controle judicial sobre seus atos, diminuir a influência política na regulação de setores sensíveis da ordem econômica e social.

A Lei de Procedimento Administrativo (Administrative Procedure Act – APA) promulgada em 1946, foi responsável pela uniformização do procedimento decisório, estabelecendo dois tipos: *rulemaking* (normas gerais editadas pela agências) e *adjudication* (atos individuais). Essa lei possibilitava que, caso desobedecida, os atos das agências fossem invalidados pelos Tribunais, fato que conferia uma maior garantia aos cidadãos.

Segundo Alexandre de Moraes⁶, “o grande número de agências norte-americanas criadas por diversas leis dificultava a padronização sobre seus procedimentos decisórios, dificultando, inclusive, a defesa dos particulares perante esses órgãos. Para solucionar esse problema, em 1946 foi editado o Administrative Procedure Act – Lei de Procedimento administrativo, que estabeleceu procedimentos uniformes para as diversas agências.”

O Administrative Procedure Act (APA) determinava, ainda, que a agência é a autoridade do governo federal distinta do Legislativo e do Judiciário, ou seja, que não faz parte da tripartição de poderes.

Elas tiveram seu auge na década de 30, durante o governo Roosevelt e sua justificativa centrava-se no fato de serem altamente especializadas em suas respectivas áreas de atuação e neutras com

6 MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*. Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano 90, v. 791, p. 746, set, 2001. ISSN 0034-9275.

relação aos assuntos políticos: havia a crença de que elas estavam fora das influências políticas. Reconhecia-se, também, a elas largo grau de discricionariedade técnica, ou seja, uma esfera em que seus atos, mesmo os regulatórios, por envolverem conhecimentos técnicos, estavam fora do controle judicial.

A importância desse modelo de agências reguladoras reside no elevado grau de independência ao Executivo e aos demais Poderes. As agências possuíam algumas competências típicas dos três poderes institucionalmente constituídos: administrativas, “quase-judiciais” (resolução de conflitos de interesses entre os entes regulados) e “quase-legislativas” (poder de editar normas gerais).

De fato, a principal característica das agências reguladoras norte-americanas está no seu poder de intervir na atividade econômica por meio da sua função legislativa e executiva, além de certo grau de jurisdição.

Apesar de sua reconhecida importância naquele momento de crise em que passava a economia americana, o modelo de agências reguladoras nunca foi imune à críticas, que com o passar dos anos foram aumentando.

A principal delas centrava-se na chamada “teoria da captura”, que alertava para o risco de que a regulação fosse capturada pelos agentes privados (regulados), através de seu poder econômico, para a satisfação de interesses próprios.

Já na década de 40, também surgem críticas em relação ao enquadramento das agências no modelo tradicional de tripartição de poderes, já que em sua concepção clássica não havia a possibilidade da delegação de poderes de um Poder a outro. Da mesma forma, passou-se a criticar a ausência de responsabilidade eleitoral dos dirigentes das agências⁷.

Na década de 70 inicia-se nos EUA um amplo processo de desregulação da economia, com diminuição das restrições impostas a diversos setores da economia e redução da intervenção das agências sobre os entes privados⁸. Nesse momento, amplia-se, também, o controle exercido pelos poderes constituídos sobre os atos das agências.

O controle judicial foi ampliado através da *hard-look doctrine*⁹ que permitiu ao Judiciário avaliar a legalidade e razoabilidade das medidas regulatórias. Assim, além do exame da legalidade do procedimento

7 SUSTEIN, op. cit., p. 151.

8 Exemplos de desregulação: *Airline Deregulation Act – ADA (1978)*, *Staggers Rail Act (1980)* e *Motor Carrier Act (1980)*.

9 Sobre o controle judicial os atos das agências reguladoras e a aplicação da “*harder-look review*”, vide: EDLEY, Christopher F. *Administrative Law: rethinking judicial control of bureaucracy*. Yale University Press, 1990.

adotado, o Judiciário poderia verificar a razoabilidade das decisões das agências.

Em 1980, durante o governo de Ronald Reagan, houve um avanço conservador e se intensificou o fenômeno da “desregulação”, que mitigava o poder de intervenção das agências. O Escritório de Orçamento e Execução (Office of Budget and Management - OMB), criado na mesma época, vinculado diretamente ao presidente, é responsável por adequar a atividade das agências à política presidencial, bem como por supervisionar as propostas orçamentárias das agências, visto que seu orçamento está sujeito à aprovação do Congresso Nacional¹⁰.

Diversas Ordens Executivas foram editadas com o intuito de restringir a autonomia das agências. Destacam-se as Executive Order nº 12.291 e 12.498, emitidas pelo presidente Reagan. Submetiam os atos das agências a prévia aprovação do OMB, diretamente vinculado ao presidente.

A Ordem Executiva nº 12.886/93 (*Regulatory Planing and Review*), emitida pelo presidente Clinton, criou procedimentos obrigatórios para as agências, no sentido de que, antes de iniciarem seus procedimentos regulatórios, uma comunicação da sua intenção de operacionalização deveria ser encaminhada a um órgão do governo, denominada de *Regulatory Working Group*. Este grupo teria a competência de alertá-las sobre “regulações desnecessárias, dúplices ou contraditórias entre si ou com a política governamental”.¹¹

Quanto ao controle parlamentar, este foi fortalecido com a necessidade de aprovação pelo Congresso, a partir de 1993, dos projetos e atividades das agências. O Congresso exercia um duplo controle sobre os regulamentos emitidos pela agência: um prévio, para que essa espécie normativa respeitasse os fins consagrados em lei (rules review); e um posterior, que impedisse a força do regulamento (legislative veto)¹².

Em 1990 foi promulgada a Lei sobre Negociação de Regulamentos (Negotiated Rulemaking Act), permitindo que os próprios titulares de interesses afetados pelo regulamento participassem de sua elaboração.

Finalmente, em 1996, é promulgado o *Congressional Review Act* (CRA), possibilitando a revisão e desaprovação das regras emanadas

10 BRODBEKIER, Bruno. Poder regulamentar da administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, n. 233, p. 141-177, jul/set, 2003.

11 ARAGÃO, Alexandre. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 236.

12 o “veto legislativo” é instituído em 1996 através do Congressional Review Act – CRA. Uma resolução conjunta das duas Casas, aprovada por maioria simples e seguida da sanção presidencial, poderia sustar uma norma regulatória editada pela agência.

pelas agências federais, submetendo-as ao controle tanto do Congresso norte-americano, quanto do *Comptroller General*.

Em resumo, podemos afirmar que o que caracteriza o modelo de agência implementado nos EUA consiste na dimensão da autonomia concedida a elas.

De acordo com o Marçal Justen Filho¹³ a autonomia das agências reguladoras norte-americanas manifesta-se por várias formas, guardando, contudo, uma dependência com determinados órgãos do poder estatal. Haveria autonomia das agências em relação: (a) a condição jurídica dos administradores protegidos contra demissão arbitrária; (b) descoincidência entre os mandatos dos administradores; (c) possibilidade da escolha dos conselheiros recair sobre autoridades diferentes; (d) competência normativa (*rule making*); e (e) competência jurisdicional (*adjudication*).

3 AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Conforme mencionado em passagem anterior deste artigo, enquanto nos E.U.A., a adoção do modelo de agências reguladoras independentes foi justificada pelo crescimento da regulação estatal e da produção legislativa, na Europa Continental e na América Latina, em especial no Brasil, as agências foram criadas para a regulação das atividades desestatizadas.

A adoção das agências reguladoras ao quadro político-jurídico brasileiro foi iniciada apenas na década de 90, mais de um século após a criação da primeira agência reguladora independente nos Estados Unidos (*Interstate Commerce Commission*), em 1887. A criação dessas entidades se insere no cenário mais amplo de reformas do Estado da década de 1990. Sustentava-se, então, que o caminho rumo ao modelo gerencial de administração pública passava pela implantação de laboratórios, especialmente nas autarquias voltadas para as atividades exclusivas do Estado, visando iniciar o processo de transformação em agências autônomas, ou seja, em agências voltadas para resultados, dotadas de flexibilidade administrativa e ampla autonomia de gestão.¹⁴

As agências brasileiras, criadas sob forte inspiração do modelo norte-americano (*independent regulatory agency*), foram implementadas em meio a um cenário que apresentava as condições adequadas para o começo de uma nova era na regulação estatal.

13 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 83-84.

14 Plano Diretor de Reforma do Estado (PDRAE), p. 55.

A despeito da mencionada inspiração do modelo norte-americano, não se pode olvidar da influência européia, fundamentalmente da matriz francesa, na feição das agências reguladoras brasileiras. A título de exemplo, vale mencionar que a denominação das agências na França (*autorités administratives indépendantes*) foi consagrada no art. 9º da Lei nº 9.472/97 ao dispor que a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL – atuará como “autoridade administrativa independente”.

No que pertine às referidas condições favoráveis à “agencificação” do Direito Administrativo brasileiro, do ponto de vista político, o quadro era propício em virtude das idéias liberalizantes da economia adotadas pelo Governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso.

Segundo o discurso que inspirou o Plano Diretor de Reforma do Estado (PDRAE), de 1955, as agências reguladoras seriam instrumentos essenciais para diminuir os entraves burocráticos da atuação estatal em setores estratégicos da economia, haja vista que sua instituição implicaria a retirada da regulação desses setores do âmbito das escolhas políticas do Presidente da República e de seus Ministros de Estado. À época, acreditava-se que essa pretensa despolitização seria um ponto fundamental para o sucesso do novo programa de privatização e desestatização de atividades econômicas de interesse coletivo e serviços públicos. A atração de investidores privados, em especial o capital internacional, dependeria da criação de um ambiente regulatório seguro, não diretamente responsivo à lógica político-eleitoral, mas sim, pautado por uma gestão imparcial e, sobretudo, técnica. Nesse contexto, a satisfação do interesse público, através da regulação de setores econômicos até então prestados diretamente pelo Estado, foi atribuída às agências reguladoras. A satisfação do interesse público estaria garantida pelo caráter técnico das decisões das agências, bem assim, pela independência dessas autarquias especiais em relação a interferências políticas de toda a sorte.

Percebe-se, destarte, que a independência decisória, delineada pela ausência de subordinação hierárquica das agências em relação aos órgãos do Poder Executivo, é de extrema relevância para o sucesso desse novo modelo regulatório iniciado na década de 1990 no Brasil. Nesse sentido, a garantia de que as decisões dessas entidades nas esferas normativa (poder “quase-legislativo”), executiva (poder “quase-regulamentar”) e judicante (poder “quase-judicial”) prevaleceriam, dependia diretamente da concessão de independência política para o desempenho de suas funções.

O fortalecimento dos ideais de liberalização da economia deve ser creditado, em grande parcela, à insatisfação social com a forma

ineficiente de atuação do Estado intervencionista e paternalista, que não conseguia reduzir as desigualdades sociais nem diminuir a crise econômica. Destarte, o que se pretendia era remodelar a feição do Estado, reduzindo-se o seu tamanho com a transferência de inúmeras atividades ao mercado. O objetivo principal era transformar um Estado paternalista e burocrata em um Estado regulador e eficiente. A diminuição do “peso sustentado pela máquina pública”, todavia, não significou um retorno ao modelo clássico do Estado Liberal, pois o Estado passou a exercer o seu papel normativo e regulador (art. 174, CRFB) através das agências.

A nova visão quanto ao papel que o Estado deve exercer na economia adota a descentralização como estratégia; impõe redução das suas dimensões, envolvendo as questões de privatização, terceirização e publicização; a recuperação da sua capacidade financeira e administrativa; a necessidade de fortalecimento de sua função reguladora, fiscalizadora e fomentadora; e o desmonte do Estado prestador, produtor, interventor e protecionista; o aumento da governabilidade.

No campo jurídico, a busca pela liberalização da economia, pela redução do inchaço do aparato público, e pela instituição de um Estado regulador foi concretizada por meio de diversas modificações na Constituição de 1988, bem como através de algumas alterações legislativas pontuais, a saber¹⁵:

- a. abertura ao capital estrangeiro na Constituição de 1988: Emenda Constitucional nº 06/95 (suprimiu o art. 171 e alterou a redação do art. 176, §1º); Emenda Constitucional nº 07/95 (alterou o art. 178); Emenda Constitucional nº 36/02 (modificou o art. 222, §1º);
- b. atenuação dos monopólios estatais: Emenda Constitucional nº 05/95 (alterou a redação do art. 25, §2º da CRFB); Emenda Constitucional nº 08/95 (modificou o art. 21, XI da CRFB); Emenda Constitucional nº 09/95 (alterou o art. 177, §1º); Emenda Constitucional nº 49/06 (modificou o art. 177,V);
- c. Instituição do Programa Nacional de Desestatização (PND): Lei nº 8.031/90, substituída, posteriormente, pela Lei nº 9.491/97.

15 Sobre o tema, vide: BARROSO, Luís Roberto. “Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática”. In: *Temas de Direito Constitucional - Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 271-306.

Como decorrência natural das medidas legislativas supracitadas verificou-se a diminuição do tamanho do Estado e a liberalização da economia. Contudo, como dito, não houve o regresso ao Estado Liberal, haja vista a adoção, pelo Governo à época, do modelo de agências reguladoras, como forma de implementar um novo modelo regulatório brasileiro.

A Constituição de 1988, em seu art. 174, já apontava expressamente que o Estado deveria atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica.¹⁶ Cumpre consignar, ainda, que por meio das referidas Emendas Constitucionais n.ºs. 8/95 e 09/95, respectivamente, foram previstas a criação de dois “órgãos reguladores” específicos para os setores de telecomunicações (art. 21, XI da CRFB) e do petróleo (art. 177, §2º, III da CRFB).

Em que pese a Constituição não ter exigido ou optado expressamente pelo modelo norte-americano das agências reguladoras, parece ser incontroverso que deixou espaço para que o legislador adotasse essa possibilidade. Neste contexto, a partir de meados da década de 90, foram criadas as seguintes agências reguladoras: ANEEL (Lei n.º 9.427/97; ANATEL (Lei n.º 9.472/97); ANP (Lei n.º 9.478/97); ANVISA (Lei n.º 9.782/99); ANS (Lei n.º 9.961/00); ANA (Lei n.º 9.984/00); ANTT e ANTAQ (Lei n.º 10.233/01); ANCINE (Medida Provisória n.º 2.228-1/01 e Lei n.º 10.454/02).

Ante o cenário exposto, aponta a professora Di Pietro que a “agencificação” – outorga de função regulatória às agências reguladoras – é uma forte tendência atual do Direito Administrativo brasileiro.¹⁷

3.1 DIFICULDADES ORIUNDAS DA RECEPÇÃO DO MODELO NORTE-AMERICANO DE AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES

Conforme verificado no ponto anterior, o legislador brasileiro optou pela recepção das agências reguladoras norte-americanas. O que se pretende expor a partir deste momento são as dificuldades inerentes a esta recepção, especialmente em razão dos momentos distintos de criação das agências nos dois países e das diferenças dos próprios sistemas jurídicos (*common law* e romano-germânico).

O fortalecimento das agências americanas, durante o *New Deal*, foi justificado, fundamentalmente, pela idéia do crescimento da

16 “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

17 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 54.

regulação estatal e da produção legislativa, com o objetivo de superar a crise instalada especialmente com a Grande Depressão de 1929.

Se por um lado, os E.U.A. adotaram o modelo das agências reguladoras como uma das formas de superar a crise econômica, a solução escolhida pela Europa e pelos países da América Latina foi diversa. Preferiram estabelecer uma política estatizante que afastava a necessidade de criação de agências independentes, pois era o próprio Estado o executor dos serviços públicos e de diversas atividades econômicas.

Somente a partir do período de desestatização, com a transferência de inúmeras atividades econômicas à iniciativa privada, é que as agências reguladoras foram aderidas em larga escala pelo sistema jurídico brasileiro. Foi uma alternativa adotada para que a transferência para o setor privado fosse menos impactante e mais seguro para um Estado até então amplamente estatizado. Assim, tão logo as atividades estatais passaram ao âmbito da iniciativa privada, foram criadas as agências reguladoras, com o desiderato de fiscalizar e regular o exercício dessas atividades.¹⁸

Insta destacar, neste ponto, um aparente paradoxo constatado na história das agências reguladoras no mundo. Enquanto nos Estados Unidos, as agências se expandiram no momento de fortalecimento do Estado, no Brasil, por outro lado, as agências foram instituídas em período de diminuição do intervencionismo estatal.

Em contrapartida, o ponto em comum dos dois processos regulatórios é a insatisfação com o modelo estatal adotado tanto nos Estados Unidos (modelo abstencionista) quanto no Brasil (modelo intervencionista), buscando-se um ponto médio ideal de regulação através da regulação leve (*light intervention*).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que a privatização ocorrida após a II Guerra Mundial com a crise do Estado do Bem-Estar Social “*deixaria de ser um tabu ideológico, abominado pelas radicalizações de esquerda*” e passaria a ser “*uma opção racional de política pública*”.¹⁹

Contudo, o referido paradoxo é apenas aparente. Segundo Alexandre Santos de Aragão, o processo de desestatização acarretou

18 Nas lições de Alexandre Santos de Aragão: “Na América Latina/Europa, o Estado deixou de prestar ou explorar diretamente (ou através da sua Administração Indireta) a maior parte dos serviços públicos e atividades econômicas que, no entanto, pela sua sensibilidade com os interesses maiores da coletividade, deviam ser objeto de uma regulação independente, inclusive frente aos eventuais ocupantes de cargos públicos.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 226, nota 18.

19 NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 84.

uma aproximação das circunstâncias político-econômicas brasileiras e norte-americanas.²⁰

3.2 QUESTIONAMENTOS QUANTO À AUTONOMIA REFORÇADA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

É cediço que o termo “agências reguladoras” nada mais é do que uma nomenclatura para as autarquias (personalidade jurídica de direito público) em regime especial.²¹

Este tipo de autarquia especial tem funções normativas, administrativas (executivas) e quase-jurisdicionais ou judicantes, e relativa independência e autonomia quanto aos três poderes. A sua independência, todavia, deve ser compreendida em termos compatíveis com o regime constitucional brasileiro. A competência do Poder Executivo sobre as agências é apenas político, no sentido de que poderá coordenar as diferentes ações públicas com a política desenvolvida pelo Governo.

A independência relativa das agências reguladoras, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, se dá com relação a quatro aspectos, quais sejam:

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

20 ARAGÃO, op. cit., p. 227.

21 O regime especial é caracterizado pela autonomia reforçada das agências, conforme se pode depreender, v.g., do art. 8º, §2º da Lei nº 9.472/97 (ANATEL): “Art. 8º [...] §2º A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira”.

fiscalização das entidades privadas executoras de serviços públicos sob contrato.²²

Entretanto, não são poucas as oposições doutrinárias à autonomia reforçada das agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo alguns autores, a autonomia reforçada violaria princípios constitucionais como a separação de poderes, a legalidade, a legitimidade, dentre outros. Contudo, não obstante se mostrar ainda embrionária a análise dessas questões pelo Supremo Tribunal Federal (STF), já se pode afirmar que as agências representam uma realidade que tem desempenhado as suas tarefas com certo sucesso.

3.3 AUTONOMIA REFORÇADA

Oposições à parte, parece que a doutrina majoritária se mostra favorável ao regime especial de autonomia reforçada das agências reguladoras.

No que tange à autonomia normativa, a tese da deslegalização vem sendo aceita por diversos doutrinadores²³, desde que a lei deslegalizadora estabeleça os parâmetros (*standards*) e objetivos mínimos a serem alcançados pelas agências.

Hely Lopes Meirelles ensina o seguinte sobre o poder normativo das agências reguladoras:

Tem-se contestado o poder normativo conferido às agências, mas esse poder normativo há de se cingir aos termos de suas leis instituidoras e aos preceitos dos decretos regulamentadores expedidos pelo Executivo. Naquilo que extravasar desses parâmetros a norma expedida pela agência será inconstitucional.²⁴

Segundo as valiosas lições do ilustre Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a deslegalização pode ser entendida como “*a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (domaine de la loi) passando-as ao domínio do regulamento (domaine de l’ordonnance)*”.²⁵

22 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 148.

23 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 170 e segs.; ARAGÃO, op. cit., p. 418 e segs.; VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 48 e segs.

24 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 370.

25 MOREIRA NETO, op. cit., p. 122.

A deslegalização não deve ser interpretada como a superioridade hierárquica do regulamento das agências em detrimento da lei, mas sim, como uma opção legislativa em ampliar a margem de atuação normativa e da discricionariedade técnica das agências.

O STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 140.669-1/PE, em voto da lavra do Ministro Relator Ilmar Galvão, citando J.J. Gomes Canotilho, admitiu a tese da deslegalização.

Relativamente à autonomia administrativa, a doutrina, ao caracterizá-la, o faz sob dois enfoques. O primeiro enfoque refere-se à impossibilidade, via de regra, de interposição de recurso hierárquico impróprio. Este tipo de recurso administrativo é aquele dirigido a autoridade de outro órgão, não integrante da mesma hierarquia daquele que proferiu o ato. Por conseguinte, o principal efeito gerado por essa impossibilidade é a vedação do reexame das decisões da agência, tornando-a responsável pela última palavra na esfera administrativa. Cumpre esclarecer, no entanto, que essa vedação atinge tão-somente as matérias de mérito, isto é, de cunho estritamente técnico. Assim, considera-se viável, excepcionalmente, a interposição de recurso hierárquico impróprio quando fundamentado em ilegalidade praticada pela agência.

Um segundo enfoque possível da autonomia administrativa é referente à estabilidade dos dirigentes, nomeados pelo Chefe do Poder Executivo e aprovados pela respectiva Casa Legislativa. Trata-se, em verdade, de uma estabilidade diferenciada, cujas principais características são o exercício de mandato a termo (art. 6º da Lei nº 9.986/00), não coincidente com o mandato do agente político (art. 7º da Lei nº 9.986/00), bem como pela impossibilidade de exoneração *ad nutum* (art. 9º da Lei nº 9.986/00).²⁶

A não coincidência dos mandatos dos dirigentes das agências com os mandatos dos Chefes do Executivo é fundamentada na discricionariedade técnica dessas autarquias especiais. Como se sabe, as agências, ao menos em tese, são compostas por especialistas do assunto a ser regulado. A elas são destinadas as decisões de caráter eminentemente técnico, o que permite um melhor atendimento do princípio da eficiência administrativa (art. 37, CRFB). Logo, os dirigentes são independentes e responsáveis não por decisões políticas, mas sim, técnicas. Marcos Juruena Villela Souto aponta que a legitimidade dessas entidades estaria

²⁶ O STF, no julgamento da ADIN nº 1949/RS, asseverou que: “A investidura a termo – não impugnada e plenamente compatível com a natureza das funções das agências reguladoras – é, porém, incompatível com a demissão *ad nutum* pelo Poder Executivo”. STF, ADInMC nº 1.949/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 18/11/1999, Tribunal Pleno, DJ 25-11-2005.

garantida na medida em que seus órgãos colegiados são formados por “várias correntes de pensamento da sociedade”.²⁷

Contudo, não são poucas as críticas doutrinárias à previsão de não coincidência de mandatos. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, essa previsão viola o princípio republicano que estabelece a temporariedade dos mandatos políticos. Segundo o renomado autor, os governantes derrotados nas urnas continuariam a exercer influência sobre o governo sucessor.²⁸ Tal entendimento, todavia, não parece refletir parcela majoritária da doutrina jurídica que se debruça sobre o tema.

Por derradeiro, no atinente à autonomia financeira das agências reguladoras, há que se destacar a possibilidade dessas entidades instituírem “taxas regulatórias” (v.g.: art. 47 da Lei nº 9.472/97) e de enviarem propostas orçamentárias ao Ministério ao qual estão vinculadas (v.g.: art. 49 da Lei nº 9.472/97).

A taxa regulatória terá natureza meramente contratual quando se tratar de agência reguladora de serviços públicos ou de exploração de atividade econômica monopolizada, haja vista inexistir, *in casu*, o efetivo exercício do poder de polícia. Por outro lado, terá natureza jurídica tributária quando se tratar de agência reguladora de atividades típicas da iniciativa privada, tendo em vista o exercício do poder de polícia (art. 145, II CRFB e art. 78 do Código Tributário Nacional).

3.4 DÉFICIT DEMOCRÁTICO

Muito se tem questionado, no seio da comunidade jurídica, sobre a legitimidade democrática desse modelo institucional de agências reguladoras. De fato, a superação de seu aparente déficit democrático é um grande desafio para as agências. Como superar o fato de que agentes públicos tecnocratas, não eleitos pelo povo e sem responsabilidade política, possam decidir tantas questões de grande relevância social?

Para superar essa aparente dificuldade contra-majoritária, as agências têm permitido, em grande escala, a participação dos agentes regulados e dos administrados em geral na tomada de decisões administrativas das agências, bem assim na elaboração das normas regulatórias. Verifica-se, com frequência, a celebração de consultas e audiências públicas, como forma de legitimar a atuação das agências reguladoras, bem como deixar transparecer o caráter

27 VILLELA SOUTO, op. cit., p. 128.

28 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 153/154.

preponderantemente consensual. A legitimidade e a eficiência das decisões são garantidas, portanto, pela aplicação do Princípio da Participação Administrativa (v.g., art. 19, III; art. 89, II; art. 42; e art. 195, todas da Lei nº 9.472/97).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, pode-se concluir que o modelo de agências reguladoras brasileiras teve forte inspiração nas *independent regulatory agencies* norte-americanas. Não obstante ser possível identificar semelhanças com sistemas regulatórios europeus, notadamente o francês, não se pode negar que o modelo norte-americano foi adotado pelo Brasil em maior intensidade.

O escopo do presente artigo foi demonstrar a inspiração brasileira no modelo norte-americano de agências reguladoras, bem como apontar e enfrentar algumas dificuldades registradas pela doutrina na aclimação desse sistema.

Em que pese ser o Brasil adepto da tradição romano-germânica, a importação de modelos jurídicos de países da *common law* parece ser cada vez mais frequente. O sentido inverso também é verídico. Trata-se de recente fenômeno jurídico, através do qual se verifica, a passos largos, a aproximação do direito anglo-saxônico com o sistema romano-germânico.

Na lição de Jean Rivero:

A tendência geral é no sentido de aproximação dos direitos anglo-saxônicos e continentais. [...]

Nesse contexto de aproximação das famílias jurídicas americanas e europeias, a doutrina assume papel fundamental: Os doutrinadores são, cada um a sua maneira, os responsáveis pela unidade dos direitos, os fatores determinantes dessa unidade.²⁹

A aproximação entre as famílias da *common law* e da tradição romano-germânica é uma atual tendência no mundo jurídico. Constata-se, cada vez mais, um sensível aumento na produção legislativa de países anglo-saxões, como, por exemplo, nos Estados Unidos. Em contrapartida, é possível verificar países romano-germânicos

29 RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

concedendo crescente importância à jurisprudência e a instrumentos judiciais vinculativos, como a criação das súmulas vinculantes no Brasil.

Desse modo, aos doutrinadores fica o ônus de contribuir para a recepção mais harmoniosa possível desse modelo regulatório no ordenamento jurídico brasileiro; e ao Governo, cumpre utilizar o sistema de modo adequado, sem retirar o poder das agências através de subterfúgios, como, *v.g.*, a nomeação de dirigentes por razões políticas, sem a observância das qualificações técnicas.

Como visto, a implantação das agências reguladoras no Brasil é relativamente recente. Portanto, ainda são necessários mais alguns anos para que possa ser feito um diagnóstico mais concreto acerca do sucesso na sua adoção pelo Brasil. O certo é que, se utilizado adequadamente, o sistema pode contribuir muito para a evolução do modelo regulatório brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional - Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINEMNOJM, Gustavo. Agências Reguladoras independentes, separação de poderes e processo democrático. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, n. 60, p. 59-82, 2006.

BRODBEKIER, Bruno. Poder regulamentar da administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, n. 233, p. 141-177, jul/set, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e poder normativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo comparado*. São Paulo: Bushatsky, 1972.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Parcerias na administração pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

EDLEY, Christopher F. *Administrative Law: rethinking judicial control of bureaucracy*. Yale University Press, 1990.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 791, ano 90, set, 2001.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo comparado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

SUSTEIN, 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.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

