XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL II

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE

ROMEU FARIA THOMÉ DA SILVA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito, economia e desenvolvimento sustentável II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/ Dom Helder Câmara;
coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr, Marco Antônio César Villatore, Romeu Faria Thomé da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-113-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Economia. 3. Desenvolvimento sustentável. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL II

Apresentação

A Coordenação do Grupo de Trabalho Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável II, do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, sente-se honrada por apresentar essa coletânea de artigos, fruto das pesquisas e dos debates realizados no âmbito do XXIV Congresso do CONPEDI, cujo tema foi Direito e política: da vulnerabilidade à sustentabilidade.

O evento, realizado na capital das Minas Gerais, desenvolveu suas atividades em três Instituições de Ensino Superior: a Faculdade de Direito da UFMG; a Universidade FUMEC; e a Escola Superior Dom Helder Câmara ESDHC, no período de 11 a 14 de novembro de 2015.

Dentre os inúmeros trabalhos encaminhados, provenientes de todas as regiões do País, vinte e seis artigos foram aprovados e selecionados para compor o presente livro do Grupo de Trabalho Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável II, com temas ligados ao Direito Econômico, ao Direito do Consumidor, ao Direito do Trabalho e ao Direito Ambiental.

O CONPEDI, desde 2005, fomenta o debate nas áreas do Direito Econômico em grupos de trabalho específicos, como aqueles voltados para as relações de consumo e desenvolvimento, além de investigar a relação entre Direito Econômico, modernidade e análise econômica do Direito, e temas correlatos. Os debates envolvendo tópicos de Direito do Consumidor e do Direito do Trabalho, já tradicionais nos Congressos do CONPEDI, também foram significativos neste encontro realizado em Belo Horizonte.

Convém, entretanto, registrar uma nota de destaque ao incremento substancial das discussões relativas às normas de proteção ambiental e ao princípio do desenvolvimento sustentável nos últimos eventos do CONPEDI, em especial no grupo de trabalho Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável II do XXIV Congresso. Esse aprofundamento se deve à crescente preocupação do ser humano com a manutenção do equilíbrio ambiental, refletida em inúmeros Programas de Pós Graduação espalhados pelo Brasil que se propõem à análise do tema, como o Programa de Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara, uma das instituições anfitriãs do evento. A estreita relação instaurada entre as normas de Direito Econômico e as de Direito

Ambiental, em busca de fomentar não apenas o crescimento, mas o desenvolvimento econômico em harmonia com o bem-estar social e a preservação ambiental, demonstra a absoluta adequação desse grupo de trabalho, que incentiva a pesquisa interdisciplinar, aproximando o Direito, a Economia e o Desenvolvimento Sustentável.

A catástrofe envolvendo as barragens de rejeitos da mineradora Samarco, no município mineiro de Mariana, acontecida às vésperas do XXIV Congresso, com gravíssimas repercussões socioambientais, foi abordada pelos coordenadores e pesquisadores do grupo no início dos trabalhos, que prestaram homenagem às vítimas, além de reforçar a convicção de que o desenvolvimento se encontra inexoravelmente atrelado à proteção do meio ambiente.

As normas jurídicas, já utilizadas como instrumentos vocacionados ao crescimento econômico, devem ser compreendidas, a partir da constitucionalização da proteção do meio ambiente, como instrumentos de viabilização do desenvolvimento econômico sustentável.

A construção do conhecimento, paulatinamente, estrutura-se pelo esforço de docentes, doutorandos e mestrandos, que desenvolvem a pesquisa jurídica de maneira independente e comprometida. Nessa perspectiva, os vinte e seis artigos apresentam análise interdisciplinar de temas contemporâneos e, desse modo, ofertam efetiva contribuição para a evolução e consolidação de diversos institutos jurídicos.

Não remanescem dúvidas de que a contribuição acadêmica dos pesquisadores participantes do Grupo de Trabalho Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável II é essencial para movimentar os debates social, econômico, ambiental, político e jurídico, revigorando a participação democrática. Aproveitamos para, mais uma vez, tecer sinceros agradecimentos aos autores e, ainda, registrar nosso propósito de instauração de debates impulsionados pelos trabalhos agora publicados, na expectativa de que o elo Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável se fortifique na corrente do CONPEDI. Convidamos, por fim, a todos, para uma profícua leitura.

Belo Horizonte, 15 de novembro de 2015.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Professor Doutor Romeu Faria Thomé da Silva DOM HELDER

Professor Doutor Marco Antônio César Villatore PUCPR/UNINTER/UFSC

Professor Doutor Fernando Gustavo Knoerr - UNICURITIBA

A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO ATRAVÉS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A STATE INTERVENTION IN ECONOMIC DOMAIN THROUGH THE REGULATORY AGENCIES

Géssica Dayse de Oliveira Silva

Resumo

Uma análise da intervenção do Estado no domínio econômico parte da respectiva concepção histórica. A depender da ideologia adotada, muda-se o viés da atuação estatal. Desde a formação dos Estados modernos até a atual ordem econômica constitucional, o Estado se posiciona consoante a política econômica vigente, adotando postura liberal ou intervencionista. Atualmente, a ingerência estatal na economia dar-se de maneira direta e indireta, na qual se encontra a regulação (amplamente utilizada após o processo de privatização das empresas prestadoras de serviços públicos). Para tanto, utiliza-se das agências reguladoras, autarquias com certo grau de autonomia normativa, administrativa, executiva, decisória e financeira, responsáveis pela regulação em sentido estrito (das atividades eminentemente privadas), dos serviços públicos (prestações ofertadas pelo Estado ou delegadas aos particulares) e social (almeja o cumprimento da função social da propriedade). Com base nessa realidade, o presente objetiva analisar, à luz das normas constitucionais, como o Estado utiliza os referidos órgãos regulatórios para corrigir as falhas de mercado, bem como harmonizar os interesses da iniciativa privada (através da manutenção do ambiente concorrencial) e da coletividade (garantindo a eficácia e universalidade dos serviços considerados essenciais).

Palavras-chave: Direito, Economia, Intervenção do estado, Domínio econômico, Agências reguladoras

Abstract/Resumen/Résumé

An analysis of state intervention in economic domain varies according to the historical perspective adopted. The bias of statal action varies in accordance to the ideology adopted. Since the birth of modern states until the current constitutional order the state acts in accordance to the given economic policy, adopting a liberal or interventionist stance. Current state intervention on the economy takes place directly and indirectly, later encompassing regulation (widely used after the proccess of privatization of companies providing public services). To do so, the state resorts to three assets: regulatory agencies - authorities with a degree of legislative, administrative, executive, financial and decision-making autonomy, responsible for the regulation in the strict sense (of those activities considered eminently privative in nature), public services (services offered by the state or delegated to be offered by third parties) and social ingerence (in order to fulfill propertys social function). Based on

this, the presente work aims to analyze, in the light of the Constitutional Norms, how the State uses the aforementioned regulatory assets to correct market failures, as well as harmonize private sector agendas (through the conservation of a competive environment) and the aspirations of the general community (ensuring the effectiveness and universality of the utilities considered essential).

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law, Economy, State intervention, Economic domain, Regulatory agencies

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo demonstrar como se opera a intervenção do Estado no Domínio Econômico através das Agências Reguladoras. Inicialmente, analisa-se a dinâmica entre direito e economia frente à evolução histórica da organização estatal, demonstrando como o Estado se posiciona conforme a ideologia política dominante. Nesta esteira, aprofunda-se a discussão ao adentrar na análise do modelo liberal, no qual há clara diferenciação entre a atividade econômica e política, através do Estado Mínimo. Com o alargamento das desigualdades sociais e a falência dos postulados jusnaturalistas, surge o intervencionismo estatal, no qual ao Estado cabe a estimulação e direção da economia, com forte atuação para atender ao interesse coletivo, extremamente prejudicado no modelo anteriormente adotado. Posteriormente, com a estagnação econômica e tecnológica (em grande parte pela intervenção exagerada na economia, o que inviabilizava a iniciativa privada) surge o Estado Neoliberal, que assume papel regulador e fiscalizador dos agentes privados, o qual passa a atuar principalmente de forma indireta, reservando para si apenas as competências essenciais à soberania nacional ou de extrema importância social.

Em segundo momento, adentra-se no aspecto teórico e doutrinário acerca da Intervenção do Estado no Domínio Econômico, a qual pode se apresentar de forma direta (como empresário) e indireta (como fomentador). Aqui, demonstrar-se-á conceituação, funções e modalidades da ingerência estatal, bem como sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro até chegarmos à figura do Estado Regulador. Nesse novo paradigma, surgem as agências reguladoras.

Por fim, aborda-se sobre a criação das agências reguladoras, entidades dotadas de autonomia e independência, frente ao Aparelho Estatal, instituídas para combater as famosas "falhas de mercado", assegurando tanto a livre iniciativa (através da manutenção do espaço concorrencial) como a promoção do interesse público, mormente os de cunho social (garantindo a universalidade e eficiência na prestação dos serviços públicos). Para tanto, aprofundar-se-á na origem histórica dessas autarquias, conceituação teórica, fundamentos políticos-jurídicos e o papel que assume na atual Ordem Constitucional.

A importância do tema consiste em entender o contemporâneo papel do Estado frente à moderna condução econômica, levando em consideração todas as bases e princípios do Estado Democrático de Direito.

2. Aspectos Históricos

Nós últimos anos, visualizou-se uma intensificada interação entre Direito e Economia[1]. Através de uma análise econômica do Direito, tanto pelo viés positivista quanto normativista, buscou-se uma avaliação dos efeitos econômicos na aplicação das normas jurídicas. Com efeito, o que se pretende é maximizar racionalmente as decisões jurídicas (mormente na formulação de políticas públicas), pautando-se no respeito aos princípios da racionalidade e eficiência (frente à linha de pensamento da Law & Economics).

Neste ínterim, Fábio Nusdeo (2008, p. 30) afirma:

> Direito e Economia devem ser vistos, pois, não tanto como duas disciplinas apenas relacionadas, mas como um tudo indiviso, uma espécie de verso e reverso da mesma moeda, sendo difícil dizer-se até que ponto o Direito determina a Economia, ou, pelo contrário, esta influi sobre aquele. Existe, isto sim, uma intrisicada dinâmica de interação recíproca entre ambos.

Sabe-se que para satisfazer as necessidades da coletividade, o Estado necessita participar (e regular) da atividade econômica[2], como empresário ou normatizador, neste exercendo funções fiscalizatórias, regulatórias e de planejamento sob a ótica jurídica. Com efeito, não se pode conceber uma ordem econômica apartada da jurídica. Eros Grau discorre com maestria ao aduzir que a ordem jurídica deve ser entendida como o aglomerado de princípios e regras jurídicas, dentre os quais se encontra uma ordem pública, privada, social e econômica (GRAU, 1988).

É notório que as tendências históricas ditam a política econômica adotada, bem como o comportamento e os limites da ingerência do Estado no domínio econômico[3]. Nos dizeres de Washington Peluso (2003, p. 322), "*a 'ideologia' constitucionalmente adotada,*

---

[1] Neste sentido, "(...) o direito é, sempre, um instrumento de mudança social. O direito é produzido pela estrutura econômica mas, também, interagindo em relação a ela, nela produz alterações. A economia condiciona o direito, mas o direito condiciona a economia." (GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 52).

[2] O douto Eros Grau define atividade econômica (*lato sensu*) como um gênero, do qual se depreendem duas espécies: os serviços públicos (essenciais à realização de valores fundamentais, como a dignidade da pessoa humana) e a atividade econômica *stricto sensu* (majoritariamente desenvolvidas por particulares, nos termos do art. 173 da CF).

[3] Nas palavras de Lúcia Valle Figueiredo, domínio econômico "compreende o conjunto de atividades desenvolvidas pela livre iniciativa. Portanto, constitui-se no centro de onde gravita a possibilidade de fazer riqueza, ou seja, a atividade econômica... Domínio econômico opõe-se a domínio público, área de abrangência da atividade estatal, enquanto o primeiro refere-se à esfera privada". (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001. p. 86).

portanto, define a posição da 'intervenção' e, desde que a assimile, passa a funcionar como origem de todo o direito correspondente e da legislação que o corporifica sob a forma de 'políticas-econômicas' legisladas".

Sob este viés, é possível destacar a diferença da postura estatal frente aos paradigmas mercantilista, do Estado Liberal, intervencionista e atual Estado Democrático de Direito.

Inicialmente, com a queda do sistema feudal, formação dos Estados Modernos e suas concepções políticas, dentre os quais o forte nacionalismo e a reafirmação destas nações como soberanas, surge o mercantilismo. Este, segundo descrição de Pierre Deyon (1992. p.11), é "*o conjunto das teorias e das práticas de intervenção econômica que se desenvolveram na Europa moderna desde a metade do século XV*".

Surgido a partir da crise situada na transição feudal-absolutista (ante a investida da monarquia contra o particularismo e dominância dos senhores feudal), este modelo pode ser compreendido, basicamente, como a busca prioritária de riquezas (em especial o ouro e a prata), forte protecionismo alfandegário (o que acarreta a diminuição das importações), estímulos à exportação, presença maciça de monopólios, Estado forte e centralizado (oriundo da aproximação entre a burguesia e a monarquia). Baseando-se nos postulados de Nicolau Maquiavel e Thomas Hobbes, a sociedade deveria se submeter aos anseios do soberano, o monarca, o qual concentrava poder político, econômico e, sobretudo, militar.

Com efeito, "*representa ele [mercantilismo] aqui [absolutismo] um instrumento de unificação e de centralização diante do qual a busca da riqueza pode ser encarada como simples meio de aumentar os rendimentos do Estado e, a partir daí, o seu poderio"* (FALCON, 1981). Verifica-se, logo, que a nobreza, antes concorrente direta da coroa, transforma-se em sua parceira, passando a sustentar, e apoiar, o absolutismo.

Todas essas características, conforme suscita o escritor João Bosco ([2000?], p. 216), propicia a adoção do capitalismo como sistema econômico, que prioriza a propriedade privada dos meios de produção, a organização de livre mercado e de empresa. De igual modo, há um fortalecimento da burguesia como classe esclarecida, mas que não participava dos lucros da realeza [4].

---

[4] "A dicotomia entre o poder econômico da burguesia e a ausência de sua participação nas decisões políticas do Estado promoveu forte descontentamento e resistência ao absolutismo. Campo fértil para movimentos revolucionários na Europa.". (LEHFELD, Lucas de Souza. Controle das agências reguladoras. São Paulo: Atlas, 2008. p. 37).

Com a Revolução francesa, em 1789, a população se revolta contra Estado autocrata e sua filosofia agnóstica, a qual relegava as liberdades individuais, dentre as quais a livre iniciativa privada. O colapso surgido através deste movimento revolucionário, o qual almejava a garantia da liberdade, igualdade e propriedade, permitiu que, paulatinamente, os ideais liberais superassem a teoria mercantilista. Neste momento, diferentemente do Estado absolutista em que a figura do monarca (inclusive seus bens pessoais) se confundia com o Estado e garantias individuais referiam-se às regalias concedidas pelo rei, o Estado constitucional é baseado em princípios próprios, como soberania do povo, limitação do poder político, propriedade privada.

Vigoravam-se os postulados de Jean Jacques Rousseau[5], através da teoria contratualista, na qual o poder soberano pertence ao povo, e dele advém, razão pela qual todos deveriam ser submetidos às leis vigentes, inclusive o governante.

A nova doutrina econômica[6] - liberalismo, baseada nos postulados de Adam Smith, sustenta-se na livre concorrência e na lei da oferta e da procura. Neste momento, o Estado não mais intervém na economia (e executa pouquíssimas prestações positivas), uma vez que esta se equilibraria através da "mão invisível" do próprio mercado, vigorando as amarras do contrato privado. Inclusive, as idéias jusnaturalistas[7] sustentavam que a livre iniciativa privada promoveria a "ordem natural" da economia, momento em que a atuação estatal na esfera econômica somente se justificaria na criação das condições necessárias para viabilizar a concorrência entre os agentes econômicos. Surge o Estado de Direito Liberal[8], consubstanciado no direito positivo (o ente age nos limites da Lei sob a ótica do princípio da

---

[5] O ilustre Miguel Reale, com grande sabedoria, aduz que "para Rousseau o Direito é a lei, por que a lei é a única expressão legítima da vontade geral. Nenhum costume pode prevalecer contra a lei ou a despeito dela, porque só ela encarna os imperativos da razão." (REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 152)

[6] "Na acepção mais comum dos dois termos, por "liberalismo" entende-se uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas, e como tal se contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que hoje chamamos de social; por "democracia" entende-se uma das várias formas de governo, em particular aquelas em que o poder não está nas mãos de um só ou de poucos, mas de todos, ou melhor, da maior parte, como tal se contrapondo às formas autocráticas, como a monarquia e a oligarquia". (BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 17)

7 Pode-se definir o jusnaturalismo como a doutrina segundo a qual existem leis não postas pela vontade humana – que por isso mesmo precedem à formação de todo grupo social e são reconhecíveis através da pesquisa racional – das quais derivam, como em toda e qualquer lei moral ou jurídica, direitos e deveres que são, pelo próprio fato de serem derivados de uma lei natural, direitos e deveres naturais" (Ibidem, p. 22)

[8] "Por Estado de direito entende-se, geralmente, um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que os regulam, salvo o direito do cidadão de recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso ou excesso de poder" (Ibidem, p.).

legalidade), que passa a estipular a ausência de regulação econômica, de modo que poucos serviços públicos (aqueles considerados como vitais) eram titulados pelo Estado[9].

Neste sentido, o professor Fabiano Del Masso ([2010?], p. 83) aduz a predominância de um Estado que tem dentre seus objetivos a atuação mínima do domínio econômico. Verdadeiramente, o aparelho estatal confia que os agentes econômicos privados suprirão o mercado daquilo que seria necessário para os variados interesses, não apenas de cunho econômico, utilizando-se do equilíbrio natural.

Acerca do absteísmo do Estado na economia, imensurável a contribuição de Adam Smith (1996, p. 120), ao ensinar que "*sem qualquer intervenção da lei, os interesses e sentimentos privados das pessoas naturalmente as levam a dividir e distribuir o capital de cada sociedade entre todas as diversas aplicações nela efetuadas, na medida do possível na proporção mais condizente com o interesse de toda a sociedade".*

Contudo, a liberdade total dos agentes econômicos privados e ausência estatal propicia o surgimento de grandes conglomerados industriais, entendidos como fenômeno pelo qual as empresas tendiam a aumentar suas dimensões, na busca pela maximização dos lucros e da segurança da atividade desenvolvida. Logo, com a união das grandes unidades empresariais, inicia-se uma abusiva, e desleal, vantagem destas sobre os mais fracos, o que acarreta não apenas uma grave questão social (com aumento de pobreza e desemprego), mas também ambiental (com a enorme quantidade de lixo industrial produzido). Assim, frente à constatação de que o mercado não é um ciclo simétrico, mas apresenta falhas[10] inerentes, verificou-se que o liberalismo não era suficiente para suprir os anseios coletivos.

Neste diapasão, surge a necessidade da intervenção do Estado para sanar a crise estrutural existente, o que seria disciplinado pelo próprio Direito Econômico.

Neste viés, Gerard Farjat (FONSECA, [2000?], p. 222): "*A concentração capitalista é o fenômeno decisivo do direito econômico. É ela que está na origem de todas as grandes mutações das sociedades industriais: a intervenção do Estado (...) é uma consequência da concentração*". Diante do supramencionado contexto, bem como da

---

[9] "Em consequência, tais direitos de defesa contra o Estado apresentam originariamente conteúdo negativo, satisfazendo-se com a simples inação do Poder Público, no pressuposto de que as instâncias da organização política devem nada fazer para permitir o livre-trânsito das autonomias individuais". ARAGÃO, Alexandre Santos de. O **Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2a ed.rev.ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 25.

[10] Aqui entendidas como deficiência concorrencial, ineficácia dos bens coletivos, externalidades, assimetrias de informação e desequilíbrio econômico.

ocorrência das guerras mundiais, a vigência do *status quo* tornou-se insustentável ante a crise do sistema capitalismo. A atuação estatal, antes vedada, faz-se essencial para garantir as liberdades individuais, inclusive a própria iniciativa privada (ameaçada pelas grandes concentrações formadas). Mais a mais, o sério agravamento das mazelas sociais, no qual os trabalhadores continuaram submetidos ao poderio econômico e político, agora da burguesia[11], gera o descontentamento generalizado da população.

Neste momento, a intervenção do Estado passa a ser fundamental para atenuar as desigualdades oriundas do caráter absoluto da propriedade, antes adotado. Originariamente, os idealizadores deste modelo foram Karl Marx e Friedrich Engels, os quais estimulavam a luta de classes, a fim de erradicar a miséria e as desigualdades sociais. Para tanto, era necessário a reconstrução do Estado (o qual seria abolido *a posteriori*), adotando-se uma economia estatizada e a coletivização dos meios de produção (com supressão da propriedade privada e da livre iniciativa). Concomitantemente, nos Estados democráticos de direita, adota-se a doutrina de John Maynard Keynes (após a quebra da bolsa de valores em 1929), o qual apregoa um Estado intervencionista, mas não radical como o apregoado pelos pensadores socialista. Este continua a ter como matriz a livre iniciativa, mas busca compatibilizá-la com a justiça social, intervindo nas relações econômicas e sociais para garantir o mínimo vital à coletividade.

Com efeito, John Marnard Keynes (1996, p. 145) informa que

> Se o Tesouro se dispusesse a encher garrafas usadas com papel moeda, as enterrasse a uma profundidade conveniente em minas de carvão abandonadas que logo fossem cobertas com o lixo da cidade e deixasse à iniciativa privada, de acordo com os bem experimentados princípios do laissez-faire, a tarefa de desenterrar novamente as notas (naturalmente obtendo o direito de fazê-lo por meio de concessões sobre o terreno onde estão enterradas as notas), o desemprego poderia desaparecer e, com a ajuda das repercussões, é provável que a renda real da comunidade, bem como a sua riqueza em capital, fossem sensivelmente mais altas do que, na realidade, o são. Claro está que seria mais ajuizado construir casas ou algo semelhante; mas se tanto se opõem dificuldades políticas e práticas, o recurso citado não deixa de ser preferível a nada.

No Estado de Bem-Estar social, há ingerência na Economia (momento em que Estado titulariza serviços que considera de bem comum, [des]estimula setores privados) e nas políticas sociais (o Estado passa a distribuir recursos que considera essenciais à sobrevivência

[11] "Transformada, pois, em genuína academia da razão burguesa, era natural que a legislação provinda desse colegiado qualificado como a unção da *volonté générale*, assumisse o compromisso com o modo de produção capitalista representativo do liberalismo econômico, a fim de favorecer as premissas da concorrência individual, sem maior atenção para com os interesses coletivos ou globais". (ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Poder Normativo das Agências Reguladoras. 2a ed.rev.ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.p.26).

dos necessitados, muitas vezes adquiridos com a receita oriunda da tributação daqueles que possuíam maior poder aquisito) ante a concepção da supremacia do interesse público em detrimento das garantias individuais. É notório que a manutenção dessas intervenções demandava alto custo financeiro, o que gerou tanto a incapacidade do Estado em se sustentar, quanto um engessamento do desenvolvimento econômico. Havia pouco investimento na área tecnológica e econômica, razão pela qual as atividades ofertadas eram de baixa qualidade ou obsoletas e a participação dos particulares em setores da economia era inviabilizada pela ausência de equilíbrio de interesses diversos.

A fim de reestruturar a economia, altamente endividada com as políticas sociais adotadas, surge o neoliberalismo. Inicialmente, entende-se que o Estado de Direito seria fundamental para manter a ordem pública, o que foi desconstituído posteriormente pelo reconhecimento das desigualdades econômicas.

Diante da falência do intervencionismo, bem como a impossibilidade em retornar à concepção de Estado Mínimo, há necessidade de recriar a atuação estatal. A organização política-econômica até então adotada pelo Estado Social não se sustentou, o que fez surgir um movimento de 'reprivatização da atividade econômica', na qual o aparelho estatal assume uma postura de facilitador econômico, já que a ingerência direta deste ente passa a ser conhecida por sua deficiência.

Com a intensa globalização e a internacionalização das economias nacionais, o Estado passa a ocupar papel de regulação das atividades privatizadas, a fim de garantir a concorrência, a livre iniciativa, ao mesmo tempo em que se encarrega de providenciar, através de políticas públicas efetivas, os serviços públicos de caráter essencial. O Estado, antes atuando diretamente na economia, ocupa um papel fiscalizatório e normatizador de diversos setores econômicos, ao passo que fomenta a produção de bens e serviços de utilidade pública e ligados à soberania nacional.

No entendimento de Marçal Justen Filho, o novo papel do Estado rompe com o dirigismo estatal a partir da delimitação dos regimes de Direito Público e Privado, bem como pela absorção de que a atuação regulatória não objetiva sanar apenas as "falhas de mercado", mas para concretizar valores de cunho político e social[12].

---

[12] Neste sentido, Washington Peluso: "Intervenção, portanto, como um fato político, enquanto traduz a 'decisão' do 'Poder Econômico', por atuar no campo que determina; e 'jurídico', quando institucionalizado, regulamentado pelo Direito". (SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas de direito econômico. 5 ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 319).

3. Intervenção do Estado no Domínio Econômico

A constituição Federal de 1988, no título ‘ Da Ordem Econômica e Financeira’, define os princípios gerais da atividade econômica, bem como os limites da intervenção do Estado na economia, a fim de conciliar os interesses da coletividade e da iniciativa privada, principal impulsionadora da atividade empresarial no país.

O que se denominou como a intervenção do Estado no domínio Econômico, pode ser entendida como a presença deste ente a fim de corrigir as falhas de mercado, sejam elas efetivas ou potenciais, numa tentativa de recriá-lo, atuando nos “critérios de equidade de distribuição de riquezas”. Observando-se que a intervenção possui indubitável caráter instrumental, Hely Lopes Meirelles (2005, p. 577) aborda sabiamente:

> Na ordem econômica o Estado atua para coibir os excessos da iniciativa privada e evitar que desatenda às suas finalidades, ou para realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, fazendo-o através da repressão ao abuso do poder econômico, do controle dos mercados e do tabelamento de preços.

Nesta linha, o abuso do poder econômico é compreendido como sendo as ações que visem à eliminação da concorrência e o aumento desmesurado dos lucros, de maneira injustificada e exacerbada. Pode-se citar, à título ilustrativo, os trustes (interferência na livre concorrência, a partir da imposição/dominação das grandes empresas sobre as menores) e cartéis (composição voluntária que tende à anular o equilíbrio natural do mercado, através da combinação de preços e outros aspectos negociais). Diante dos incalculáveis danos que o excesso de poder econômica pode causar à coletividade, a Constituição Federal impôs sua repressão (art. 173, §4º)[13], a qual foi regulamentada pela Lei 8.884/94 (transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia).

Por sua vez, o controle do abastecimento refere-se às medidas adotadas, exclusivamente pela União, para resguardar a circulação da quantidade necessária de serviços e bens usados pela população, evitando sua escassez ou existência excessiva. Já o tabelamento

[13] Art. 173, §4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

de preços ocorre quando a União, ou por seus órgãos a quem a lei conceda essa atribuição, determina os valores a serem cobrados por determinado serviço ou produto.

Neste aspecto, interessante a diferenciação (apenas para fins acadêmicos) entre intervenção e atuação. Esta se refere à forma genérica de ingerência estatal no domínio econômico, enquanto à segunda reporta-se às formas de atuação frente à atividade econômica privada[14].

Nas constituições brasileiras, a intervenção estatal foi regida de diversas maneiras, a depender do contexto histórico em que estavam inseridas[15]. As cartas magnas tidas como liberais, aqui compreendidas as do Império de 1824 e a Republicana de 1891, eram explícitas em estimular a abstenção total do Estado na economia. Privilegiava-se, sobretudo, o respeito à "liberdade de iniciativa" [16] e o "uso pleno da propriedade privada" [17]. As constituições posteriores, por sua vez, aderiram à preocupação com a questão social – mormente após a promulgação da Constituição de Weimar em 1917, concebendo a atuação estatal como necessária. Neste ínterim, a Constituição de 1934 garante a atividade econômica privada, mas com possibilidade de ser organizada pelo Estado[18]. Esta perspectiva foi mantida na Lei Maior de 1937, inserida no contexto do ultrananacionalismo do período Vargas, quando previu a "Intervenção do Estado no domínio econômico" para suprir as deficiências da livre iniciativa[19], entendimento que vigorou até o período dos governos militares, em que aparece o "Estado desenvolmentista".

---

[14] Acerca da respectiva diferenciação, Eros Grau afirma que "Daí se verifica que o Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula a prestação do serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. Por isso mesmo dir-se-á que o vocábulo intervenção é, no contexto, mais correto do que a expressão atuação estatal: intervenção expressa atuação estatal em área de titularidade do setor privado; atuação estatal, simplesmente, expressa significado mais amplo. Pois é certo que essa expressão, quando não qualificada, conota inclusive atuação na esfera pública". (GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 12. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 93-94).

[15] "A 'ideologia' constitucionalmente adotada, portanto, define a posição da 'intervenção' e, desde que a assimile, passa a funcionar como origem de todo o direito corresponde e a da legislação que o corporifica sob a forma de medidas 'político-econômicas' legisladas". (SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas de direito econômico. 5 ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 322).

[16] O §22 do artigo 179 da Constituição de 1824 determinava: "É garantido o direito de propriedade em toda sua plenitude".

[17] O §17 do artigo 72 da Constituição de 1891: "o direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude".

[18] "Art. 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional de modo que possibilite a todos a existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica".
Art. 116 - Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 113, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos poderes locais".

[19] Art. 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento

Assim, as Constituições de 1964[20] e 1967[21] prestigiam a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, inserindo o ente estatal como propulsor do interesse público e do desenvolvimento nacional. Inaugura-se, portanto, a figura do Estado empresário, o qual compete com a iniciativa privada.

Por fim, a Constituição de 1988, sob influência das constituições ibéricas, da atual crise dos Estados modernos e do intenso processo de globalização, traz por redação o princípio da excepcionalidade. Consoante infere o escritor João Bosco Leopoldino ([2000?], p. 231.) "*o Estado não tem mais uma postura de dirigente ou impulsionador da economia, mas incumbe-lhe assumir o papel de facilitar da atuação da empresa... Incumbe-lhe viabilizar e compatibilizar a primordial atividade e iniciativa individuais*".

Mais a mais, verifica-se que a atual Lei Maior rompe com o viés intervencionista, ao separar a ordem econômica e financeira da social. Ademais, privilegia a postura normativa e regulatória do Estado em contraposição com a intervenção puramente empresarial. Assim, dispõe a Constituição Federal:

> 173 – Ressalvados os casos previstos nesta constituição, a exploração direta de atividade econômica só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
> 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.

Neste sentido, consoante doutrina majoritária, verifica-se que o Estado pode atuar diretamente ou indiretamente. Na primeira atuação, o Estado atua como empresário, agente econômico, passando a determinar as variáveis econômicas. Na atual ordem constitucional, este posicionamento deve ser adotado cautelosamente, apenas nas condições expressas no art. 173 da Constituição Federal (casos em que o empresário não possa – quando 'necessária aos imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo'- ou não tenha interesse em desenvolver a atividade em virtude da inviabilidade econômica). Trata-se da adoção do princípio da subsidiariedade estatal, em que o Estado reserva para si apenas poucas

---

dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estimulo ou da gestão direta.

[20] Art. 146 – A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta constituição.

[21] Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III - função social da propriedade; IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V - desenvolvimento econômico; VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

competências, dentre as quais o serviço público (fundamental para a consecução de direitos fundamentais) e a atividade econômica em sentido estrito (possibilidade de exploração lucrativa), que podem ser realizadas sob forma de monopólio (art. 177, CF) ou em competição com particulares (art. 173, CF). Ademais, a doutrina vem reconhecendo uma terceira espécie que exige a atuação estatal: o serviço de interesse coletivo[22].

Por outro lado, a atuação indireta[23] se evidencia quando o Estado direciona, de alguma maneira, o comportamento dos agentes de mercado. O artigo 174 dispôs acerca desta intervenção ao abordar que o Estado agirá como agente normativo e regulador, exercendo, para tal, função de fiscalizador, incentivador e planejador. Dentre as funções acima delineadas, interessar-nos-á a regulação econômica[24].

No que se refere às modalidades de intervenção, observa-se que não há consenso na doutrina brasileira. Todavia, o ilustre Eros Roberto Grau (2007, p. 148) classifica-a em quatro tipos diferentes: intervenção por absorção, por participação, por direção e por indução. No primeiro caso "*o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de monopólio*" enquanto que na intervenção por participação "*assume o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de competição com empresas privadas que permanecem a exercitar suas atividades nesse mesmo setor*". Observa-se que trata eminentemente de atuação estatal direta, na qual o Estado participa como empresário, executor da atividade econômica.

Já nas últimas formas de intervenção desenhadas, por direção e por indução, o Estado intervém sobre o domínio econômico indiretamente. No primeiro, o "*Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômico em sentido estrito*" quer sejam privados ou públicos, não comportando alternativas. Já no segundo "*o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o*

---

[22] "Esta terceira espécie seria integrada por atividades que, anteriormente, configuraram-se como serviços públicos e por outras, que, originalmente privadas, acabaram adquirindo relevância para fins coletivos. O regime jurídico aplicável a elas passa a ser o de direito privado, mas fortemente impregnado por princípios restritivos da autonomia privada. As competências fiscalizatórias exercem-se de modo intenso sobre essa categoria de atividades...". (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. rev e atual – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 468).

[23] Esta atuação é facilmente percebida na concessão de subsídios, benefícios fiscais, cobrança de tributos e outros.

[24] Eros grau sustenta que "A busca de 'mais sociedade, menos Estado' supõe a substituição da regulação estatal (=regulamentação) por regulações sociais". (GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 131).

funcionamento dos mercados" (GRAU, 2007, p. 148). Não se trata de normas imperativas, que não estão sujeitas adesão dos regulados, os quais são estimulados para que sigam o indicativo estatal. Neste sentido, o incentivo pode ser positivo (para que realize ou proporcione a promoção de algo, como execução de serviços públicos) ou negativo (para que se abstenha de praticar algum ato prejudicial à ordem pública).

Na visão do professor João Bosco Leopoldino da Fonseca, a intervenção estatal pode se manifestar através da iniciativa pública, reservas ao setor público, regulação econômica e atuação fiscal e financeira. O jurista Luis Roberto Barroso (CARDOZO, 2006, p. 192) acrescenta o poder de polícia[25], os incentivos à iniciativa privada e a atuação empresarial, manifestando-se nos seguintes termos:

> O poder público interfere com a atividade econômica e primeiro lugar, trançando-lhe a disciplina, e o faz mediante a edição de leis, de regulamentos e pelo exercício do poder de polícia. De fato, o Estado exerce competências normativas primárias e edita normas decisivas para o desempenho da atividade econômica, algumas com matriz constitucional, como, por exemplo, o Código do Consumidor (art. 5º, XXXII), a lei de remessa de lucros (art. 172), a lei de repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, §4º), dentre inúmeras outras. Exerce, ademais, competências normativas de cunho administrativo, editando decretos regulamentares, resoluções, deliberações, portarias... Por fim, desempenha, também, o poder de polícia, restringindo direitos e condicionando o exercício de atividades em favor do direito coletivo (e.g., polícia ambiental, sanitária, trabalhista).

O Estado se manifesta através do poder de polícia quando contém abusos de direito individual, inclusive na ordem econômica, a fim de proteger a coletividade pelo uso da coação (como multas e advertências).

Por outro lado, dando seguimento à análise das formas interventivas, há incentivo à iniciativa privada quando o Estado estimula determinada atividade econômica, dando condições para seu pleno desenvolvimento (e.g., isenções fiscais). Neste aspecto, André Ramos Tavares (CARDOZO, 2006, p. 192) alerta que

[25] A definição legal de poder de polícia encontra-se no art. 78 do Código Tributário Nacional: Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

> A legislação não pode beneficiar grupos específicos de interesses exclusivamente privados. Em outros termos, tem-se que a legislação há de ser objetiva e genérica, não contemplando com benefícios, seja de que ordem forem, a nenhum título, a não ser no caso de estar envolvido o próprio interesse público... Ademais, a realidade atual da economia, que ocorre já em escala mundial, torna a disputa mais acirrada, sendo que a concessão de subsídios governamentais para determinados produtos gera uma 'guerra' entre seus países.

Destarte, por ingerência fiscal e financeira se entende a edição de normas de conteúdo econômico que visem impulsionar ou desestimular a atividade do particular (como por exemplo, pelo estabelecimento de cargas tributárias).

Insta consignar, oportunamente, que a competência para intervir na propriedade, bem como atuar no domínio econômico, é privativa da união, conforme disposto no art. 173. Aos demais entes da federação só é permitido o "ordenamento das atividades econômicas". Podem ocorrer, entretanto, casos em que a intervenção seja delegada aos demais entes, momento em que esta deve ocorrer sob a égide constitucional.

Por fim, visualiza-se que a maioria da doutrina classifica a regulação econômica como instrumento de intervenção do Estado na economia, tamanha sua importância na atual conjuntura política-econômica.

4. As Agências Reguladoras como intervenção na economia

Com a grave crise econômica alastrada no país, oriunda dos acentuados gastos da década de 70 (alto endividamento interno e externo, frágil infraestrutura), fez-se necessária uma nova concepção acerca da ordem econômica constitucional. Neste aspecto, seguindo tendências internacionais, a Carta Magna de 1988 afasta o Estado da exploração direta da economia, priorizando a livre iniciativa e a valoração do trabalho humano[26], surgindo, assim, o Estado regulador. Este reserva para si o desempenho de algumas atividades essenciais (para a concretização de garantias fundamentais ou de afirmação à Soberania Nacional) e utiliza-se de normas e decisões que induzam, influenciem, os setores econômicos.

[26] "Art. 170 - 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...".

> Se no modelo estatal intervencionista havia preponderância do interesse político em detrimento dos interesses privado e coletivo, no modelo estatal regulador a preocupação maior é a coexistência pacífica a harmônica com os demais interesses envolvidos (privado e coletivo), competindo aos entendes reguladores garantirem a consonância desses interesses. Para tanto, o ente regulador deve atuar de forma isonômica, imparcial e apolítica (FIGUEIREDO, 2009, p. 148).

Concomitantemente, foi lançado o "Programa Nacional de Desestatização" (PND) e o "Plano Diretor do Aparelho Estatal", que priorizavam a desestatização (transferência de bens e serviços do setor público para a iniciativa privada), abertura ao mercado internacional, a consequente privatização de inúmeros setores e a recuperação econômica do Estado. Nesta época, o Brasil tinha como marco regulatório o Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que atuavam através de políticas fiscais[27]. De igual modo, no período conhecido como "Reforma do Estado" diversos dispositivos constitucionais, muitos inseridos através de emendas, passaram a permitir a delegação de serviços públicos para a iniciativa privada. A partir daí, surge a obrigação do ente estatal para fiscalizar o agente do mercado, a fim de garantir uma prestação de serviço com qualidade, podendo, para tal, usar de seu poder sancionador através da aplicação de advertências, multas, cassações e outros.

Destarte, a atividade regulatória não possui apenas uma dimensão econômica, mas também política e social. Assim, *"a regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais"* (JUSTEN FILHO, 2006, p. 456).

O Direito Regulatório brasileiro teve forte influência no concebido nos Estados Unidos, o qual em 1887 criou sua primeira "regulatory agency"[28] Deve-se lembrar que o país norte-americano sempre priorizou o liberalismo de mercado, de modo que os órgãos reguladores foram criados por necessidade de proteção aos consumidores e a fim de impedir os abusos do poder econômico, mormente com o *new deal* na década de 30. Neste modelo, há agências executivas, nas quais o presidente pode destituir livremente o pessoal, e as

[27] Deve-se salientar que a partir da Revolução de 30 (após o convênio de Taubaté), alguns setores da atividade privada já eram objetos de legislações reguladoras, criando-se 'institutos' para proceder a fiscalização da atividade açucareira, cafeeira, entre outras.

[28] A Lei de Procedimentos Administrativos (Administrativa Procedure Act) conceituou agência como sendo "qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais". Em 1887 foi criada a Interstate Commerce Comission (ICC) com função regulatória sobre a exploração ferroviária interestadual.

independentes, cujo quadro de servidores só pode ser modificado pelo Congresso, ante suas funções (quase) legislativa e judicial.

Assim esclarece Alexandre de Moraes (2003. p. 20), ao informar que "*o Direito brasileiro incorporou, principalmente do Direito norte-americano, a ideia de descentralização administrativa na prestação dos serviços públicos e consequentemente gerenciamento e fiscalização pelas Agências Reguladoras*".

Na atual ordem constitucional, é possível verificar a instituição de um Estado Regulador através da exigência constitucional de criação de órgãos para regular[29] dois setores específicos: a telecomunicação (art. 21, XI, CF) e a atividade petrolífera (art. 177, §2º, III, CF). Posteriormente, outras agências foram criadas de acordo com a necessidade em se regular outros setores não previstos constitucionalmente, de modo que se constata a ausência de um regime jurídico único, sendo certo de que cada uma possui estrutura, função, objetivos e perfil próprio. Com efeito, a essência é que ao se especializar em determinado assunto técnico, o Direito se torna mais eficaz e efetivo, pois parte de uma análise conjuntural e não apenas supérflua.

Atualmente, a criação dessas agências, bem como os respectivos cargos, é de competência privativa do chefe do poder executivo, consoante disposto na Constituição Federal.

Desta feira, as agências reguladoras foram criadas com o sentido de direcionar os setores que possuem importância social. Estas possuem caráter de autarquia[30] especial, integrando a Administração Federal Indireta, vinculadas ao Ministério responsável pela atividade desenvolvida. Neste sentido, o professor Marçal Justen Filho corrobora: "*Agência Reguladora independente é uma autarquia especial, sujeita a regime jurídico que assegura sua autonomia em face da Administração direta e investida de competência para a regulação setorial*" (JUSTEN FILHO, 2006, p. 475).

Ao considerar uma autarquia sob regime especial, especifica-se as peculiaridades, privilégios, que inovam nesta modalidade.

---

[29] "O surgimento das agências reguladoras no Brasil constitui, portanto, fenômeno muito mais profundo do que o de sua utilização episódica para o aumento ou para a retração da intervenção do Estado na economia". (ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 268).

[30] O artigo 5º do Decreto 200/1967 (dispõe sobre a organização da Administração Federal) define autarquia como sendo "o serviço autônomo, criado por lei,com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

> "[...] autarquia em regime especial é toda aquela a que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns sem infringir os preceitos constitucionais pertinente a essas entidades de personalidade pública. O que posiciona a autarquia como regime especial são as regalias que a lei criadora lhe confere para o pleno desempenho de suas finalidades específicas, observadas restrições constitucionais" (MEIRELLES, 2005, p. 345).

A regulação do setor, genericamente, é efetivada a partir da elaboração de regras genéricas para disciplinar a atividade regulada[31], a fiscalização das ações desenvolvidas, análise de denúncias e reclamações, instauração de investigações administrativas, aplicação de sanções, solução (conciliação) de conflitos existentes, realização de licitações do concessionário, dentre outros.

No desempenho das funções acima delineadas é essencial as peculiaridades de uma autarquia independente, na qual podemos destacar a independência normativa, administrativa, decisória, política e financeira. A primeira diz respeito à capacidade da autarquia em expedir regras abstratas, através de resoluções, instruções normativas e outros, a fim de fomentar/fiscalizar o setor regulado. Salienta-se que tais atos administrativos devem estar subordinados às leis instituidoras da agência reguladora, sob pena de violar o princípio da reserva legal. Neste sentido, Leonardo Vizeu (2009, p. 178)

> Em outras palavras, em um eventual conflito entre o ato legal delegante e o ato normativo da Agência Reguladora, seja porque este se encontra *ultra, extra* ou *contra legem*, deverá prevalecer, por uma questão de hierarquia normativa e segurança jurídica, a lei, na qualidade de ato legislativo *stricto sensu*.

Outrossim, verifica-se grande debate doutrinário acerca da constitucionalidade do poder normativo das agências[32]. É que no ordenamento jurídico brasileiro somente lei pode impor obrigações, proibições e restrições aos cidadãos, de modo que o poder regulatório deveria sempre estar restrito ao disposto na lei hierarquicamente superior, com a finalidade de fixar os parâmetros e standards para execução da lei. Neste sentido, Alexandre Santos de Aragão (2011, p. 48) rebate a crítica ao afirmar que

---

[31] Não se deve confundir "regulamentação" com "regulação". A primeira está ligada à competência legislativa ao exercitar a função normativa infraconstitucional, conforme disciplinado no art. 84 da Constituição Federal. Por sua vez, o segundo vocábulo tem sentido mais amplo.

[32] A ADIN 1668-DF, prolatada em 1998, em sede liminar declarou a constitucionalidade da outorga de competência em favor da ANATEL, frente à Lei 9.472/97, desde que com estrita observância dos preceitos legais e regulamentares vigentes.

> Daí por que, em que pese o princípio da legalidade haver sido enunciado em nossa tradição constitucional com efusiva ortodoxia e erigido pela Constituição à categoria de direito fundamental do indivíduo... e em que pese não existir previsão constitucional para a edição de regulamentos que não seja para fins de fiel execução das leis, é certo que as exigências do governo contemporâneo acabaram por consagrar entre nós a prática dos regulamentos autônomos e independentes da lei, infelizmente nem sempre acompanhada da devida teorização constitucional e democrática. A tendência que se firmou, portanto, em sintonia com a tônica do constitucionalismo contemporâneo e dos reclamos da administração governamental nestes tempos, é no sentido de se permitir o exercício do poder regulamentar autônomo.

De todo modo, há de se distinguir a atividade normativa das agências com aquela concebida pelo legislativo. A função regulatória é, acima de tudo, exercício da função administrativa na qual não há inovação da ordem jurídica. Desta feita, não se pode almejar que o Congresso Nacional seja amputado em sua competência constitucional legislativa, tampouco desconsiderar o conhecimento técnico e celeridade garantidos pela atuação das agências reguladoras. O fundamental é que ambas as instituições se unam para atingir os fins estatais colimados e que ambos devem sempre observar.

Por outro lado, a função executiva é decorrência da possibilidade fiscalizatória atribuída à autarquia. Através do exercício de poder de polícia, a reguladora pode impor coercitivamente as regras estabelecidas.

Já autonomia administrativa tange à característica de que os diretores serão nomeados pelo chefe do poder executivo e aprovado pelo Senado Federal. Após a escolha, fica vedada a exoneração *ad nutum*[33], tendo o mandato o prazo fixo de quatro anos[34], de modo que somente perderão os mandatos em caso de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar. A estabilidade conferida ao dirigente garante a impermeabilidade da agência, principalmente no que se refere a interesses

---

[33] "Os administradores podem ser demitidos, desde que comprovada (mediante processo administrativo ou judicial) a infração a determinados deveres ou a perda de requisitos essenciais para o exercício do cargo. O que não se admite é sua exoneração ao saber das conveniências políticas". (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. rev e atual – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 480).

[34] O ilustre Eros Grau defende a inconstitucionalidade destes mandatos, aludindo o art. 84, II, da Constituição Federal. Ao permitir que o dirigente da agência reguladora persista no cargo, ante a mudança do chefe do poder executivo, deve ser considerado como óbice à garantia da competência privativa do presidente na direção da Administração Federal.

partidários ou políticos[35]. Outros viés acerca da referida independência diz respeito à possibilidade em delimitar seus próprios objetivos e instrumentos (desde que não contrarie o motivo para o qual a agência tenha sido criada), estando sujeitas apenas ao controle do Legislativo, através do Tribunal de Contas. Para isso, a agência poderá contratar, contrair obrigações e adquirir direitos sem nenhuma interferência da Administração Direta.

Ademais, a autonomia decisória permite que a autarquia interfira nos conflitos entre os agentes econômicos, a fim de garantir uma solução condizente com os marcos regulatórios estipulados pela ordem constitucional. Dessa prerrogativa decorre que as decisões pelas agências tomadas não podem ser reavaliadas por outros órgãos, sendo desta a última instancia em virtude da especialização técnica que detém (autonomia funcional). A exceção deste princípio concentra-se nos casos de deliberações que infrinjam a razoabilidade, legalidade e proporcionalidade. Neste ponto, a doutrina vem suscitando dúvidas acerca deste privilégio[36]. Com sabedoria, Maria Sylvia di Pietro (2010, p. 472) aduz que *"[...] a elas está sendo dado o poder de ditar normas com a mesma força de lei e com base em parâmetros, conceitos indeterminados, standards nela contidos"*.

No que tange à autonomia financeira, esta se reflete na alternativa em planejar e aplicar seus próprios recursos, geralmente auferidos perante a atividade administrativa da agência (taxas de fiscalização, convênios, contratos, doações, locação de bens imóveis...).

Deve-se salientar que a autonomia e independência são essenciais para que as agências possam efetivar suas diretrizes sem encaminhamentos políticos, tornando sua atuação eminentemente técnica. Tal fato é fundamental para garantir a segurança jurídica e política (credibilidade e estabilidade no cenário) tão almejada pelos investidores e empresários, principalmente estrangeiros.

No que tange à classificação, as agências podem ser reguladoras de serviços e uso de bens públicos delegados à terceiros de iniciativa privada (Ex: ANEEL, ANA, ANATEL) e fiscalizatória de atividades econômicas (Ex ANP, ANVISA). No primeiro caso, o setor é regulado devido sua importância social, momento em que busca garantir a eficiência e universalização deste. No segundo, o intuito é preservar (estimular) o ambiente concorrencial no setor econômico, a fim de privilegiar os consumidores.

---

[35] A ADIN 1949-0 reverteu o entendimento da súmula 25 do STF que informava "A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo dirigente de autarquia".

[36] Acerca do assunto, a Ação direta de inconstitucionalidade nº 1688 questionou sobre o poder normativo concedido à ANATEL, momento em que restou decidido como legítima a atuação normativa da agência, desde que dentro do âmbito regulado, "podendo expedir normas subordinadas a preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e privado".

O corpo técnico das agências reguladoras, consoante disposto na Lei 10.871/04, segue o regime estatutário em virtude do múnus público exercido pelos servidores. Salienta-se que antes da regulamentação supramencionada, vigorava o entendimento de que os cargos técnicos tratavam-se de empregos públicos, orientados sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho. Segundo esboçado por Leonardo Vizeu Figueiredo (2009, p. 156), este regime contratual não era compatível com a natureza das atividades desenvolvidas pelas agências. Sendo essas de relevante interesse coletivo, havia a necessidade do exercício de poder de polícia, bem como exercício de atividades fazendárias, atribuições típicas de servidor público.

Referente ao controle das agências, observa-se que estas se encontram submetidas aos preceitos legislativos[37] (bem como ao controle financeiro), às decisões emanadas do judiciário e as comandos do Poder Executivo. Não se entenda com isto, todavia, que a independência e autonomia das agências sofrem interferências ou controles externos. Nos exercícios de suas atribuições técnicas, as decisões e atuações das agências não são passiveis de controle.

O Controle financeiro externo sobre a agência é exercido pelo Tribunal de Contas da União, conforme previsão constitucional[38], o qual analisa a qualidade dos serviços prestados, bem como o desenvolvimento patrimonial, incluídos a arrecadação de receitas e os gastos efetuados através das despesas públicas. Neste ínterim, visualiza-se se as atividades regulatórias foram pautadas nos princípios da economicidade e eficiência, almejando uma maximização dos resultados com o menor dispêndio de verba pública.

Neste aspecto, fundamental o trabalho realizado pelo Tribunal de Contas, mormente quando garante a transparência às atividades regulatórias. É notória a grande autonomia e independência, bem como privilégios, concedidas às agências para que desempenhem suas atividades com distinção. Todavia isso não significa ausência de responsabilidade pelos atos praticados, tampouco ausência de controle estatal sobre esta, principalmente quando os dirigentes não passaram pelo crivo democrático.

---

[37]Art. 49, X, CF: É da competência exclusiva do Congresso Nacional fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração Indireta.

[38] **Art. 70** - A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único - Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Já o controle realizado pelo poder judiciário ocorre de duas formas: de maneira prévia: a ser realizada pela procuradoria vinculada à Advocacia Geral da União, a qual é responsável pelo assessoramento jurídico das agências reguladoras, de modo que os atos a serem expedidos passam pelo crivo destes; bem como depois de instaurado o conflito, solução a ser emanada através da tutela jurisdicional. Nesta ocasião, busca-se a conciliação entre o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF) e a autonomia, independência dos atos expedidos pelas agências reguladoras, razão pela qual não cabe controle sobre o mérito administrativo, mas apenas sobre a razoabilidade, legalidade e proporcionalidade.

O Poder Executivo, ademais, pode controlar de maneira restrita as agências reguladoras ao fiscalizar se as atividades desenvolvidas respeitam às finalidades e objetivos para as quais foram criadas.

A despeito da autonomia e independência conferidas às agências regulatórias no cenário brasileiro, nota-se a importância do controle exercido pelos poderes constitucionais. O que se busca é minimizar as "*deficiências da regulação exercida pelas agências, como excesso de poder de mando dos seus diretores, ausência de transparência no processo decisório e na responsabilidade pelos atos praticados perante as instituições... e a própria sociedade*" (LEHFELD, 2008, p. 5).

A primeira agência regulatória brasileira é a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, instituída pela Lei 9427/96. Posteriormente foram criadas a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL (Lei 9472/97), a Agência Nacional do Petróleo – ANP (Lei 9478/97), Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei 9782/99) e outras. Ademais, possível constatar a existência de agências reguladoras estaduais no ordenamento jurídico brasileiro. No Rio Grande do Norte, por exemplo, há a Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Rio Grande do Norte – ASEP/RN (Lei Estadual nº 7463/99), a qual adota o mesmo modelo da União, inclusive a estabilidade do dirigente.

Consoante pode observar, na década de 90 ocorre uma verdadeira proliferação destes órgãos reguladores, o que demandaria a instituição de um regime jurídico a ser aplicado a todos eles. Ocorre que o desenvolvimento da estrutura regulatória, e do próprio marco, não se fez acompanhar por uma evolução legislativa, o que enfraqueceu a legitimidade da instituição, antes as comuns divergências encontradas nas legislações regulatórias, as quais

são, salienta-se, de cunho infraconstitucional[39]. Neste aspecto, a transparência e permeabilidade foram essenciais para conferir legitimidade e credibilidade àqueles.

Nesta ótica, Carlos Ari Sunfeld (2000, p. 18) registra "*a existência de agências reguladoras resulta da necessidade de o Estado influir na organização das relações econômicas de modo muito constante e profundo, com o emprego de instrumentos de autoridade, e do desejo de conferir, às autoridades incumbidas desta intervenção, boa dose de autonomia frente à estrutura tradicional do poder político*". Posto isto, indubitável a atividade das agências reguladoras no domínio, as quais vêm regulando, de maneira satisfatória (através de indicadores como preço, qualidade do serviço e eficiência), setores de grande importância para a coletividade, afastando os danos que a intervenção direta poderia causar à atual ordem econômica, dentre os quais aumento do Risco Brasil e oscilações monetárias.

4. Conclusão

Diante do exposto, é possível observar que a regulação da economia não é apenas uma questão opcional, mas de viabilizada técnica, social, econômica e jurídica. Não se pode, frente à conjuntura econômica globalizada, conceber um aparelho Estatal voltado para a prestação de serviços públicos, atuando de forma direta na produção de bens, sem imaginar as consequências no aparelho maquinário. Logo, a transferência destas 'obrigações' para a iniciativa privada parece-nos uma tendência lógica na atual cão política-espacial.

No decorrer do trabalho, visualizou-se que inúmeros debates foram suscitados no que se refere à autonomia concedida as agências, dentre os quais indagações sobre a constitucionalidade da competência normativa, a legalidade da estabilidade conferida ao dirigente (o qual não pode ser demitido *ad nutum*), a que regime jurídico estariam subordinados o quadro pessoal dessas autarquias, dentre outros. Trata-se, a meu ver, da construção e adaptação de um modelo regulatório importado de outra realidade histórica, qual seja a estadunidense.

[39] Já foi abordado acima que a Constituição Federal apenas dispôs acerca da criação de duas agências reguladoras, quais sejam a ANATEL e ANP, nos artigos 21 e 177, respectivamente.

Superadas as supracitadas indagações, as agências reguladoras têm mostrado excelentes resultados na regulação indireta do Estado. Com efeito, estas autarquias sob regime especial (dotadas de independência) representam o poder estatal sobre os agentes econômicos privados, atingindo aos objetivos para os quais foram criadas: garantir o ambiente concorrencial através da preservação da livre iniciativa, ao tempo em que oferece à população bens e serviços de maneira eficaz, universal e acessível. Ademais, a transparência e permeabilidade foram essenciais para conferir legitimidade e credibilidade à estes entes, já que cidadãos e agentes econômicos podem ter acesso aos processos decisórios, aos pareceres técnicos, às ouvidorias, dentre outros.

Neste ínterim, deve-se consignar que tramitam no Congresso Nacional projetos de Lei que buscam regulamentar as agências existentes, o que viabilizaria uma unidade no regime jurídico, tamanha importância destes para o desenvolvimento econômico-social do país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O **Poder Normativo das Agências Reguladoras**. 2a ed.rev.ampl.Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos**. Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BOBBIO, Norberto**. Liberalismo e Democracia.** São Paulo: Brasiliense, 1988.

CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Org.). **Curso de direito administrativo econômico.** Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2006.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon. Bockmann. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DEYON, Pierre. **O Mercantilismo**. 3. ed. São Paulo, Perspectiva, 1992.

DEL MASSO, Fabiano**. Direito Econômico Esquematizado**. São Paulo: Editora Método, [2010?].

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella**. Direito Regulatório – Temas Polêmicos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

FALCON, Francisco. **Mercantilismo e Transição**. 2ª ed. São Paulo, Brasiliense, 1981.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu**. Lições de direito econômico.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da**. Direito econômico. 2. ed. rev. atual**. Rio de Janeiro: Forense, [2000?].

GRAU, Eros Roberto**. A ordem econômica na constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

GRAU, Eros Roberto**. O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. rev e atual – São Paulo: Saraiva, 2006.

KEYNES, John Maynard. **A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

LEHFELD, Lucas de Souza. **Controle das agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de (Org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

NUNES, Edson de Oliveira. **Agências reguladoras e reforma do Estado no Brasil:** inovação e continuidade no sistema político institucional. Rio de Janeiro: Garamond Universitaria, 2007.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5ª ed. rev. e atual, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes**: fundamentos e seu regime jurídico. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2003.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Livro IV, Cap. VII. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: Sundfeld, Carlos Ari (coord.); Nusdeo, Ana Maria de Oliveira (et al.). **Direito Administrativo Econômico,** São Paulo: Malheiros, 2000.