XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

JOSÉ BARROSO FILHO

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T772

Transformações na ordem social e econômica e regulação [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Barroso Filho; José Querino Tavares Neto - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-421-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Legitimidade. 3. Democracia.
4.Intervenção. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

Não se pode esquecer que Economia, para além das escolhas sobre o uso dos recursos escassos necessários a vida e no incremento das forças produtivas, é decisão política e opção de prioridades.

Em tempos de crise econômica, seguida de grave crise política, e ainda do questionamento da legitimidade da atividade estatal – fragilizada pelo estágio puberdante/obsolescente da Democracia Brasileira, a partir de fissuras institucionais em que as funções do Estado disputam hegemonia em torno do Poder – enfrenta a academia a tarefa de compreender o estágio de desenvolvimento econômico e político do "projeto" brasileiro de Nação.

No Grupo de Trabalho: TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO I, a partir da elaboração de 18 artigos aprovados e apresentados, cujos temas variavam entre a constituição econômica brasileira, desenvolvimento sustentável e regulação de vários setores, mais uma vez, o Direito Econômico foi problematizado com eximia competência e profundidade, típicas do CONPEDI, na sua presente edição, assim como nas passadas.

Na tarefa profícua de análise dos trabalhos e intervenções da bancada coordenadora, percebeu-se trabalhos versando sobre o papel do Estado no processo produtivo, em face da sua intervenção direta e indireta, na busca do desenvolvimento socioeconômico; ou ainda, na visão de alguns, objetivando a efetivação do capitalismo humanista.

O Grupo de Trabalho teve o intuito de construir uma oportunidade para a dialética e a retomada do projeto de desenvolvimento social, em meio a reincidência ao neoliberalismo de austeridade, sempre no sentido de problematizar a condição do Estado como propulsor /indutor da economia na produção capitalista da América Latina, ao mesmo tempo em que o projeto de síntese capital/trabalho globalizante, desde o desenvolvimentismo do setor público, vem sendo atropelado, de forma avassaladora, pela financeirização da Economia, e é preciso, então, compreendê-lo em suas nervuras.

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto (UFG)

Prof. Dr. José Barroso Filho (ENAJUM)

O PROCESSO DE REGULAÇÃO E AGENCIFICAÇÃO NO BRASIL: FUNDAMENTOS HISTÓRICOS, JURÍDICOS E ECONÔMICOS

THE REGULATION AND AGENCIFICATION PROCESS IN BRAZIL: HISTORICAL, LEGAL AND ECONOMIC FOUNDATIONS

Marcio Caldas de Oliveira
Carlos André Coutinho Teles

Resumo

O presente estudo investigou o processo de regulação no Brasil e da criação de inúmeras agências reguladoras setoriais. Nas fontes pesquisadas, foram levantados os fundamentos históricos desse processo e seus desdobramentos jurídicos e econômicos. A metodologia envolveu a análise do instituto da 'regulação' desde a sua concepção no léxico, seus conceitos doutrinários, diante de sua evolução histórica no Brasil e no mundo. Os resultados apontam para um modelo brasileiro de regulação que desenvolvido a partir de experiencias de outros países e diante da realidade nacional.

Palavras-chave: Regulação, Agências reguladoras, Agencificação, Administrativo, Setorial

Abstract/Resumen/Résumé

The present study investigated the Brazilian regulation process and the creation of numerous sector regulatory agencies. In the sources researched, the historical foundations of this process and its juridical and economic unfolding were raised. The methodology involved the analysis of the institute of 'regulation' from its conception in the lexicon, its doctrinal concepts, in face of its historical evolution in Brazil and in the world. The results point to a Brazilian model of regulation that developed from the experiences of other countries and the national reality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Regulation, Regulatory agencies, Agencification, Administrative, Sectoral

INTRODUÇÃO

Diante da globalização da economia, as diferentes estratégias regulatórias, tem crescido, em função do aumento de competitividade entre as nações, que buscam consolidar-se nesse espaço de intercâmbio econômico, político e cultural. Torna-se, relevante compreender o processo de regulação no Brasil, considerando os fundamentos históricos nacionais e internacionais, para uma melhor análise das estratégias atuais e futuras nas políticas de regulação brasileira.

Os sistemas regulatórios, modernamente concebidos, representam uma construção do Estado democrático de direito, que combinando atributos político-econômicos interferem e afetam operações do setor privado para preservar o equilíbrio das relações econômicas. Esse processo de regulação vem sendo construído ao longo das últimas décadas, notadamente após o fracasso das práticas liberais do final do século XIX, e a ineficiência do chamado Estado Social (Welfare State).

As ideias liberais que fizeram crescer direito políticos e individuais e ações protetivas contra o excesso do Poder Pública, na busca pelas benesses da economia de livre mercado, acabaram por não impedir a crise econômica vivida por esse mesmo mercado nos Estados Unidos da América, culminando com o chamado "*crash*" da Bolsa de Valores de Nova York, em 1929. Como suposta solução, cresceram subsequentemente as políticas intervencionistas, na ideia do mencionado Estado Social. Todavia, a intervenção estatal que parecia ser a grande solução para a sustentação de melhores níveis de qualidade de vida à população acabou por gerar uma imagem de ineficiência.

Nesse cenário, cresceram as discussões sobre a possibilidade de transferência para o setor privado, das atividades econômicas, criando um primeiro processo de desregulamentação, que gradativamente acabou culminando na construção de um modelo regulatório estatal. Esses processos se deram de forma diferente no Brasil e em diversos países que influenciaram o modelo brasileiro de regulação, como os Estados Unidos e a França.

1 DO ESTADO LIBERAL À PÓS-MODERNIDADE

As novas políticas intervencionistas que acabam por definir uma estrutura estatal reguladora moderna surgem diante da crise do Estado Liberal. Os fundamentos

dessa crise comportam diversas discussões, mas objetivamente, analisar-se-á o Estado Regulador enquanto instrumento de política pública, de espectro econômico e social necessário, após a decadência do modelo liberal, e a ineficiência do Estado Social (*welfare state*).

Na virada do século XIX, durante o período que muitos classificam como pré-modernidade, o então Estado liberal, reduz a atuação estatal aos serviços essências, ao mesmo tempo em que os direitos políticos e individuais cresciam, enquanto meios protetivos contra excessos do Poder Público. Notadamente, crescem os ideais de livre iniciativa e propriedade privada.[1] As políticas econômicas liberais, influenciadas por Smith e Malthus, incentivavam a autorregulação do mercado onde oferta e demanda se equilibrariam naturalmente, devendo o Estado, respeito a esses direitos individuais, que por si só, encontrariam seu próprio ponto de equilíbrio.

Contudo, durante o chamado período liberal, as práticas do mercado, sobretudo, o mercado financeiro, tentando equilibrar de forma natural a *lex mercatoria*, não foram capazes de impedir a crise econômica vivida por esse mesmo mercado nos Estados Unidos da América, culminando com o chamado "*crash*" da Bolsa de Valores de Nova York, em 1929. Tampouco, as práticas liberais asseguraram fluxo de capital ao Estado capaz de gerar o desenvolvimento sustentável de políticas públicas, especialmente no campo social.

John Keynes, já antes da crise da Bolsa de Valores, em 1926, afirmava que o modelo simplista do pensamento liberal não era capaz de atender às demandas sociais[2], o sugerindo um movimento teórico de cunho intervencionista do Estado para equilibrar as relações no trinômio Sociedade-Mercado-Estado. Desenhou-se uma nova perspectiva onde a liberdade individual não pode chegar ao ponto de afastar a intervenção do Estado. O ponto de equilíbrio a ser atingido pelo mercado, talvez necessitasse da interferência do Estado.

---

[1]BARROSO Luis Roberto. **Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 01, 2005. Disponível em <<http//:www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 17 de janeiro de 2012.

[2]SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da Constituição Econômica.** 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.73

Exatamente, diante desse contexto de intensificação da presença corretiva do Estado[3], nasceu nos Estados Unidos da América com as premissas de um sistema de regulação estatal.

> "De fato, nação-símbolo e terra de eleição do chamado laissez-faire econômico, os Estados Unidos se notabilizaram até o final do século 19 e início do século 20 pelo culto obstinado ao dogma da não-intervenção do Estado nas relações econômicas privadas. Tal período, conhecido no Direito Público do País como o da Era Lochner, foi paulatinamente substituído a partir do início do século XX, por cada vez mais intensa presença regulatória do Estado, chancelada por sucessivas decisões da Corte Suprema. Foram tão profundas as mudanças no papel reservado ao Estado americano em matéria econômica que alguns autores chegam ao ponto de qualificar essa brusca alteração de como uma verdadeira mudança de regime ou até mesmo como uma "revolução sem derramamento de sangue (a bloodless revolution)." [4]

Assim, o Estado se viu compelido a romper com as práticas liberais para adotar uma política intervencionista. Surge o chamado Estado Social (*Welfare State*). Essa nova dinâmica do Estado foi condutora para uma estratégia de desenvolvimento econômico-social, cujas políticas públicas se voltassem para reduzir distorções do mercado e equilibrar as relações sociais.

> "Assim, de um Estado absenteísta e mero garantidor da ordem e do cumprimento dos contratos, expressão máxima do direito de propriedade, o mundo assistiu à emergência de um Estado intervencionista, provedor de prestações tendentes a minimizar e a corrigir as imperfeições e iniquidades do sistema capitalista." [5]

Nesse período, "Novos e importantes conceitos são introduzidos, como os de função social da propriedade e da empresa, assim como se consolidam os chamados direitos sociais, tendo por objeto o emprego, as condições de trabalho e certas garantias aos trabalhadores." [6]

A intervenção estatal parecia ser a grande solução para a sustentação de melhores níveis de qualidade de vida à população.

No final do século XX, a imagem de ineficiência estatal em função de

---

[3]GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Agências reguladoras: A metamorfose do Estado e da democracia (uma reflexão de Direito Constitucional e Comparado). In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XI**. ARAGÃO, Alexandre Santos (Coord.), Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. P.39

[4] Ibid idem, op.cit. p.40
[5] GOMES, op.cit. p.39
[6] BARROSO, op.cit., p. 37

malversação de recursos públicos e corrupção, entre outros fatores, toma dimensão e ganha relevo nas discussões políticas.

Torna-se cada vez mais evidente que o modelo estatal, enquanto provedor do bem-estar social, passava longe de índices mínimos de eficiência, tais quais os produzidos pelo setor privado. Notadamente no Brasil, essa ineficiência fica ainda mais latente.

Exatamente nesse período, as discussões sobre a possibilidade de transferência para o setor privado, das atividades econômicas que o Estado não conseguia administrar de forma minimamente satisfatória, abriu caminho para um período de fortalecimento das políticas de privatizações, criação de ONG´s (Organizações Não-Governamentais) e um processo gradativo de desregulamentação, onde a participação da sociedade civil organizada através de associações e de empresas privadas, atuando em contratos de concessões e permissões públicas ganham escala. Segundo Barroso, "o Estado perdeu o charme redentor, passando-se a encarar com ceticismo o seu potencial como instrumento do progresso e da transformação."

No Brasil, diversas críticas apontam para uma demarcação menos expressiva desses períodos, onde as políticas públicas liberais e modernas se entrelaçaram de forma conturbada por, talvez, uma falta de ideologia política mais demarcada em nosso país. Nesse sentido, a contundente afirmação de Luiz Roberto Barroso:

> "Não se deve encobrir, artificialmente, a circunstância de que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser nem liberal nem moderno. De fato, no período liberal, jamais nos livramos da onipresença do Estado. A sociedade brasileira, historicamente, sempre gravitou em torno do oficialismo. As bênçãos do poder estatal sempre foram – ressalvadas as exceções que confirmam a regra – a razão do êxito ou do fracasso de qualquer projeto político, social ou empresarial que se pretendesse implantar. Este é um traço marcante do caráter nacional, com raízes na colônia, e que atravessou o Império, exacerbou-se na República Velha e ainda foi além.
>
> A modernidade teria começado com a Revolução de 30, institucionalizando-se com a Constituição de 1934 – que abriu um título para a ordem econômica e social – e se pervertido no golpe do Estado Novo, de 1937. Reviveu, fugazmente, no período entre 1946-1964, mas sofreu o desfecho melancólico do golpe militar de 1964. Findo o ciclo ditatorial, que teve ainda como apêndice o período entre 1985-1990, chegou-se à pós-modernidade, que enfrentou, logo na origem, a crise existencial de ter nascido associada ao primeiro governo constitucionalmente deposto da história do país."[7]

[7] BARROSO, Op.cit., p.37

Durante o regime militar na década de 60, o Estado brasileiro viu-se com mais de trezentas estatais, atingindo no ano de 1981 a impressionante marca de 530 pessoas jurídicas de direito público no âmbito federal. Os anos 80 marcaram o início do declínio desse modelo estatizante e um anseio popular pela queda do regime militar para dar espaço a um Estado Democrático de Direito, o que é conseguido com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Somente na década de 90, já em um regime democrático de Direito, lastreado no processo globalizado de desregulamentação (período da pós-modernidade) crescente em todo o mundo, toma dimensão o debate por um processo de "enxugamento da máquina pública", como que num processo de adesão a um novo modelo de Estado, onde o intervencionismo do período de regime militar deixa de ser um modelo a ser seguido, mas não se pretende voltar ao regime falido do liberalismo da década de 20.

Fez-se necessário redimensionar o Estado brasileiro, que naquele momento, crescia em níveis altos de endividamento externo, associado a um aumento dos índices de miséria, e crescimento da concentração de renda em favor de uma pequena parcela da sociedade.

> "O Estado brasileiro chegou ao fim do século XX grande, ineficiente, com bolsões endêmicos de corrupção e sem conseguir vencer a luta contra a pobreza. Um Estado da direita, do atraso social, da concentração de renda. Um Estado que tomava dinheiro emprestado no exterior para emprestar internamente, a juros baixos, para a burguesia industrial e financeira brasileira. Esse Estado, portanto, que a classe dominante brasileira agora abandona e do qual quer se livrar foi aquele que a serviu durante toda a sua existência. Parece, então, equivocada a suposição de que a defesa desse Estado perverso, injusto e que não conseguiu elevar o patamar social no Brasil seja uma opção avançada, progressista, e que o alinhamento com o discurso por sua desconstrução seja a postura reacionária."[8]

Surge o processo de desestatização do Estado através de privatizações e reformais internas dos métodos de gestão governamental *(new public management)*:

> "Nesse contexto de desestatização e tentativas de reformas gerenciais, é redefinido o papel do Estado, qualificando-o mais como regulador do que como indutor do processo de desenvolvimento do país. Paralelamente – mas não articuladamente - é enfatizada a importância de uma flexibilização da ação pública, propondo-se um conjunto de medidas uniformizadoras inspiradas na Nova Gestão Pública (New Public Management), que visam dar ao administrador público mais autonomia gerencial, numa tentativa de

[8] BARROSO, op.cit.

> tornar a administração pública mais parecida com a administração de empresas: o chamado movimento de **agencificação**."[9]

Nesse contexto, se debate as práticas de regulação, onde Estados buscam se instrumentalizar para garantir uma desregulamentação adequada, sem que isso importe num retorno a práticas liberais e o afastamento do Estado na condução do desenvolvimento equilibrado.

O novo modelo precisava garantir uma dinâmica intervencionista mitigada, onde práticas liberais fossem assistidas pelo Estado, sem perdas de eficiência. Nesse cenário, surgem e se desenvolvem as premissas das agências reguladoras.

2 A FUNÇÃO REGULATÓRIA E AS AGÊNCIAS

Os sistemas regulatórios, modernamente concebidos, podem ser vistos como uma construção do Estado democrático de direito, que combinando atributos político-econômicos buscam interferir e afetar as operações do setor privado para preservar o equilíbrio das relações econômicas, em economias de livre mercado.

Diante da globalização da economia, a estratégia regulatória, tem crescido também, em função do aumento de competitividade entre as nações, que buscam consolidar-se nesse espaço de intercâmbio econômico, político e cultural. Nesse sentido a ALVEAL leciona:

> "De modo concomitante, no plano das relações internacionais entre nações, a trajetória histórica de formação e consolidação dos Estados modernos selou a função e o desempenho econômico desenvolvido por cada país no assimétrico sistema de poder econômico e geopolítico mundial. Nessa trajetória, a inserção periférica secular da grande parte das nações do mundo, tem consistido do esforço de adaptação e luta para aproveitar oportunidades de manter algum grau de orientação autônoma na construção de seus projetos de desenvolvimento futuro como nações."[10]

---

[9]PECI, Alketa.**Reforma Regulatória Brasileira dos Anos 90 à Luz do Modelo de Kleber Nascimento.** RAC - Revista de Administração Contemporânea, v. 11, n. 1, Jan./Mar. Curitiba, 2007.p.14

[10]ALVEAL, Carmen. **Estado e Regulação Econômica: O Papel das Agências Reguladoras no Brasil e na Experiência Internacional.** Conferência proferida no *Seminário de Direito Internacional e Regulação Econômica.* Escola Superior do Ministério Público da União - Núcleo Regional no Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2003.

Portanto, as agências reguladoras, enquanto instrumentos interventivos do Estado buscam construir um novo modelo de democracia, alinhados com aspectos internos de sua estrutura socioeconômica, bem como ao sistema político-econômico mundial.

As agências vêm sendo utilizadas como reguladoras de atividades específicas do setor privado, sobretudo, inerentes aos serviços públicos delegados, e como promotoras da defesa da concorrência e de condutas redutoras de competitividade (antitruste).

Nesse sentido, leciona RAMOS:[11]

> "Agências reguladoras são, como disse, elementos centrais de processos de liberalizações e privatizações de operadoras de serviços públicos, tanto em países centrais quanto periféricos. Trata-se de entes administrativos capazes de, em tese, como reza a expectativa teórica dos mercados perfeitos da economia neoclássica, regular os mercados privatizados de modo equilibrado, autônomo e equidistante das influências do Estado, dos interesses privados, e dos consumidores."

A matriz regulatória mundial se desenvolveu nos Estados Unidos da América, e depois no Reino Unido, no final do século XX. A tradição advinda da *common law* americana, seguida pela inglesa, construiu um processo de regulação capaz de ser fonte de inspiração, na década de 90, para a criação de modelos de agências reguladoras em mais de 150 países.

A importação de um modelo jurídico estrutural alienígena pautado em uma base principiológica própria acabou criando uma série de debates e questionamentos acerca de sua validade. Isto porque, não era possível simplesmente internalizar um novo modelo de estatal, mas compatibilizá-lo com a estrutura jurídica de cada nação.

JUSTEN FILHO adverte:

> "Trata-se da problemática clássica do Direito comparado, em que o estudioso tem o dever de conhecer não apenas o Direito estrangeiro, mas especialmente o nacional. A introdução de determinado instituto, desenvolvido ao interior de um sistema estrangeiro, sempre propicia esse desafio e envolve o dever de diligência dos operadores jurídicos. [...]
>
> Observe-se que a compatibilização de um instituto estrangeiro com o Direito nacional é tanto mais difícil quanto maior a diversidade do sistema jurídico (mas também social) de sua origem. [...]

---

[11]RAMOS, Murilo César. **Agências Reguladoras:a reconciliação com a política.** ***In: Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación.***Vol. VII, n. 5, May. – Ago. 2005, disponível em <<http//:www.eptic.com.br>>Acesso em 10 de setembro de 2012.

> [...] nenhuma importação de instituto jurídico estrangeiro pode fazer-se sem a adaptação às características essenciais locais. Cada ordem social apresenta peculiaridades próprias, algumas das quais são essenciais. Sob o ponto de vista jurídico, isso significa a necessidade de adequar o instituto estrangeiro ao perfil fundamental da ordem jurídica pátria, especialmente sob o ponto de vista constitucional."[12]

Nesse cenário, o Brasil, cujas bases sociológicas para construção do sistema constitucional nasceu sob forte influência Europeia, diante dos fundamentos da *civil Law*, ainda que a Constituição de 1891 tenha absorvido grande influência dos federalistas estadunidenses, até hoje parece não estar plenamente adaptado ao modelo regulatório que entendeu por copiar.

> Nessa perspectiva, argumento que o transplante de uma tradição jurídico-institucional estranha, é fonte primordial dos entreveros da nova construção regulatória empreendida no Brasil, originando controversas "adaptações" do modelo "imitado", na medida em que a nova regulação, ao se inserir no marco da reforma das funções econômicas e sociais do Estado, assumiu para o Brasil, alta complexidade. Essa complexidade reside no fato de a nova regulação estar no bojo da mudança estrutural do padrão de desenvolvimento e inserção internacional e, paralelamente, da transformação das estruturas de decisão política, pressionadas pela reivindicação da democratização do Estado.[13]

A estrutura de regulação desenvolvida nos Estados Unidos, importada por diversos países, entre eles o Brasil, tem base principiológica fundada primeiro em um sistema de jurisprudência que dá legitimidade à intervenção das agências, considerando o chamado *public welfare* (bem-estar público) assegurado pela atuação regulatória, também pela promoção de princípios liberais, sobretudo os *checks and balances* e ainda pelo respeito à livre concorrência de mercado.

A proposta do modelo americano é sistematicamente corrigir efeitos negativos produzidos pelo mercado, para que a economia de livre mercado possa atuar de forma plena, mas sem comprometer a sociedade americana.

Todavia, a matriz filosófica da sociedade americana surge a partir dos ideais do pragmatismo. A escola do pragmatismo americano sustenta que se há uma ausência de diferença prática entre elementos observados, as alternativas significam a mesma coisa. De forma que, o significado de qualquer proposição existe apenas diante da

---

[12] JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências reguladoras independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.p115.

[13] ALVEAL, op.cit. p.3.

verificação de suas consequências. Dessa forma, há de se ter uma experimentação lógica dos conceitos para avaliação de suas consequências, e a partir dessas consequências, validar-se o próprio conceito.[14]

Essa filosofia garante a tomada de decisões que representem uma realidade a partir de suas consequências. Assim, é possível uma interpretação jurídica apartada da literalidade do texto normativo, já que o pressuposto básico na ideologia pragmática é definir o que é, e o que deve ser por sua consequência prática e não por seu discurso ideológico.

Então, é perfeitamente possível que a jurisprudência da Suprema Corte Americana convalide as agências reguladoras, lendo-as enquanto instrumentos constitucionais, ainda que fora da literalidade do texto Constitucional, mas por, pragmaticamente, estabelecer consequências desejáveis e compatíveis com a realidade dos sistemas e valores americanos.

Dentro da perspectiva pragmática, a jurisprudência americana submeteu os serviços públicos americanos à regulação, tendo como *leading case*, Munn *versus* Estado de Illinois. Na oportunidade, a Suprema Corte afirmou que os silos de armazenagem da companhia Munn & Scott, que cobravam valores acima do teto estadual, eram de interesse público, e, por conseguinte, legitimava a submissão da Companhia à regulação do Estado de Illinois.

Em consequência desse precedente, paulatinamente, foram sendo demarcados diversos segmentos de atuação do setor privado, que dentro de uma nova sistemática, deveriam se submeter à regulação.

Paralelamente, com o forte crescimento da economia americana, sobretudo, após o *New Deal*, formaram-se grandes conglomerados que instituíram verdadeiros monopólios econômicos, não só nos Estados Unidos, mas com reverberação em todo o globo. Assim, o sistema regulatório americano se fez presente para controlar eventuais excessos do livre mercado, de forma a preservá-lo.

Importante ainda destacar, no histórico americano de desenvolvimento do modelo de agencificação, a existência de agências executivas e agências reguladoras independentes. GOMES assevera que:

---

[14] POGREBISNKI, Thamy. **A matriz filosófica do Pragmatismo**. In: POGREBISNKI, Thamy. Pragmatismo: Teoria Social e Política. Rio de Janeiro. Relume Dumará, 2005.

> "não se deve confundir agência executiva (executive agency ou administrative agency no direito americano) com agência reguladora independente (independent regulatory commission). No direito brasileiro, Agência Executiva nada mais é do que uma Autarquia ou Fundação Pública dotada de regime especial graças ao qual ela passa a ter maior autonomia de gestão do que a normalmente atribuída às autarquias e fundações públicas comuns. (...) No direito dos EUA, agência executiva tem as mesmas características jurídicas das nossas autarquias.(...) Já a Agência Reguladora (*Independent Regulatory Commission*, na terminologia mais usual do Direito dos EUA) é uma entidade administrativa autônoma e altamente descentralizada, com estrutura colegiada, sendo os seus membros nomeados para cumprir um mandato fixo do qual eles só podem ser exonerados em caso de deslize administrativo ou falta grave (*for cause shown*). Portanto, o fator de distinção entre uma *administrative agency* e uma *independent regulatory commission* reside no seu relacionamento com o Chefe do Executivo." [15]

A chamada *Independent Regulatory Commission* americana certamente foi determinante na criação do modelo brasileiro. Trata-se de um ente estatal dotado de autonomia, sendo dirigido por *Commisioners*, que formam um Colegiado com mandato fixo, através de nomeação pelo Chefe do Executivo. Sua exoneração, segundo a lei americana só pode ocorrer pela apuração de falta grave. Os mandatos dos *Commisioners* são intercalados evitando a coincidência e mudança total de sua composição. O Presidente do Colegiado será também de nomeação da Chefia do Executivo, com prévia aprovação do Senado.

Na lição de Joaquim Barbosa Gomes, as agências reguladoras americanas *são detentoras de funções* "*quase legislativas*", "*quase executivas*" e "*quase judiciais*", já que na competência nas agências estarão reunidas diversas e importantes atividades do Estado. Segundo GOMES, "na prática, as agências imitam as atividades dos três Poderes tradicionais". Lecionando sobre as três funções:

> É na função propriamente reguladora (*rulemaking*) ou "quase legislativa" que reside o cerne das atribuições das agências independentes americanas. (...) Em princípio, o *rulemaking* das agências consiste em editar *prescritive formulations* ou *legislative rules*, isto é, normas regulamentares das atividades incluídas no respectivo campo de especialidade, passando tais normas a ter força de lei (*subordinate legislation*, na terminologia britânica), tanto para os agentes econômicos envolvidos quanto para os usuários dos respectivos serviços. Tais normas revestem-se de características que as aproximam das leis.
>
> Outra peculiaridade do processo decisório-regulamentar das agências, que aproxima o seu modo de atuação ao *modus operandi* do Legislativo, é a chamada *notice-and-comment rulemaking*, ou seja, o procedimento legal por elas observado desde a proposição até a final adoção de uma determinada regulamentação.

---

[15]GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Agências reguladoras: A metamorfose do Estado e da democracia (uma reflexão de Direito Constitucional e Comparado). In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XI**. ARAGÃO, Alexandre Santos (Coord.), Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. P.43-44

> As leias instituidoras de algumas das agências reguladoras brasileiras copiaram, ou pelo menos tentaram copiar, o *notice-and-comment rulemaking* das suas congêneres norte-americanas. Por exemplo, o art. 42 da Lei da Anatel (9.472/97) estipula que "as minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca." Já o artigo 44 da mesma Lei, com o objetivo de fomentar a participação da sociedade no processo decisório da Anatel, estabelece que "qualquer pessoa terá o direito de peticionar ou recorrer contra ato da agência no "prazo máximo de trinta dias, devendo a decisão da Agência ser conhecida em até noventa dias".
>
> Quanto à chamada função "quase judicial", ela repousa, primeiramente, no fato de que muitas agências reguladoras americanas adotam um procedimento decisório de tipo judicialiforme. (...) Em primeiro lugar, (...) elas são submetidas a um procedimento muito parecido com o que antecede as decisões judiciais (*trial-like procedure*), envolvendo audiências públicas (*hearings*), colheitas de depoimentos, intervenção de advogados representantes das partes envolvidas e final decisão por parte de um órgão colegiado.

Ressalte-se que, que no modelo estadunidense, as agências têm sido vistas como detentoras de certa legitimidade democrática em decorrência do fato de que sua instituição se dá diante de procedimentos democráticos, onde participam de forma efetiva os titulares dos poderes representativos Executivo e Legislativo, detentores da vontade popular emanada pelo voto. Não se pode ainda, deixar de considerar que o Legislativo americano não oferece poder irrestrito às agências reguladoras, mas fixa de forma expressa sua limitação de atuação, na legislação que as institui.[16]

Importa ainda destacar, que mesmo nos Estudos Unidos da América, criadora do modelo de agencificação, as agências reguladoras vêm passando por um processo de mutação, onde outras instituições jurídicas têm sido formatadas enquanto agências, mas com profundas modificações estruturais e filosóficas que acabam por desnaturar as premissas básicas do modelo regulatório. Novamente, GOMES apresenta relevantes considerações:

> No ordenamento jurídico interno dos EUA, é certo que a grande maioria das agências até hoje criadas servem majoritariamente ao propósito original de intervenção e correção das mazelas do jogo econômico capitalista. Todavia, ao longo do tempo forma surgindo inúmeras instituições inspiradas nesse modelo original (especialmente no aspecto atinente à "independência" de que elas gozam em relação aos outros Poderes) mas voltadas ao exercício de atribuições sem nenhuma ou com pouca pertinência com a regulação de atividades econômicas. Este é o caso, por exemplo, da *Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)*, agência criada nos EUA nos anos 60 com a incumbência de implementar as normas de promoção da igualdade no mercado de trabalho em favor das minorias raciais e sexuais, objeto de Lei de Direitos Civis de 1964.

[16] Ibid idem, op.cit. p.64.

> De uma certa maneira, também se pode dizer que foi inspirado do figurino institucional das agências independentes que o Congresso americano decidiu criar, em 1968, a figura hoje controvertida do Procurador Independente (<<*Independent Counsel*>>), um agente estatal *ad hoc* investido de amplos poderes investigatórios e persecutórios, instituído casuisticamente para a persecução de crimes cometidos por altas autoridades do Executivo, que de outra maneira não seriam processadas criminalmente em razão das contradições derivadas do fato de que a função persecutória entra no rol das atribuições do próprio poder executivo.

Já o modelo regulatório desenvolvido e implementado pelos países da União Europeia buscava atenuar exatamente o avanço global das corporações americanas e promover uma melhora dos serviços públicos europeus, sobretudo, garantindo uma melhor infraestrutura capaz de acelerar o crescimento econômico dessas nações.

Para tanto, o modelo europeu foi marcado por grande intervenção do Estado, através de uma espécie de regulação protetiva, visto como um instrumento de políticas públicas do governo, e não como uma estrutura independente.

Nesse sentido, houve uma grande política de privatizações por toda a Europa, buscando aumento de qualidade dos serviços públicos por intermédio da iniciativa privada, acompanhada por uma estrutura regulatória, o que sem dúvida, marca a forte diferença entre o modelo americano e o modelo europeu.

Na França foram criadas agências baseadas do modelo norte-americano, o que trouxe à baila similares discussões constitucionais oriundas do modelo clássico estadunidense:

> São representativas dessa tendência, dentre outras, a *Commission dês Opérations de Bourse* (equivalente da nossa CVM e da SEC americana), uma entidade colegiada independente, composta de dirigentes nomeados com mandato fixo, com atribuições para regulamentar e fiscalizar o mercado de títulos mobiliários e todas as atividades e operações inerentes ao mercado de capitais. Dispõe não apenas de poderes *quase législatifs* mas de vastos poderes fiscalizatórios tais como o de busca e apreensão; o "*Conseil de la Concurrence*" (similar ao nosso CADE e à FTC americana); e o *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel*, uma <<autoridade administrativa independente>>, criada para ser um instrumento de garantia de um dos mais importantes direitos fundamentais, a Liberdade de Comunicação Audiovisual, derivada da Liberdade de Comunicação, prevista no artigo 11 da velha e conhecida Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, editada no auge da tormenta revolucionária de 1789 e até hoje em pleno vigor, servindo de paradigma ao balizamento constitucional de quase toda a vida institucional francesa, como parte que é do chamado *Bloc de Constitutionnalité*. [59]
>
> No que permite à natureza e à extensão das atribuições que normalmente são conferidas aos organismos reguladores independentes, o CSA e as demais autoridades administrativas francesas ficaram aquém das similares

> americanas, graças ao rígido enquadramento constitucional que lhes foi imposto pelo Conselho Constitucional. [17]

No que concerne a violação da Separação de Poderes pela implementação de agências reguladoras na França ganhou destaque o debate do poder de aplicação de vultosas multas às empresas, o que naquele país seria uma competência exclusiva do Judiciário. A tese de violação da Separação de Poderes sob essa argumentação acabou não sendo acolhida pelo Conselho Constitucional francês, que:

> "Considerando que o princípio de separação dos poderes, como nenhum outro princípio ou regra de valor constitucional, não impede que uma autoridade administrativa independente, agindo com prerrogativas de supremacia (*puissance publique*), possa exercer um poder punitivo, desde que, de um lado, a sanção a ser aplicada exclua toda privação da liberdade e, de outro lado, que o exercício do poder sancionatório seja legalmente acompanhado de medidas destinadas a salvaguardar os direitos e liberdades constitucionalmente garantidos."[18]

Esse modelo foi acompanhado pelo Brasil, que destacou agências para regulação de atividades delegadas pela administração púbica direta, sobretudo, depois do plano de desestatização na década de 90.

Nesse sentido, a experiência brasileira criou uma variação quase exótica do modelo regulatório, já que buscamos institucionalizar um modelo com base filosófica americana, e fundamentação econômica derivada do modelo europeu.

Sobre a diferença sociológica entre a prática americana e a brasileira, ALVEAL esclarece:

> "A prática institucional secular brasileira têm sido duplamente exacerbada na sua diferença com os conceitos e realidades do mundo anglo-saxão.
>
> O Brasil, por circunstâncias históricas de longa data, abraçou o conceito luso-ibéricode fusão entre o Estado e o poder de sua comunidade, substanciando uma sociedade real com trajetória exuberante de regime político autoritário, que subordinou ostensivamente a atividade regulatória aos objetivos fundamentais da política do Estado.
>
> Por essa razão fundamental, a fusão entre política e regulação no Brasil sempre assumiu marcada centralização do processo decisório na esfera do Executivo Federal."[19]

---

[17] GOMES, op.cit.73
[18] GOMES, op.cit.74
[19] ALVEAL, op.cit. p.7.

Para se entender o processo de regulação do Estado brasileiro, faz-se necessário voltar ao período de esgotamento do modelo intervencionista experimentado nos anos 70, onde surgiu um debate acerca de uma necessária redefinição do papel do Estado enquanto indutor da economia.

No final da década seguinte, o debate começa a se transformar em verdadeira redefinição do papel do Estado na economia, através da abertura comercial e das privatizações para tentar resgatar a capacidade de investimentos em infraestrutura.

O plano de privatizações, inaugurado pelo governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, na década de 90, que visava participação direta do Estado sobre os fatores produtivos e a consequente retomada do crescimento econômico através de investimentos privados, fez surgir um movimento político por um sistema de regulação.

Nesse sentido, PECI aduz que:

> "A primeira referência às agências reguladoras foi feita pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado, idealizado pelo Ministério de Administração e Reforma do Estado (antigo Mare). O documento apresentava estratégias que visavam enfrentar os principais obstáculos à implementação de um aparelho de Estado moderno e eficiente. Baseado no diagnóstico de que existia uma crise do Estado manifestada em seus aspectos fiscais, patrimoniais e gerenciais –, o plano questionava o próprio papel do Estado nesse contexto de crise e propunha um conjunto de medidas de cunho administrativo-gerencial, levando em conta a premissa de que as instituições públicas devem tornar-se mais "parecidas" com o mercado, considerado um ótimo alocador de recursos, o que, na prática, restringia o escopo de atuação do Estado."[20]

Para ARAGÃO:

> "a noção de regulação implica a integração de diversas funções: pressupõe que um quadro seja imposto às atividades econômicas, devendo respeitar um certo equilíbrio dos interesses das diversas forças sociais presentes. Este quadro normativo é estabelecido por decisões gerais e abstratas, consoantes geralmente de regulamentos; pela aplicação concreta das suas regras; e pela aplicação concreta das suas regras; e pela composição dos conflitos que delas advém, dando lugar, nestas duas últimas hipóteses, a decisões individuais. Há, portanto, três poderes inerentes à regulação: aquele de editar a regra, o de assegurar a sua aplicação e o de reprimir as infrações."[21]

---

[20]PECI, Alketa. **Reforma Regulatória Brasileira dos Anos 90 à Luz do Modelo de Kleber Nascimento.** RAC - Revista de Administração Contemporânea, v. 11, n. 1, Jan./Mar. Curitiba, 2007.p.06

[21]ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O conceito jurídico de regulação da economia**. Revista de Direito Mercantil, v. 122, abr./jun, p. 38-47, 2001.

Conforme já se afirmou, as agências brasileiras foram influenciadas, sobremaneira, pelas *Independent Regulatory Commission* americanas. Assim como nos Estados Unidos da América, as agências brasileiras foram estruturadas, via de regra, em Colegiado, através da nomeação de um Conselho Diretor, com deliberações aprovadas por maioria absoluta.

A nomeação dos dirigentes dessas entidades autárquicas regulatórias se dá por nomeação do Presidente da República, com aprovação do Senado Federal. Também, como no discutido modelo americano, os dirigentes possuem mandatos fixos, havendo impossibilidade de exoneração *ad nutum.*

Tamanha paridade de características em sua formação, faz com que GUERRA trace uma relação paradigmática entre o modelo americano e o modelo brasileiro: "Somente por essas características verifica-se que o paradigma das agências reguladoras brasileiras é a *Independent Regulatory Commission* estadunidense."[22]

Nascem, assim, as Agências Reguladoras no Brasil, constituídas enquanto como autarquias especiais sem vinculação hierárquica e acentuado grau de independência, poder normativo técnico para regulamentar o setor específico de sua atuação, poderes de fiscalização, funcionando ainda como instância administrativa na solução extrajudicial de controvérsias. Assim, exercem um papel misto onde legislam de forma complementar mediante regulamentação do setor, executam ações fiscalizatórias e julgam ações infracionais do mercado, aplicando sansões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As agências reguladoras, enquanto instrumentos interventivos do Estado buscam construir um novo modelo de democracia, alinhados com aspectos internos de sua estrutura socioeconômica, bem como ao sistema político-econômico mundial.

No Brasil, nasceram para exercer um papel misto onde legislam de forma complementar mediante regulamentação do setor, executam ações fiscalizatórias e julgam ações infracionais do mercado, aplicando sansões. Foram constituídas enquanto como autarquias especiais sem vinculação hierárquica e acentuado grau de

[22]GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e Reflexividade: Uma nova Teoria sobre as escolhas administrativas.** 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. P.333

independência, poder normativo técnico para regulamentar o setor específico de sua atuação, poderes de fiscalização, funcionando ainda como instância administrativa na solução extrajudicial de controvérsias.

O modelo construído no Brasil acaba por incorporar conceitos luso-ibérico e ao mesmo tempo, premissas do modelo estadunidense de agências reguladoras. Com isso, o que se percebe é que a experiência brasileira criou uma variação quase exótica do modelo regulatório, já que buscamos institucionalizar um modelo com base filosófica americana, e fundamentação econômica derivada do modelo europeu.

Resta a pergunta se essa fusão representará um modelo, ao final, em um modelo genuinamente brasileiro, e se esse modelo, de fato, refletirá a eficiência esperada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVEAL, Carmen. **Estado e Regulação Econômica: O Papel das Agências Reguladoras no Brasil e na Experiência Internacional.** Conferência proferida no Seminário de Direito Internacional e Regulação Econômica. Escola Superior do Ministério Público da União - Núcleo Regional no Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2003.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O conceito jurídico de regulação da economia**. Revista de Direito Mercantil, v. 122, abr./jun, p. 38-47, 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARROSO Luis Roberto. **Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 01, 2005. Disponível em <<http//:www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 17 de janeiro de 2012.

BINENBOJM, GUSTAVO. **Uma teoria do direito administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e Reflexividade: Uma nova Teoria sobre as escolhas administrativas.** 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Agências reguladoras: A metamorfose do Estado e da democracia (uma reflexão de Direito Constitucional e Comparado).** In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XI. ARAGÃO, Alexandre Santos (Coord.), Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências reguladoras independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na 'Regulação Independente?** In: O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Alexandre Santos de Aragão (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade.** 1. ed. São Paulo: Singular, 2006.

PECI, Alketa. **Reforma Regulatória Brasileira dos Anos 90 à Luz do Modelo de Kleber Nascimento.** RAC - Revista de Administração Contemporânea, v. 11, n. 1, Jan./Mar. Curitiba, 2007.

POGREBISNKI, Thamy. **A matriz filosófica do Pragmatismo. In: POGREBISNKI, Thamy. Pragmatismo: Teoria Social e Política**. Rio de Janeiro. Relume Dumará, 2005.

RAMOS, Murilo César. **Agências Reguladoras: a reconciliação com a política.** In:Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación.Vol. VII, n. 5, May. – Ago. 2005, disponível em <<http//:www.eptic.com.br>>Acesso em 10 de setembro de 2012.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da Constituição Econômica.** 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.