

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA - RDPE
ano 11 · n. 44 · outubro/dezembro 2013 · Publicação trimestral

44

ISSN 1678-7102

Revista de
DIREITO PÚBLICO
DA ECONOMIA

RDPE

DOCTRINA

 EDITORA
Fórum

ano 11 - n. 44 | outubro/dezembro - 2013
Belo Horizonte | p. 1-280 | ISSN 1678-7102
R. de Dir. Público da Economia – RDPE

Manesco - Advocacia

TOMBO: 51.....

CCDIR:

CUTTER:

ANO: 13..... EDIÇÃO:

EX: 1..... VOL:

Revista de Direito
PÚBLICO DA ECONOMIA

RDPE

REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA – RDPE

Publicação oficial de

NUPEDE
NÚCLEO DE PESQUISA EM DIREITO ECONÔMICO
PPGD / UFRJ

Diretores

Vital Moreira
Egon Bockmann Moreira

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (São Paulo)	Luís Roberto Barroso (Rio de Janeiro)
Almiro do Couto e Silva (Porto Alegre)	Manuel Afonso Vaz (Porto)
Calixto Salomão Filho (São Paulo)	Manuel Porto (Coimbra)
Carlos Ari Sundfeld (São Paulo)	Marçal Justen Filho (Curitiba)
Celso Antônio Bandeira de Mello (São Paulo)	Maria Manuel Leitão Marques (Coimbra)
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Rio de Janeiro)	Maria Sylvia Zanella Di Pietro (São Paulo)
Eduardo Paz Ferreira (Lisboa)	Miguel Poiares Maduro (Lisboa)
Eros Roberto Grau (São Paulo)	Monica Spezia Justen (Curitiba)
Fábio Nusdeo (São Paulo)	Paula A. Forgioni (São Paulo)
Florianô Peixoto de Azevedo Marques Neto (São Paulo)	Paulo Otero (Lisboa)
Leila Cuéllar (Curitiba)	Pedro Gonçalves (Coimbra)
Luís Domingos Silva Morais (Lisboa)	Ronaldo Porto Macedo Jr. (São Paulo)
	Sérgio Ferraz (Rio de Janeiro)
	Tercio Sampaio Ferraz Jr. (São Paulo)

Antigos Conselheiros

Antônio Sousa Franco (Lisboa)	Lúcia Valle Figueiredo (São Paulo)
Caio Tácito (Rio de Janeiro)	Marcos Juruena Villela Souto (Rio de Janeiro)

R454 Revista de Direito Público da Economia : RDPE, – ano 1, n. 1, (jan./mar. 2003)-
– Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1678-7102

1. Direito público. 2. Direito econômico. I. Fórum.

CDD: 341
CDU: 342

© 2013 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional e em Portugal

Esta revista está indexada em:
• Ulrich's Periodicals Directory
• RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
• Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos Estados Unidos)

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Cristhiane Maurício
Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Lucieni B. Santos
Bibliotecária: Tatiana Augusta Duarte - CRB 2842 - 6ª Região
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos
Diagramação: Derval Braga

DOCTRINA Artigos

Direito concorrenc

Alexandre Ditzel Fa

1	Introc
2	Direit
3	A cor
4	A exp
5	A exp
6	Conc

Concesiones de ca

André Castro Carval

1	Conte
2	Mode
2.1	Datos
2.2	Mode
2.3	Mode
3	"Free
4	Via alt
	Refere

Para a compreensã

Diogo de Figueiredo

	Apres
1	Introc
2	Consi
2.1	A gên
2.2	A gên
3	A tran
4	A tran
5	A tran
6	Obser

Passado, presente e

Egon Bockmann Mo

	Introd
1	O dire
1.1	As téc
1.2	Os suj
1.3	As fon
1.4	O obje
1.5	A inter
1.6	Os mú

Sumário

DOCTRINA

Artigos

Direito concorrencial e regulação

Alexandre Ditzel Faraco	9
1 Introdução.....	9
2 Direito concorrencial e regulação.....	11
3 A competência do SBDC em setores regulados.....	19
4 A experiência brasileira de controle de condutas em setores regulados.....	29
5 A experiência brasileira de controle de concentrações em setores regulados.....	35
6 Conclusão.....	39

Concesiones de carreteras en Brasil y Chile – Aspectos jurídicos comparados

André Castro Carvalho, Carlos Silva V.	43
1 Contextualización.....	44
2 Modelos de regulación de concesiones de carreteras en Brasil y Chile.....	46
2.1 Datos iniciales.....	46
2.2 Modelos de concesiones en la legislación de los países.....	49
2.3 Modelos regulatorios y cambios de los contratos.....	51
3 "Free Flow" en concesiones de carreteras y el peaje urbano en Brasil y Chile.....	56
4 Vía alternativa gratuita en Brasil y Chile.....	60
Referencias.....	63

Para a compreensão do direito pós-moderno

Diogo de Figueiredo Moreira Neto	67
Apresentação.....	67
1 Introdução.....	68
2 Considerações sobre a gênese do Direito.....	72
2.1 A gênese do Direito a partir do poder.....	72
2.2 A gênese do Direito a partir da sociabilidade.....	74
3 A transformação da sociedade.....	76
4 A transformação do Direito.....	78
5 A transformação do Estado e de suas funções.....	81
6 Observações finais.....	84

Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil

Egon Bockmann Moreira	87
Introdução.....	88
1 O direito da regulação econômica.....	90
1.1 As técnicas regulamentares.....	92
1.2 Os sujeitos reguladores.....	93
1.3 As fontes regulamentares.....	93
1.4 O objeto regulado.....	94
1.5 A intensidade regulatória.....	96
1.6 Os múltiplos aspectos de um fenômeno dinâmico.....	97

2	O direito da antiga regulação econômica	99
2.1	As Constituições brasileiras e o relacionamento do Estado com a economia.....	99
2.2	As Constituições brasileiras e os regulamentos "de execução".....	101
2.3	As Constituições brasileiras, o relacionamento do Estado com a economia e os regulamentos "de execução".....	103
3	O Direito da nova regulação econômica.....	104
3.1	A autonomia do art. 174 da Constituição brasileira – O regulamento econômico	105
3.2	Algumas das peculiaridades do art. 174 da Constituição brasileira.....	106
3.3	As Emendas Constitucionais e a legislação ordinária – A mudança estrutural.....	107
3.4	Os muitos pêndulos da economia brasileira – Seu movimento assíncrono	109
4	O futuro do Direito da regulação econômica.....	110
4.1	Os desafios às agências reguladoras independentes – Migração, locaute e inanição	111
4.2	Os desafios às agências reguladoras independentes – <i>Captura bifronte</i>	113
4.3	A endorregulação e a captura pública de setores econômicos.....	114
	Considerações finais.....	118

Os procedimentos administrativos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e a natureza jurídica das decisões terminativas proferidas pelo CADE

Mariana Almeida Kato	119	
1	Introdução.....	119
2	Dos procedimentos administrativos do CADE.....	120
2.1	As gerações de processos e os processos administrativos do CADE.....	120
2.2	Espécies de processos e procedimentos	122
3	Natureza jurídica das decisões terminativas proferidas em processo administrativo sancionatório.....	124
3.1	Compromisso de cessação de prática.....	125
3.2	Sanção administrativa.....	128
4	Decisões terminativas proferidas em processo administrativo preventivo	129
4.1	Aprovação plena	130
4.2	Aprovação condicionada.....	131
4.3	Não aprovação	133
5	Considerações finais.....	136

Agências reguladoras e autoridades da concorrência em conflito

Natália de Almeida Moreno	137	
1	Introdução.....	138
2	Agências reguladoras, autoridades da concorrência e a ordenação da economia	140
2.1	Regulação técnica.....	145
2.2	Regulação econômica	146
2.3	Regulação da concorrência.....	153
3	A defesa de conduta regulada em procedimentos antitrustes.....	156
3.1	Critérios para solução de conflitos.....	158
3.1.1	Especialidade da legislação setorial	159
3.1.2	<i>Primary jurisdiction doctrine</i>	161
3.1.3	<i>Filed rate doctrine</i>	161
3.1.4	<i>State action doctrine</i>	163
3.1.5	<i>Implied antitrust immunities doctrine</i>	165
3.2	<i>Leading cases</i>	166
3.2.1	Suprema Corte Estadunidense e os casos Trinko e LinkLine	166

3.2.2

3.2.3

4

5

O cumprimento

Otacílio dos

1

2

3

4

Concorrência

Pedro Dutra

Poder econômico

fundamental

Rogério Telle

1

2

3

4

5

6

Regulação econômica

Sérgio Guer

1

2

3

4

A deterioração

Vitor Rhein

1

2

2.1

2.2

2.3

3

3.1

.....99	3.2.2	Tribunal de Justiça Europeu e os casos Deutsche Telekom e Telefónica.....	168
.....99	3.2.3	Balanço crítico.....	171
.....101	4	Coordenação e complementaridade de funções – Alguns parâmetros para a harmoniosa incidência do direito da concorrência em ambientes regulados.....	173
.....103	5	Conclusão.....	176
.....104		Referências.....	177
.....105			
.....106			
.....107			
.....109		O cumprimento da função social da propriedade no novo Direito Antitruste brasileiro	
.....110		Otaclio dos Santos Silveira Neto	183
.....111	1	Introdução.....	183
.....113	2	A função social da propriedade – Antecedentes e significados.....	186
.....114	3	A função social da propriedade no Direito Antitruste brasileiro.....	191
.....118	4	Conclusão.....	196
		Referências.....	199
		Concorrência em licitação – O exemplo dos aeroportos	
BDC)		Pedro Dutra	201
.....119			
.....119		Poder compensatório e equilíbrio – Convergências entre liberalismo e direitos fundamentais	
.....120		Rogério Telles Correia das Neves	207
.....120	1	Introdução.....	207
.....122	2	Paixão compensatória e seus reflexos.....	209
.....124	3	Pensamento liberal e os direitos.....	212
.....125	4	Paixão compensatória e gênese dos direitos fundamentais.....	217
.....128	5	Economia de mercado e desenvolvimento dos direitos fundamentais.....	220
.....129	6	Conclusão.....	224
.....130		Referências.....	226
.....131			
.....133		Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira	
.....136		Sérgio Guerra	229
		Introdução.....	229
.....137	1	Fundamento da regulação estatal à luz do sistema jurídico.....	232
.....138	2	Mecanismos de intervenção regulatória pelo Estado brasileiro.....	235
.....140	3	Agências Reguladoras brasileiras e os influxos estrangeiros na composição do sistema estatal de regulação.....	237
.....145	4	A necessária correção de falhas do sistema regulatório exercido pelas entidades reguladoras brasileiras.....	242
.....146		Conclusões.....	246
.....153			
.....156		A deterioração do sistema regulatório brasileiro	
.....158		Vitor Rhein Schirato	249
.....159	1	Introdução.....	249
.....161	2	As bases teóricas da regulação independente.....	252
.....161	2.1	Primeiro vetor – Organização da Administração Pública.....	255
.....163	2.2	Segundo vetor – Mecanismos de formação de decisões.....	259
.....165	2.3	Terceiro vetor – Mecanismos de controle da regulação.....	263
.....166	3	As causas da deterioração do sistema regulatório brasileiro.....	265
.....166	3.1	A quebra da independência das autoridades reguladoras.....	265

3.2	A quebra da obrigação processual.....	268
3.3	O descompasso do controle.....	270
4	Conclusão.....	272
	Referências.....	272

ÍNDICE	275
---------------------	-----

INSTRUÇÕES PARA OS AUTORES	279
---	-----

Artigos

Direito concorrencial e regulação

Alexandre Ditzel Faraco

Concessões de carreteras em Brasil y Chile – Aspectos jurídicos comparados

André Castro Carvalho, Carlos Silva V.

Para a compreensão do direito pós-moderno

Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil

Egon Bockmann Moreira

Os procedimentos administrativos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e a natureza jurídica das decisões terminativas proferidas pelo CADE

Mariana Almeida Kato

Agências reguladoras e autoridades da concorrência em conflito

Natália de Almeida Moreno

O cumprimento da função social da propriedade no novo Direito Antitruste brasileiro

Otacílio dos Santos Silveira Neto

Concorrência em licitação – O exemplo dos aeroportos

Pedro Dutra

Poder compensatório e equilíbrio – Convergências entre liberalismo e direitos fundamentais

Rogério Telles Correia das Neves

Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira

Sérgio Guerra

A deterioração do sistema regulatório brasileiro

Vitor Rhein Schirato



51
RDPE

ISSN 1678-7102



9 771678 710003

 **Fórum**

www.editoraforum.com.br

Av. Afonso Pena, 2770 - 16º andar
Funcionários - Belo Horizonte - MG
CEP 30130-007 - Tel.: 0800 704 3737
editoraforum@editoraforum.com.br



Acesse nossa livraria virtual
www.editoraforum.com.br/loja

Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira

Sérgio Guerra

Pós-Doutor em Administração Pública. Doutor e Mestre em Direito. Vice-Diretor de Ensino, Pesquisa e Pós-Graduação e Professor Titular de Direito Administrativo da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Editor da *Revista de Direito Administrativo – RDA*.

Resumo: O artigo analisa o fenômeno da regulação econômica no Estado brasileiro, fazendo um balanço do que se passou desde a implantação do modelo pela Constituição brasileira promulgada em 1988 (e sua definição pela legislação infraconstitucional). Além disso, o artigo visa a apresentar e debater alguns dos futuros desafios da regulação brasileira, sob o ponto de vista organizacional.

Palavras-chave: Regulação. Organização administrativa. Estado regulador. Agências reguladoras.

Sumário: Introdução – 1 Fundamento da regulação estatal à luz do sistema jurídico – 2 Mecanismos de intervenção regulatória pelo Estado brasileiro – 3 Agências Reguladoras brasileiras e os influxos estrangeiros na composição do sistema estatal de regulação – 4 A necessária correção de falhas do sistema regulatório exercido pelas entidades reguladoras brasileiras – Conclusões

Introdução

Até a década de 1980, o Brasil seguiu o modelo de forte intervenção estatal direta, seja na prestação de serviços públicos, seja na atuação nas atividades econômicas em sentido estrito. Mas com o fim do governo ditatorial militar e com o forte clamor pela melhoria das condições de vida da população provocou-se um sucessivo processo de mutação das estruturas estatais, notadamente da organização administrativa do Brasil.

Inserida no contexto do padrão neoliberal, houve, no Brasil, a opção pela participação no amplo processo econômico globalizante, e, em seu bojo, a adoção

de um programa de redução do papel do Estado na exploração de atividades econômicas e prestação direta de serviços públicos.

De cerca de 600 empresas estatais federais, o Brasil chegou, atualmente, a 126. O país seguiu na linha de que caberia, preponderantemente, às forças do mercado o papel de protagonista na organização da economia, de modo que à iniciativa privada seriam destinados os bônus e os ônus da flutuação mercadológica.

As decisões governamentais seguiram as premissas constitucionais. Nos termos da Constituição Federal, de 1988, ao Estado reservou-se a atuação direta (i) nas atividades econômicas monopolizadas (indústria do petróleo e gás); e nos casos compreendidos como sendo (ii) imperativo da segurança nacional e (iii) relevante interesse coletivo.

Não podemos, contudo, dizer que o Brasil seja hoje um Estado Liberal.

A revisitação ao modelo minimalista do liberalismo oitocentista, em que o Estado valoriza a livre-iniciativa e passa a adotar o princípio da subsidiariedade, foi mitigada na Carta Brasileira de 1988 com freios e contrapesos que visam a assegurar garantias e direitos fundamentais à pessoa humana.

Se, de um lado, a Constituição Federal assegurou a livre-iniciativa como um dos pilares dessa nova era, de outro, o texto constitucional valorizou, como eixo principal, a dignidade da pessoa humana e outros princípios a serem observados e sopesados no caso concreto.

Para a atuação executiva estatal, sob esse novo enfoque, destaque-se a função regulatória, disposta no artigo 174 da Constituição Federal de 1988: "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".

Essa previsão constitucional foi edificada sob a ideia de que as modernas formas de administração do interesse público — em evolução para não mais ser encarado como poder supremo — devem ordenar e implementar políticas estratégicas para suas respectivas sociedades de forma sistêmica; isto é, tanto no sistema social como no campo científico e tecnológico, ambos umbilicalmente atados ao sistema econômico.

Nesse cenário o Estado vê-se compelido a adotar, ponderadamente, práticas de gestão modernas e eficazes, sem priorizar o aspecto econômico nem, tampouco, perder de vista sua função eminentemente voltada ao interesse público, direcionada ao bem de cada um dos cidadãos.

A busca de uma gestão moderna e eficiente no contexto político-econômico-social vem gerando novas competências e estratégias para o exercício

das escolhas administrativas, com vistas à perfeita conformação dessas mudanças e desses acoplamentos ao contexto jurídico-constitucional brasileiro.

Com essa premissa constitucional buscou-se, no Brasil, no início da segunda metade da década de 1990, um novo marco teórico para a Administração Pública, que substituísse a perspectiva burocrática weberiana até então seguida. Sob os influxos dessa onda, em que se impôs uma reforma administrativa para a renovação de estruturas estatais absorvidas do modelo burocrático francês, o Governo Federal brasileiro editou, em 1995, o Plano Diretor da Reforma do Estado, direcionando a Administração Pública para um padrão de gerência com eficiência nos moldes da iniciativa privada.

Além disso, promulgou-se uma série de emendas constitucionais visando a “abrir”, ao setor privado, determinados subsistemas econômicos — como, por exemplo, telecomunicações, petróleo, gás natural — e, nesta senda, adaptar os deveres do Estado (e de suas empresas) a esse modelo.

A abordagem, então disciplinada democraticamente pelo Poder Legislativo, decorreu do reconhecimento de que as democracias contemporâneas (verdadeiras sociedades de riscos) carecem de entidades autônomas e independentes. Assim, estas novas entidades foram criadas para a regulação de atividades econômicas preponderantemente calcadas em aspectos científicos e, paralelamente, com certa proteção às pressões político-partidárias.¹

Em síntese, a Constituição brasileira de 1988 dispõe que o Estado se estrutura numa democracia, tendo por objetivo garantir a dignidade e o bem-estar dos cidadãos, valorizando o trabalho, a livre-iniciativa e o pluralismo político. Ademais, na sua função normativa e reguladora, o Estado deve atuar de forma a promover a fiscalização, o fomento e o planejamento das atividades econômicas.

Portanto, podemos extrair do texto constitucional que o Brasil se enquadra na categoria de Estado Regulador.

Quanto as três subfunções (fiscalizar, incentivar e planejar) decorrentes da função regulatória, o planejamento estatal é, nos ditames constitucionais, determinante para o setor público e meramente indicativo para o setor privado. Ou seja, as escolhas do Administrador Público devem, sempre, levar em conta que o Estado tem a missão, primeiramente, de planejar as ações que impactarão a sociedade como um todo, e, compulsoriamente, estará vinculado a esses mesmos planos.

¹ Sobre os desafios e riscos na criação dessas entidades, cf. PRADO, Mariana Mota. The Challenges and Risks of Creating Independent Regulatory Agencies: a Cautionary Tale from Brazil. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 41, n. 2, p. 435-503, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=983807>>.

Diante desse preceito constitucional, surgem algumas questões e dúvidas acerca do que é *regulação estatal* e o que representa enquadrar o Brasil sob o rótulo de Estado Regulador.

A regulação estatal está atrelada a um sistema econômico? Ou a regulação exercida pelo Estado representa uma estrutura do sistema político? A resposta parece ser negativa para ambas. Em termos sistêmicos, a nossa economia segue o modelo capitalista. Ademais, no Brasil há grande dificuldade em se definir que sistema político está vigorando, podendo-se afirmar que estamos próximos ao modelo socialdemocrata.

Resta, então, indagar se a regulação está atrelada ao sistema organizacional do Estado. Ao nosso sentir a resposta deve ser afirmativa. Quando sustentamos que um Estado é Regulador, como no Brasil, estamos nos referindo à estrutura da organização administrativa.

Os Estados Unidos da América são um Estado Regulador; contudo, segue, também sob a estrutura capitalista, um sistema liberal. O Brasil é um Estado Regulador, em que pese, quanto ao sistema político, estar próximo à socialdemocracia com inúmeras medidas de impacto social custeadas pelo Estado.

Partindo-se da premissa de que o Brasil é um Estado Regulador do ponto de vista organizacional, resta perquirir neste artigo: (i) à luz do sistema jurídico, qual deve ser o fundamento da regulação estatal; (ii) como está estruturada, do ponto de vista organizacional, a regulação exercida pelo Estado; (iii) quais foram os influxos estrangeiros recebidos pelo Brasil na adoção da estrutura de regulação estatal; (iv) como corrigir as eventuais falhas do sistema regulatório exercido pelas entidades reguladoras autônomas, criadas após o Plano Diretor da Reforma do Estado de 1995.

1 Fundamento da regulação estatal à luz do sistema jurídico

Há pelo menos três concepções quanto à amplitude do conceito de intervenção regulatória.² A primeira delas alcançaria toda forma de intervenção na economia, independentemente dos instrumentos e fins — *intervenção ampla*. Uma intervenção *menos abrangente* corresponderia àquela aplicada na economia mediante condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica. Por fim, sob uma modelagem *restritiva*, somente haveria o condicionamento normativo da atividade econômica privada.

² MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 3-7.

Há outras formas de sistematização da regulação estatal, sob a ótica das medidas estruturais e de conduta: *sunshine regulation*, *light-handed regulation*, autorregulação, regulação setorial independente e o modelo de regulação norte-americano.³

Diante dessas concepções e categorias, indaga-se o fundamento para a regulação estatal do ponto de vista do sistema jurídico.

Entendemos que estamos diante de uma nova categoria das escolhas administrativas: a *escolha regulatória*. Na regulação de atividades econômicas pelo Estado, a estrutura estatal necessária para equilibrar os subsistemas regulados, ajustando as falhas do mercado, ponderando-se diversos interesses ambivalentes, tudo com vistas à dignidade da pessoa humana, não se enquadra no modelo positivista clássico e moderno, haja vista sua patente singularidade.

A regulação se distingue dos modos clássicos de intervenção do Estado na economia, pois consiste em supervisionar o jogo econômico, estabelecendo certas regras e intervindo de maneira permanente para amortecer as tensões, compor os conflitos e assegurar a manutenção de um equilíbrio do conjunto. Ou seja, por meio da regulação o Estado não se põe mais como ator, mas como árbitro do processo econômico, limitando-se a enquadrar a atuação dos operadores e se esforçando para harmonizar suas ações.⁴

A escolha regulatória, como espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos⁵ — o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações a ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado — como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis — medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões etc.⁶

Compreendemos, do ponto de vista jurídico, a regulação estatal sob a ótica da organização administrativa, com medidas setoriais/sistêmicas. Diante

³ SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. *Regulación y servicios públicos*. Granada: Comares, 2003. p. 8 et seq.

⁴ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 73.

⁵ M. Chemillier-Gendreau, da Universidade Paris VII, anota que a regulação resume os vários mecanismos que levam o sistema econômico ao equilíbrio. Por suas palavras: "est utilisé pour rendre compte des différents mécanismes par lesquels le système économique parvient à l'équilibre: le couple équilibre/régulation est au centre des analyses économiques, la régulation étant posée comme la condition de réalisation de l'équilibre" [De quelques usages du concept de régulation. In: MIAILLE, Michel (Dir.). *La régulation entre droit et politique*. Paris: L'Harmattan, 1995. p. 79].

⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 23.

da grande tecnicidade decorrente da sofisticação do conhecimento humano, naturalmente, há uma especialização dos direitos ramos do sistema jurídico.

Isso se revela na edição de legislações cada vez mais herméticas para a compreensão e operação das quais não bastam sólidos conhecimentos jurídicos, fazendo necessário a eles acoplar conhecimentos técnicos do setor específico normatizado. Tal especialização vai implicar não apenas uma segmentação dos instrumentos legais como vai construir diversos subsistemas.

A regulação estatal representa um estado de equilíbrio e de regularidade no funcionamento de um subsistema, mediante regras, em sua maioria, elaboradas com alto grau de tecnicidade e complexidade. Essas regras devem ser observadas em determinado comportamento ou situação, afetando-se, minimamente, direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Sob a ótica do postulado da eficiência e como fundamento jurídico, a regulação estatal deve alcançar a maior satisfação do interesse público substantivo com o menor sacrifício de outros interesses constitucionalmente protegidos. Secundariamente, a regulação deve buscar o menor dispêndio de recursos públicos.⁷

A escolha regulatória fundamenta-se, portanto, na atuação do Estado sobre decisões e atuações empresariais de forma adequada, necessária e proporcional, para o equilíbrio de subsistemas.

A regulação deve levar em conta fundamentos técnicos e científicos que visem atender ao interesse público substantivo sem, contudo, deixar de sopesar os efeitos dessas decisões no subsistema regulado com os interesses de segmentos da sociedade e, até mesmo, com o interesse individual no caso concreto.

Esses fundamentos levam à indicação de alguns princípios fundamentais e norteadores da base jurídica regulatória no Brasil. O primeiro, relacionado à perfeita concepção da tecnicidade das escolhas regulatórias, para que esta ameaça não seja um instrumento de embaraço ao Estado Democrático de Direito (tecnocracia). A segunda, voltada à necessária especialização dos ramos jurídicos em subsistemas que impõem uma pluralidade de fontes em cotejo com a difícil tarefa de discernir onde começa e termina o espaço de cada uma à luz do princípio tripartite de separação dos poderes. A terceira, ligada à permanente ambivalência, que aspira o sopesamento de valores e princípios.

⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 93.

Consideradas as premissas e especificidades antes apresentadas acerca da regulação estatal, identificando-a como tema sujeito à organização administrativa, cumpre examinar quais são os mecanismos de regulação estatal que foram desenvolvidos no Brasil.

2 Mecanismos de intervenção regulatória pelo Estado brasileiro

À luz do texto constitucional de 1988, podem-se identificar inúmeras formas de intervenção do Estado em face da ordem econômica, e que orientam as escolhas políticas em diversas atuações. Apesar de haver dificuldade prática em apontar todos os mecanismos de intervenção estatal, no Estado Regulador, cumpre indicar algumas formas de fazê-lo, de modo a melhor compreender qual aparato é necessário para a estruturação da organização administrativa brasileira.⁸

O Estado intervém quando proíbe, por meio de lei, a exploração de atividade econômica, como, por exemplo, a produção de materiais com o uso do amianto (Lei nº 12.684/07, do Estado de São Paulo).

Também é uma forma de intervenção quando o Estado cria um monopólio para a exploração de atividade econômica, a exemplo do que ocorria com as atividades inerentes à indústria do petróleo, notadamente antes da edição da Emenda Constitucional nº 9/95 e o monopólio das atividades afetas aos correios (Lei nº 6.538/78, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em sede da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46).

Constitui mecanismo de intervenção do Estado ao reservar algumas atividades econômicas como sendo serviços públicos e, portanto, executados pelos particulares por meio de concessão, permissão ou autorização. Exemplos marcantes alcançam os serviços de telecomunicações, distribuição de energia elétrica e transporte público, atualmente regulados, em sua maioria, por Agências Reguladoras.

A presença do Estado é marcante quando atua na qualidade de agente econômico de forma direta, como nos casos de empresas estatais prestadoras de serviços públicos (serviços postais – Lei nº 6.538/78, com a observação *supra* ou no caso da Eletrobras). A regulação do exercício de atividades determinadas como, por exemplo, a regulação do sistema financeiro – Lei nº 4.595/64, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, é forma de intervenção estatal.

⁸ Conforme nosso GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras: da administração piramidal à governança em rede*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 54 *et seq.*

Mesmo atuando em sentido mais amplo, quando regula o exercício de atividades gerais — ex.: no caso da disciplina ambiental (Lei nº 6.938/81) e da concorrência (Lei nº 8.884/04) —, o Estado atua de maneira intervencionista. Também, o Estado disciplina normativamente o exercício de atividades econômicas — ex.: legislando acerca da atividade da indústria do tabaco (Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977; Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996; e Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999).

Outra forma de intervenção está na delegação de funções de autorregulação, como, por exemplo, os casos das profissões regulamentadas (Conselho Regional de Administração, Conselho Regional de Corretores de Imóveis etc.). Ao atuar na figura de “contratante” de bens e serviços, o Estado atua na intervenção da economia — ex.: contratação de infraestrutura por meio de Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/04).

Fomentando, incentivando ou induzindo a atuação dos agentes econômicos privados (ex.: política aduaneira, disciplinada pelo vetusto Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966) ou quando o Estado exerce o poder de polícia sobre atividades econômicas, como no caso da vigilância sanitária (Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999), está ele intervindo.

Vale destacar que a forma de intervenção estatal pode ocorrer isolada ou, até mesmo, de forma cumulativa em determinados setores, de modo que o Estado reserva uma atividade econômica como serviço público, regulando-a, atuando como agente econômico e criando políticas indutivas (ex.: setor elétrico).

Como se vê, são inúmeras formas de intervenção estatal, de modo que o Estado deve estar preparado para atuação de sua organização administrativa. Adotar ou não regulação estatal descentralizada é, portanto, uma questão de escolha política, governamental.

Atualmente, podemos identificar seis mecanismos estatais (espécies) para operacionalizar a regulação estatal (gênero). O primeiro deles é a regulação direta, exercida por Ministérios e Secretarias. Exemplo dessa regulação direta estão nos serviços postais. Recentemente, o Ministério das Comunicações editou portaria tratando acerca de indicadores e universalização dos serviços prestados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Um segundo modelo de regulação estatal está associado às autarquias comuns, como, por exemplo, o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais, que regula as atividades potencialmente poluidoras do meio ambiente no âmbito federal. Essas autarquias comuns são vinculadas (e não subordinadas) aos Ministérios; porém, seus membros dirigentes são indicados pelos Ministros

e, a qualquer hora, podem ser destituídos (não goza de real autonomia frente o poder central).

Um terceiro modelo de regulação estatal é exercido por Agências Executivas. Atualmente, só existe uma: o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia. O Inmetro, como autarquia, promove a regulação com ligeira autonomia em comparação com autarquias comuns. Isso significa que seus dirigentes também podem deixar, a critério exclusivo da Chefia do Poder Executivo, seus cargos em comissão.

Identificamos um quarto modelo: as entidades reguladoras denominadas de autarquias especiais. Nessa categoria temos as Agências Reguladoras, a Comissão de Valores Mobiliários e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Essas entidades não são subordinadas ao poder público central; possuem órgãos de direção colegiados em que cada Diretor recebe um mandato. Detêm autonomia administrativa, financeira e independência decisória (última palavra no setor regulado).

Em quinto lugar, pode-se identificar os Conselhos Profissionais (Conselho Regional de Corretores de Imóveis, Conselho Regional de Medicina etc.) como espécie de regulador estatal. Promovem a autorregulação das profissões regulamentadas.

E, em sexto lugar, a autorregulação exercida pela Ordem dos Advogados do Brasil, como entidade *sui generis*, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.026 e no Recurso Extraordinário nº 603.583. Vê-se, portanto, que apenas a OAB tem assento constitucional para promover a regulação de determinada profissão e atividade; as demais se inserem na discricionariedade (escolha) do Chefe do Poder Executivo, juntamente com a concordância da maioria do Poder Legislativo na aprovação dos projetos de lei de criação de entidades dotadas de maior ou menor autonomia frente o Poder Central.

3 Agências Reguladoras brasileiras e os influxos estrangeiros na composição do sistema estatal de regulação

Sem prejuízo de algumas leis especiais e disposições constitucionais que disciplinam a matéria, o marco legal da organização administrativa brasileira ainda é disposto, em grande parte, pelo Decreto-Lei nº 200/67.

O Brasil, em termos de organização administrativa, está próximo de um modelo ainda não totalmente superado de uma administração inspirada — mas, não totalmente alcançada — no modelo weberiano, com ilhas de excelência, rotulada de pesada, lenta e ineficiente, que acaba por frustrar a sociedade.

Do ponto de vista da regulação jurídica, o principal sistema de organização estatal é a utilização de Agências Reguladoras. Como a função regulatória e seu modo de execução, por meio de órgãos com ou sem autonomia, não foi explicitada na Carta de 1988, estava afeta à discricionariedade legislativa. Apenas no artigo 20, XI, e no artigo 177 da Constituição Federal está prevista a criação de órgãos reguladores para os serviços públicos de telecomunicações e para as atividades monopolizadas da indústria do petróleo. Ambas as previsões não constavam do texto original, decorrendo de emendas constitucionais.

Dentre algumas ações governamentais visando alcançar um modelo de *organização administrativa gerencial*, foram criadas (ou reestruturadas), no bojo do processo de desestatização, *entidades reguladoras independentes* (autarquias especiais vinculadas, e não subordinadas ao Poder Público central), compondo, em parte, a chamada administração descentralizada ou indireta.

No bojo da tentativa de estruturação desse modelo foram criadas dez agências reguladoras federais. São elas: *Agência Nacional de Energia Elétrica* – ANEEL; *Agência Nacional de Petróleo, Gás e Biocombustíveis* – ANP; *Agência Nacional de Telecomunicações* – ANATEL; *Agência nacional de Vigilância Sanitária* – ANVISA; *Agência Nacional de Águas* – ANA; *Agência Nacional de Saúde Suplementar* – ANS; *Agência Nacional de Cinema* – ANCINE; *Agência Nacional de Transportes Terrestres* – ANTT; *Agência Nacional de Transporte Aquaviários* – ANTAQ; e *Agência Nacional de Aviação Civil* – ANAC.

Também foram reestruturadas entidades, como o *Conselho Administrativo de Defesa Econômica* – CADE (criado em 10 de setembro de 1962, alterado pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011) e a *Comissão de Valores Mobiliários* – CVM (criada em 07 de dezembro de 1976), trazendo, praticamente, a esses entes estatais as mesmas características das Agências Reguladoras.

A organização dessas entidades autárquicas estruturou-se de forma que as suas decisões definitivas observem, em regra, a forma colegiada. O Conselho Diretor é composto pelo Diretor-Presidente e demais Diretores, com quórum deliberativo por maioria absoluta. As nomeações desses dirigentes são feitas por mandatos por prazos certos e não coincidentes, havendo impossibilidade de exoneração *ad nutum*.

A autonomia financeira e orçamentária está assegurada nas leis instituídas de cada Agência Reguladora, em que pese o contingenciamento de recursos (retardamento ou inexecução de parte da programação de despesa prevista na Lei Orçamentária) que essas autarquias vêm experimentando nos últimos anos.

Os recursos das Agências Reguladoras advêm das denominadas taxas de fiscalização ou regulação pagas por aqueles que exercem as respectivas atividades econômicas reguladas, de modo a que inexista dependência de recursos do orçamento do Tesouro.

Finalmente, a independência decisória representa o estabelecimento do Conselho Diretor da Agência Reguladora como última instância decisória, haja vista a sua vinculação administrativa (e não subordinação hierárquica) ao respectivo Ministério.

A ideia de descentralização governamental ocorrida no Brasil, na década de 1990, advêm do movimento estruturado no Reino Unido, denominado de *New Public Management* – NPM.

O movimento estruturado no Reino Unido, denominado de *New Public Management* – NPM, foi adotado a partir da década de 1980 visando modernizar a organização administrativa, sendo utilizado para descrever a onda de reformas do setor público naquele período.

Com efeito, naquele período vários países — entre eles o Brasil — tentaram reformas que permitissem maior agilidade e flexibilidade à atividade estatal. Os diversos planos de melhora que, como dito, receberam a denominação comum de Nova Gerência Pública, e seus principais enunciados, foram sintetizados em relatório da OCDE (1996). Tratava-se de medidas destinadas a dotar a administração pública de um comportamento gerencial que aliviasse a máquina ou o aparelho do Estado.⁹

Os pontos centrais desse movimento se referiam à adaptação e à transferência dos conhecimentos gerenciais desenvolvidos no setor privado para o público, pressupondo a redução do tamanho da máquina administrativa, uma ênfase crescente na competição e no aumento de sua eficiência.¹⁰

O programa do NPM pode ser resumido, de forma objetiva, nas seguintes medidas:

- (i) diminuir o tamanho do Estado, inclusive do efetivo do pessoal;
- (ii) privatização de empresas e atividades;
- (iii) descentralização de atividades para os governos subnacionais;
- (iv) terceirização de serviços públicos (*outsourcing*);

⁹ SARAVIA, Enrique. Governança social no Brasil contemporâneo. *Revista Governança Social – IGS*, Belo Horizonte, ano 3, n. 7, p. 22, dez. 2009/mar. 2010.

¹⁰ PECL, Alketa; PIERANTI, Octavio Penna; RODRIGUES, Silvia. Governança e New Public Management: convergências e contradições no contexto brasileiro. *O&S*, v. 15, n. 46, p. 39-55, jul./set. 2008.

- (v) regulação de atividades conduzidas pelo setor privado;
- (vi) transferência de atividades sociais para o terceiro setor;
- (vii) desconcentração de atividades do governo central;
- (viii) separação de atividades de formulação e implementação de políticas públicas;
- (ix) estabelecimento de mecanismos de aferição de custos e avaliação de resultados;
- (x) autonomização de serviços e responsabilização de dirigentes;
- (xi) flexibilização da gestão orçamentária e financeira das agências públicas;
- (xii) adoção de formas de contratualização de resultados;
- (xiii) abolição da estabilidade dos funcionários e flexibilização das relações de trabalho no serviço público.¹¹

No bojo das reformas administrativas, trazidas nos governos Margareth Thatcher e John Major, foram criadas diversas entidades regulatórias. Destaque-se a *Office of Telecommunication* – OFTEL, na área de telecomunicações, criada no ano de 1984; a *Office of Gas* – OFGAS, para regular o setor de gás, e a *Office of Electricity Regulation* – OFFER, regulando o setor de eletricidade. Estas entidades, após fusão no ano de 1999, transformaram-se na *Office of Gas and Electricity Markets* – OFGEM, abrangendo os setores de gás e eletricidade.¹²

Foram criadas a *Water Services Regulation Authority* – OFWAT¹³ para o setor voltado aos recursos hídricos; a *Office of Rail Regulation* – ORR,¹⁴ do sistema ferroviário, a *Civil Aviation Authority* – CAA,¹⁵ para o setor aéreo, a *Office of Fair Trading* – OFT¹⁶ atuando na defesa da concorrência, e uma agência responsável por loterias, a *Office of The National Lottery* – OFLOT, sucedida pela *National Lottery Commission*.¹⁷

Veja-se que isso passou a ser uma tendência internacional. As *entidades reguladoras independentes*, com suas características próprias, estão implantadas em diversos países. A título exemplificativo, identificam-se as seguintes “agências”: as *independent regulatory commissions* estadunidenses, as *autorités administratives*

¹¹ COSTA, Frederico Lustosa da. *Reforma do Estado e contexto brasileiro: crítica do paradigma gerencialista*. Rio de Janeiro: FGV, 2010. p. 154.

¹² Disponível em: <<http://www.ofgem.gov.uk>>.

¹³ Disponível em: <<http://www.ofwat.gov.uk>>.

¹⁴ Disponível em: <<http://www.rail-reg.gov.uk>>.

¹⁵ Disponível em: <<http://www.caa.co.uk>>.

¹⁶ Disponível em: <<http://www.offt.gov.uk>>.

¹⁷ Disponível em: <<http://www.natlotcomm.gov.uk>>.

independ.
independ
desas, os
Cur
quase qu
cias regu
esse obje
Cit
foi criad
Vale des
da no ar
nalidade
Ca
EMSA, c
poluiçã
Or
e Gás –
âmbito
ras inde
do mei
Regula
pela Cc
coorde
o dese
trônica
nações
F
estadu
efeito,
desen

¹⁸ Para
indej

¹⁹ Disp

²⁰ Disp

²¹ Disp

²² Disp

²³ Disp

*indépendantes francesas, as autorità indipendenti italianas, as administraciones independientes espanholas, as régies canadenses, as ambetswerk suecas e finlandesas, os ministerialfreien Raums germânicos.*¹⁸

Cumpra destacar, ainda, que com o processo de unificação europeia tornou quase que imperativa a necessidade de coordenar a atividade das diversas agências reguladoras de cada país. Assim, foram criadas inúmeras instituições com esse objetivo.

Cite-se a *Agência Europeia para a Segurança da Aviação* – EASA. Essa entidade foi criada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da Europa no ano de 2002.¹⁹ Vale destacar a *Autoridade Europeia de Segurança Alimentar* – EFSA, também criada no ano de 2002 pelo Conselho da Europa. É um órgão comunitário com personalidade jurídica própria, independente das instituições da comunidade.²⁰

Cabe ressaltar a existência da *Agência Europeia de Segurança Marítima* – EMSA, criada em 2002 com o objetivo de reduzir o risco de acidentes marítimos, a poluição produzida por navios e a perda de vidas humanas no mar.²¹

Outro ente criado em 2003 é o *Grupo Europeu de Reguladores de Eletricidade e Gás* – ERGEG (*European Regulators Group for Electricity and Gas*), que surgiu no âmbito da Comissão Europeia como grupo assessor das autoridades reguladoras independentes de cada país, de forma a apoiar a Comissão na consolidação do mercado europeu de eletricidade e gás;²² e, também, o *Grupo Europeu de Reguladores de Redes e Serviços de Comunicação Eletrônica* – ERG Telecom,²³ criado pela Comissão Europeia em 2002, com o objetivo de fomentar a cooperação e coordenação das autoridades nacionais de regulação com a Comissão, promover o desenvolvimento do mercado interno de redes e serviços de comunicação eletrônica, e lograr a aplicação efetiva, em todos os Estados membros, das determinações do novo marco regulatório.

Para além do *New Public Management*, sofremos, no Brasil, direta influência estadunidense quanto à estruturação dos entes regulatórios autônomos. Com efeito, os Estados Unidos da América experimentaram um amplo e contínuo desenvolvimento da regulação setorial desde 1887, quando surgiu a *Interstate*

¹⁸ Para análise detalhada sobre esses entes, cf. CARDOSO, José Lucas. *Autoridades administrativas independentes e constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

¹⁹ Disponível em: <<http://www.easa.eu.int/language/pt/home.php>>.

²⁰ Disponível em: <<http://www.efsa.europa.eu>>.

²¹ Disponível em: <<http://www.emsa.eu.int>>.

²² Disponível em: <http://www.energy-regulators.eu/portal/page/portal/EER_HOME>.

²³ Disponível em: <<http://ec.europa.eu>>.

Commerce Commission, com competência regulatória do transporte ferroviário interestadual.

Diante da experiência acumulada com tantas décadas de regulação setorial descentralizada, cumpre examinarmos os principais aspectos jurídicos relacionados a esses entes com independência frente o Poder Executivo central.

Os *Independent Establishments* são entes estatais autônomos, dirigidos por um colegiado composto por Commissioners eleitos pelo Chefe do Poder Executivo, e investidos para exercer o múnus público por meio de mandato fixo. Desse modo, esses dirigentes só podem ser exonerados em caso de falta grave.

Os mandatos dos Commissioners variam, sendo certo que sempre são determinados por prazos escalonados, de forma que os mandatos não sejam coincidentes. A nomeação do *Chairperson*, que preside o órgão colegiado, compete ao Chefe do Poder Executivo, com prévia aprovação do Senado Federal.

No modelo de *Administrative Agencies*, podemos encontrar, atualmente, algumas entidades norte-americanas, a exemplo da *Consumer Product Safety Commission* – CPSC; *Environmental Protection Agency* – EPA; *Equal Employment Opportunity Commission* – EEOC; *Federal Communications Commission* – FCC; entre outras.

4 A necessária correção de falhas do sistema regulatório exercido pelas entidades reguladoras brasileiras

Como dito acima, o Brasil recebeu, na criação de Agências Reguladoras, influência do *New Public Management* e do modelo norte-americano.

Naquele momento político (década de 1990), e diante da forte crise econômica, o governo brasileiro precisava desenvolver consistente esforço institucional para implantar o modelo constitucional de Estado regulador sem se valer da regra clássica da hierarquia. Por isso criou uma espécie de entidade estatal sem subordinação ao poder central e que teria, nas suas decisões, o “poder” de dizer a última palavra em sede administrativa.

O fator fundamental para a adoção desse modelo estava atrelado à presente necessidade de atrair investimentos, sobretudo estrangeiros; gerar salvaguardas institucionais que significassem, para o setor privado globalizado, um compromisso com a manutenção de regras e contratos em longo prazo.

De fato, e com aquele gesto, o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, com a aprovação do Congresso Nacional, na verdade, pretendeu demonstrar que a regulação deixava de ser assunto de Governo para ser assunto de

Estado. Isto é, a regulação deveria ser efetiva, sem percalços inerentes aos processos político-partidários.

Os agentes políticos (eleitos pelo povo) liberariam parte de seus “poderes” a favor de entidades autônomas, não eleitas, para tentar reduzir o “risco regulatório”.²⁴ Essas entidades passariam, na prática, até mesmo, a serem capazes de mitigar as decisões das autoridades que passaram pelo crivo das urnas (freios e contrapesos).

O Brasil não se encontra em ambiente político similar àquele que propiciou a criação das Agências Reguladoras na década de 1990. Naquela fase, a segregação de competências entre a Administração Pública direta e a indireta, em setores estratégicos (telefonia, energia elétrica etc.), por meio de entidades autônomas, se apresentou como sendo fundamental para: (i) criar um ambiente propício à segurança jurídica e atração de capital privado (notadamente estrangeiro); e (ii) descentralizar a regulação de temas complexos e preponderantemente técnicos, naturalmente distantes dos debates e interesses políticos do Congresso Nacional na atual sociedade de rede.

Hoje, há certa estabilidade em termos políticos e econômicos no Brasil, de modo que a criação de entes estatais autônomos (órgãos de Estado) só se justifica se, além da ampliação da complexidade técnica, outra razão se apresente plausível.

É fato que no atual quadro político nacional, a Chefia do Poder Executivo Federal — e seu Partido Político — se vale de um “governo de coalizão” com outros partidos, para obter maioria no Congresso Nacional e aprovar as políticas públicas de seu interesse. Sabe-se que muitas dessas políticas públicas, em tese, não foram aprovadas pela sociedade, haja vista o resultado final da eleição presidencial de 2010 (56,05% de votos para Dilma Rousseff e 43,95% para José Serra).

Também parece ser indisputável que esses partidos políticos “aliados”, que apoiam o Governo, acabam por não ter compromisso com os programas do

²⁴ O relatório da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento (OCDE) foi apresentado em seminário realizado pela Casa Civil da Presidência da República, no dia 28 de maio de 2008. O estudo realizado em 2007 analisa os marcos regulatórios e o desempenho das agências reguladoras nos setores de energia, telecomunicações, transportes terrestres e assistência suplementar à saúde no Brasil. Pela pesquisa as agências reguladoras contribuíram para a criação de um ambiente de concorrência e o bom desempenho da economia brasileira. Segundo a pesquisa: “Em termos gerais, depois de dez anos de experiência institucional, a situação macroeconômica melhorou e o progresso feito pelas agências reguladoras setoriais também foi satisfatório. Houve uma tendência de diminuição do risco regulatório” (ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Relatório sobre a Reforma Regulatória no Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento*. Paris e Brasília, 2008).

Governo eleito e, assim, visam, salvo raras exceções, alcançar interesses menores, que se aproximam do fisiologismo.

Desse modo, a razão para a criação de entes estatais, com autonomia e independência decisória poderia encontrar eco na atual situação político-partidária brasileira. Assim, justificar-se-ia a alteração normativa e/ou criação de novas autarquias especiais e agências executivas para setores sensíveis à efetividade de uma democracia material (e não meramente formal),²⁵ em que se destacaria o *accountability*.

A estruturação dos entes antigos ou de novos deveria ter, no mínimo, as seguintes características básicas:

- a) definição do marco legal, com atribuições expressas das funções técnicas neutras a serem exercidas pelo ente;
- b) formação de um Conselho Consultivo, composto de pessoas de notório reconhecimento público no setor escolhidos pelo Chefe do Poder Executivo, com a responsabilidade, inclusive, de defender o orçamento do novo órgão junto ao poder público central;
- c) direção por órgão colegiado, com cinco membros;
- d) identificação dos candidatos aos cargos de direção no mercado;
- e) a identificação dos diretores seria feita pelo Conselho Consultivo ou por meio de um "Comitê de Busca", formado por personalidades de notório reconhecimento público, a serem escolhidos pelo Conselho Consultivo da entidade;
- f) "busca" por meio de editais públicos de chamadas de candidaturas, amplamente divulgados, visando identificar dentre integrantes da esfera pública, da comunidade científica/tecnológica e do meio empresarial, nomes que se identifiquem com as diretrizes técnicas e político-administrativas estabelecidas legalmente para a entidade;
- g) poderão se candidatar, ao cargo de dirigente da entidade, brasileiros, com formação acadêmica e atuação profissional comprovada no setor público ou privado em atividades técnicas de produção de bens e serviços, pesquisa, consultoria, ensino e assessoramento em quaisquer das áreas de atuação da entidade;

²⁵ Sobre essa questão, ver: BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y constitución. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

- h) candidatos devem possuir experiência gerencial mínima de dez anos, computados pela soma de anos ou frações, dos tempos de exercício profissional em cargos comprovadamente ocupados;
- i) por experiência gerencial, poderá ser aceito o exercício de cargos de chefia superior, tais como ministros do governo federal, secretário de governo municipal ou estadual, presidente ou diretor de instituições e empresas públicas ou privadas, superintendência de órgãos ou empresas, diretoria executiva, chefia de assessorias técnicas, chefia ou diretoria de centros e/ou departamentos de pesquisa, ensino e extensão, e de entidades de ensino superior ou tecnológico, entre outras, a critério da "Comissão de Busca";
- j) candidato a dirigente não poderá manter com qualquer entidade do setor regulado qualquer um dos seguintes vínculos: acionista ou sócio com participação no capital social de empresa coligada, controlada ou controladora; membro de conselho de administração, fiscal, de diretoria executiva ou de órgão gerencial; empregado, mesmo com contrato de trabalho suspenso, prestador de serviço permanente ou temporário, inclusive das empresas controladoras e controladas ou das fundações de previdência de que sejam patrocinadoras; ou membro de conselho ou de diretoria de associação regional ou nacional, representativa de interesses dos associados ou de órgãos governamentais, de conselho ou diretoria de categoria profissional de empregados dos Associados ou de órgãos governamentais, bem como membro de conselho ou diretoria de associação ou classe de usuários/consumidores do setor.
- k) formação de lista tríplice pelo "Comitê de Busca", para a escolha dos dirigentes;
- l) escolha dos dirigentes pelo Presidente da República e sabatina pelo Senado Federal;
- m) nomeação a termo, tendo o mandato fixo de quatro anos, vedada a recondução;
- n) impossibilidade de demissão *ad nutum*, salvo nas situações previstas em lei;
- o) autonomia administrativa e financeira efetiva, sem a possibilidade de contingenciamento de recursos orçamentários pela Administração Pública direta, os orçamentos seriam segregados, constituindo o ente uma unidade orçamentária autônoma;

- p) independência decisória, vedado, expressamente na lei, recurso hierárquico impróprio contra decisões proferidas na esfera de sua competência legal;
- q) estabelecimento de “plano de gestão” e “plano de execução das metas”, estas, a serem alcançadas anualmente, a exemplo do Inmetro;
- r) controle efetivo (não meramente formal), pelo Conselho Consultivo, dentre outros controles já institucionalizados no país, das atividades desenvolvidas pela direção;
- s) disponibilização, via internet, do processo de acompanhamento e controle do “plano de gestão” e do “plano de metas”.

Com a forma estruturada acima, parece-nos que as Agências Reguladoras como entes da organização administrativa brasileira vocacionados ao desenvolvimento de atividades típicas de Estado — e que, assim, atuam em áreas que demandam decisões preponderantemente técnicas — poderão melhor atingir a missão pública do Estado Regulador: o bem-estar da sociedade e de cada um dos cidadãos brasileiros, nos termos preconizados na Constituição Federal de 1988.

Conclusões

Muito em função da crise do financiamento do Estado e dos processos de democratização no mundo, o modelo intervencionista brasileiro, ancorado na atuação direta do Estado em diversos setores, cedeu espaço a um modelo temperado, inserido em um movimento, dito neoliberal, que surgiu no continente europeu na década de 1980.

Surge o modelo de Estado Regulador, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tendo como eixo a busca da dignidade da pessoa humana. Com efeito, a Constituição Brasileira de 1988 pautou a ordem econômica sob o princípio da livre-iniciativa e na valorização do trabalho humano (art. 170), reservando ao Estado funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174). Buscando ajustar-se a esse novo modelo, o Brasil implementou amplo processo de desestatização (notadamente, privatizações), transferindo, para a iniciativa privada, diversas atividades econômicas e a concessão de serviços públicos.

Pode-se concluir que foi com o aparecimento desses novos operadores privados, na execução de atividades econômicas, que se adotou uma posição política, num ambiente globalizado, em que deveria haver uma “segregação” das funções de regulação daquelas típicas funções de governo.

A estrutura, de viés hierarquizado, deixaria, nessa fase por que passou o Estado brasileiro, de ser uníssona no bojo da Administração Pública. O Estado, seguindo influxos da *New Public Management*, procurou dar um viés de *administração pública gerencial* e, dentre outras medidas, criou autarquias especiais próximas ao modelo estadunidense para regular alguns setores econômicos e a prestação de serviços públicos.

As Agências Reguladoras receberam uma série de competências não livres de controvérsias, tanto em sede doutrinária quanto em sede pretoriana, à luz da clássica teoria tripartite de separação de poderes (já mitigado, constitucionalmente, com o Ministério Público e o Tribunal de Contas).

O surgimento das Agências Reguladoras brasileiras começou, basicamente, paralelamente ao lançamento, pelo Governo Federal, do denominado Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, sob a motivação de reconstruir o Estado de forma a resgatar sua autonomia financeira e sua capacidade de implementar políticas públicas.

Referindo-se às agências, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado previu que dois fatores inspiraram a formulação do projeto: a responsabilização por resultados e a autonomia de gestão. Assim, o objetivo inicial — não implementado na prática — focava na modernização da máquina pública visando transformar autarquias e fundações, que exerciam atividades exclusivas do Estado (com o necessário poder de polícia), em agências autônomas.

O Plano previa que o projeto das agências autônomas desenvolver-se-ia em duas dimensões. Em primeiro lugar, seriam elaborados os instrumentos legais necessários à viabilização das transformações pretendidas, e um levantamento visando superar os obstáculos na legislação, normas e regulações existentes.

Em paralelo, seriam aplicadas as novas abordagens em algumas autarquias selecionadas, que se transformariam em laboratórios de experimentação.

Com efeito, na década de 1990, e diante da forte crise econômica, o governo brasileiro desenvolveu consistente esforço político e institucional para implantar o modelo constitucional de Estado Regulador sem se valer da regra clássica da hierarquia; isto é, criou-se uma espécie de entidade estatal sem subordinação ao poder central e que teria, nas suas decisões, o “poder” de dizer a última palavra em sede administrativa.

É fato que este processo gerou significativas mudanças práticas na organização administrativa do governo. Essas mudanças trazem, em seu bojo, expressivas transferências de “poder” para novos atores.

Conclusivamente, a assunção de atividades econômicas de relevante compromisso social pelo setor privado, em um ambiente globalizado, indica a regulação por meio de entidades estatais descentralizadas, com amplas funções e amplo conhecimento técnico sobre os setores regulados. O padrão regulatório brasileiro, como estruturado, tem elementos para perseguir o equilíbrio entre o Estado, o cidadão e o agente regulado, de modo que o regulador possa se manter equidistante dessas três figuras.

Para contribuir para essa equidistância, sugerimos algumas medidas na estruturação desses organismos regulatórios, envolvendo, especialmente, a forma de escolha dos seus dirigentes.

Abstract: This paper analyses the economic regulation in Brazil, with special focus on what has happened since the implementation of the Brazilian regulatory model by the Constitution promulgated in 1988 (and its definition by the infra constitutional legislation). The article also aims to present and debate some of the future challenges of the Brazilian economic regulation.

Key words: Regulation. Administrative organization. Regulatory state. Regulatory agencies.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 229-248, out./dez. 2013.

Recebido em: 10.01.2013

Aprovado em: 25.11.2013