

ALEXANDRE DITZEL FARACO
Doutor em Direito pela
Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

AMADEU CARVALHAES RIBEIRO
Doutorando na área de Direito
Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

CALIXTO SALOMÃO FILHO
Professor Livre-Docente da
Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

DIOGO ROSENTHAL COUTINHO
Doutorando pela Faculdade de
Direito da Universidade de São
Paulo e aluno do *MSc*
Regulation na *London School*
of Economics and Political
Science.

EROS ROBERTO GRAU
Professor Titular da Faculdade
de Direito da Universidade de
São Paulo e Professor Visitante

 **MALHEIROS**
EDITORES

*Para o meu amor,
que me deu a
maior força para
escrever esse artigo.*

Regulação *Do seu*
e
Desenvolvimento *a*
maio/02

CALIXTO SALOMÃO FILHO (COORDENAÇÃO)

•
ALEXANDRE DITZEL FARACO
AMADEU CARVALHAES RIBEIRO
DIOGO ROSENTHAL COUTINHO
EROS ROBERTO GRAU
FÁBIO NUSDEO
PAULO TODESCAN LESSA MATTOS
SÉRGIO VARELLA BRUNA
•

 **MALHEIROS**
EDITORES

Parece fundamental distinguir entre o que seja objetivo de políticas econômicas e o que sejam instituições econômicas que, como vimos, aproximam-se bastante dos chamados objetivos restritivos. Assim, a defesa da concorrência, das relações de consumo do meio ambiente, do emprego e da estabilidade monetária, mais do que objetivos de política econômica, devem configurar instituições permanentes, voltadas para a sua manutenção, de tal sorte que as suas exigências possam permanentemente ser cotejadas com a perseguição compulsiva dos objetivos de política econômica, por mais prementes, necessários e autojustificáveis que possam ser. Não é possível imaginar que estes últimos prescindam dos primeiros e das instituições que lhes darão corpo.⁶

O mesmo se aplica à questão da regulação econômica pelas chamadas agências independentes ou autônomas. Parece claro que, além dos seus objetivos e instrumentos de ação, elas deverão contemplar mecanismos aptos a compatibilizá-los com regular funcionamento das instituições econômicas. No caso do desenvolvimento, por ser um objetivo amplo e absorvente, por envolver praticamente todas as manifestações da vida econômica, ele deverá ser explicitado na atividade regulatória dos mais diversos setores. E, isso, com um duplo objetivo: em primeiro lugar para amoldar essa atividade regulatória às exigências dele, desenvolvimento, permitindo a sua adesão aos respectivos planos para tal elaborados. Em segundo lugar para impedir o empolgamento totalitário, por esse objetivo, de todos os demais que a sociedade se coloca, com vistas a evitar possam as várias instituições permanentes da vida econômica serem levadas de roldão por esse empolgamento.

Como sempre o papel da lei é e será fundamental. Uma lei que consagre mais mecanismos procedimentais para a chegada a decisões que equilibrem objetivos e princípios conflitantes, resguardando, ao mesmo tempo, as instituições básicas, para, assim, evitar aquele tipo de legislação que timbra em impor decisões inafastáveis ou soluções adrede estabelecidas por grupos de interesse, quer econômicos, quer políticos.⁷

6. Para uma análise da dicotomia entre instituições e objetivos veja-se Calixto Salomão Filho, *Regulação da Atividade Econômica*, Malheiros Editores, São Paulo, 2001.

7. Para questões de aplicações de leis em campos como os acima descritos, veja-se S. Shavell, "The Optimal Structure of Law Enforcement", in *Journal of Law and Economics*, outubro, 1993 e P. Burrows, "On external costs and the invisible arm of the Law", in *Oxford Economic Papers*, março, 1970.

As agências, essas repartições públicas

EROS ROBERTO GRAU

1. O poder estatal compreende várias funções.

A classificação mais freqüentemente adotada dessas funções é a que – na expressão de Santi Romano¹ – concerne aos ofícios ou às autoridades que as exercem. Trata-se da classificação *orgânica* ou *institucional*, segundo a qual tais funções são a *legislativa*, a *executiva* e a *jurisdicional*.

Se, porém, pretendermos classificá-las segundo critério *material*, teremos: a função *normativa* – de produção das normas jurídicas [= textos normativos]; a função *administrativa* – de execução das normas jurídicas; a função *jurisdicional* – de aplicação das normas jurídicas. Isso tenho observado em textos anteriores, em especial em meu *O direito posto e o direito pressuposto*.²

2. Detinha-me eu a refletir sobre essa questão, preparando o espírito para, atendendo a pedido do Professor Calixto Salomão, escrever um pequeno texto sobre as agências de regulação, quando me vieram à memória os livros de Fradique Mendes sobre a história do Brasil e a gramática portuguesa pelo método confuso.³

Fradique Mendes escreveu esses livros para fazer graça, para divertir-se, divertindo. Seu método de exposição, contudo, acabou sendo expropriado por alguns beletristas do Direito.

O papel aceita tudo, diz um chiste bem amoldável a esses tipos que sobre tudo escrevem, mas que são incapazes de distinguir entre sujeição

1. *Principii di Diritto Costituzionale Generali*, 2ª ed., Milão, Giuffrè, 1974, p. 173.

2. 4ª edição, Malheiros Editores, 2002.

3. *Historia do Brasil pelo methodo confuso*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Editora-Livraria Leite Ribeiro, 1923; *Grammatica Portuguesa pelo methodo confuso*, São Paulo, Editora e Distribuidora "Musa", 1927.

passiva, dever e obrigação, e de explicar a diferença que há entre direito adquirido e ato jurídico perfeito. Tipos que ficariam apavorados se alguém lhes perguntasse o que aparta uma norma jurídica de uma ordem proferida a seus acólitos por um chefe mafioso.

Com a globalização e o neoliberalismo surgiram modismos que se retroalimentam, em autêntico processo de causação circular cumulativa, de modo que revistas jurídicas e editoras, tomadas de uma autêntica volúpia, expõem textos que certamente não passariam pelo crivo de um mediano conselho editorial. Escreve-se para conquistar clientes, essa é a verdade. A pesquisa jurídica desaparece, porque o quanto em seu nome e a seu pretexto se produz não passa de mercadoria exposta à venda.

A aura dos homens da chamada ciência jurídica está definitivamente perdida.

3. Retomo contudo o fio de minha exposição, observando que o vocábulo *poder* é usado para expressar múltiplos significados.

Tomando-o com ênfase no seu aspecto *subjetivo*, a referência aos poderes legislativo, executivo e judiciário importará menção aos *centros ativos de funções*, ou seja, aos *órgãos* incumbidos de sua execução.⁴ Essa classificação das funções estatais é assim feita em razão das finalidades a que se voltam seus agentes – finalidades *legislativas, executivas e jurisdicionais*.

Por outro lado, o vocábulo expressa capacitação para efetivamente realizar ou impor a realização de determinado fim. Quando nos referimos a *poder estatal*, visualizamos o poder – político – juridicamente organizado, de modo que, se o Estado é uma ordem jurídica, o poder estatal é capacitação para a realização dos fins dessa ordem. Neste sentido é que Alessi⁵ menciona *poder estatal: o poder*, no ordenamento estatal, se traduz em uma *função* – mas a idéia de *função* envolve a consideração do poder desde o seu aspecto *material*.

A consideração do poder estatal desde tal aspecto liberta-nos da tradicional classificação das funções estatais segundo o critério *orgânico* ou *institucional*. Assim, repito, desde o critério material, teremos: a *função normativa* – de produção das normas jurídicas [= textos normativos]; a *função administrativa* – de execução das normas jurídicas; a *função jurisdicional* – de aplicação das normas jurídicas.

4. Essa breve exposição encaminha a compreensão do óbvio, ou seja, de que as agências regulatórias são entidades ubicadas no cerne do Poder

4. Cf. Renato Alessi, *Principii di Diritto Amministrativo*, v. I, 4ª ed., Milão, Giuffrè, 1978, pp. 14-15.

5. Ob. cit., p. 3.

Executivo, desempenhando funções administrativas e normativas, estas últimas no exercício de capacidade regulamentar.⁶

Logo, de entidades autárquicas se trata. Nada mais do que isso; nada, absolutamente nada mais do que isso, qual demonstra Celso Antônio.⁷

Esse aspecto foi com maestria examinado por Ricardo Antônio Lucas de Camargo, em ensaio⁸ cujas conclusões são as seguintes:

i) as agências de regulação são autarquias, cujo objeto é a garantia da não interrupção da prestação de serviços que sejam delegados à iniciativa privada;

ii) sendo autarquias, inserem-se na estrutura do Estado, desempenhando função administrativa [e normativa, digo eu], estando ubicadas na órbita do Poder Executivo, que tem como dirigente supremo o respectivo Chefe – o Presidente da República, no âmbito federal, o Governador, no âmbito estadual, e o Prefeito, no âmbito municipal.

5. Sua qualificação como autarquias *sob regime especial* decorre da circunstância de lhes ser assegurada (i) ausência de subordinação hierárquica, (ii) independência ou autonomia administrativa, financeira, patrimonial, de gestão de recursos humanos e técnica e (iii) mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes.

Ocorre que todas essas características são próprias e peculiares às autarquias, salvo as de mandato fixo e de estabilidade de seus dirigentes.

Mas essas inovações são franca e irremediavelmente inconstitucionais.

6. A suposição de que auxiliares menores do chefe do Poder Executivo, dirigentes de autarquias, não possam ser livremente nomeados e exonerados por ele é, mesmo em tese, incompatível com o regime presidencialista.⁹

Mais do que isso, o artigo 84, II, da Constituição do Brasil afirma ser da competência privativa do Presidente da República o exercício da direção superior da administração federal. Daí ser absurda a idéia de que os dirigentes de autarquias seriam titulares de direito a serem mantidos em

6. Sobre capacidade regulamentar e função normativa vide meu *O direito posto e o direito pressuposto*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2002, pp. 167 e ss.

7. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 13ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2001, pp. 132 e ss.

8. *Agências de regulação no ordenamento jurídico-econômico brasileiro*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

9. O STF acolheu esse entendimento no julgamento da liminar requerida na ADIn 1949-0, restringindo porém a demissibilidade de dirigente de agência por Governador de Estado sem justo motivo, o que evidentemente não guarda adequação ao texto da Constituição.

seus cargos além de um mesmo período governamental, o que, na expressão de Celso Antônio,¹⁰ consubstanciaria uma *fraude contra o próprio povo*.

Por isso mesmo, somente ao preço de malabarismos intelectuais inadmissíveis insiste, certa doutrina, na defesa daquelas inovações – o mandato fixo e a estabilidade dos dirigentes autárquicos.

7. A multiplicidade de discursos superficiais produzidos em torno das inovações do neoliberalismo e da globalização em nada contribui para a reflexão sobre o Direito, antes a dificulta.¹¹ O fato é que o açodado transplante de experiências estrangeiras seria perfeito não fosse uma pedra no caminho: a Constituição do Brasil, que – é bom que os *pieichesdi*, com suas gravatas maravilhosas, tomem conhecimento disso – é mais importante até mesmo do que a Lei 8.884...

As agências de regulação, meras autarquias, não passam, na verdade, de *repartições* da Administração, no sentido literal do termo. A Administração é repartida, de modo a obviar-se a sua descentralização. As autarquias são produto dessa repartição, por isso mesmo tendo sido designadas, no passado, “repartições públicas”.

O nome, embora antigo, é adequado, de sorte que, a bem da clareza e da simplicidade, o título desta minha pequena comunicação se justifica plenamente.

10. Ob. cit., p. 136.

11. Para exemplificar, afirmo a certeza de que a imensa maioria dos leitores deste meu texto não tem a menor idéia do que possa ser o ou um “direito pós-moderno”...

Regulação e desenvolvimento

CALIXTO SALOMÃO FILHO

1. Introdução: a concepção econômica tradicional sobre o desenvolvimento. 2. As idéias básicas desenvolvimentistas: 2.1 As principais teorias e seu destino; 2.2 Elementos das análises econômicas úteis para a construção jurídica. 3. A concepção jurídica do desenvolvimento: 3.1 Fundamentos e princípios básicos; 3.2 Princípios desenvolvimentistas na Constituição; 3.3 Princípios regulatórios desenvolvimento e difusão do conhecimento econômico; 3.3.1 Desenvolvimento e redistribuição; 3.3.2 Desenvolvimento e difusão do conhecimento econômico; 3.3.3 Desenvolvimento e cooperação; 3.3.3.1 A cooperação como escolha individual; 3.3.3.2 Condições para a cooperação; 3.3.3.3 Papel do direito no impulso à cooperação; 3.3.3.4 Características regulatórias; 3.3.3.5 Conclusão: cooperação e teoria do conhecimento econômico. 4. Reestruturação da intervenção estatal – O novo Estado desenvolvimentista: 4.1 Esfera pública e esfera privada no campo econômico; 4.2 Planejamento setorial – Regulação para difusão do conhecimento econômico; 4.3 Os órgãos regulatórios – Grupos de pressão e conhecimento econômico. 5. Conclusão: conhecimento, desenvolvimento e democracia econômica.

1. Introdução: a concepção econômica tradicional sobre o desenvolvimento

É desnecessário repetir que a teoria econômica tem sido recentemente excessivamente influenciada por matrizes teóricas econômicas anglo-saxônicas. A consequência mais grave disso se faz sentir exatamente naqueles ramos da teoria econômica que devem tratar de problemas estranhos às preocupações econômicas do mundo saxão. A teoria do desenvolvimento é um excelente exemplo.

Considerada problema menor, se comparado à discussão sobre o funcionamento mais eficiente e produtivo do mercado (questão, de resto, típica de economias desenvolvidas), a questão do desenvolvimento é discuti-