

AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

Neste capítulo, o estudo do poder normativo das agências reguladoras e a discussão em relação à sua legitimidade democrática demonstram, de forma concreta, a importância da releitura do modelo liberal de legalidade e a necessidade de reforço da legitimidade administrativa.

O modelo das agências reguladoras norte-americanas, que se irradia pelo mundo globalizado, inclusive para países de tradição romano-germânica, pode ser utilizado como paradigma de exercício do poder normativo por agências administrativas, localizadas institucionalmente no Executivo, demonstrando a crise representativa do Legislativo. A elaboração de normas por essas agências, para responder à legitimidade necessária, passa por um procedimento que envolve a participação do cidadão.

É importante, no entanto, como em qualquer processo de recepção de direitos¹, analisar a possibilidade de utilização do modelo norte-americano regulatório no ordenamento jurídico brasileiro.²

O Direito Administrativo brasileiro, não obstante a sua origem romano-germânica, buscou nos Estados Unidos, país integrante da família da *commom law*, o modelo de regulação estatal.³ Em verdade, a importação de modelos jurídicos americanos não é exclusividade brasileira, mas uma tendência, boa ou

¹ Segundo demonstra a professora Ana Lucia de Lyra Tavares, a “recepção de direitos” pode ser compreendida como “a introdução, em um determinado sistema jurídico, de regras, noções ou institutos pertencentes a um outro sistema.” TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. “O estudo das recepções de direito”. In: *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Haroldo Valladão*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983, pp. 46-47. A ilustre professora demonstra que a expressão “recepção de direitos” não é aceita de forma tranqüila por toda a doutrina, preferindo alguns autores a utilização de expressões como “transplantes jurídicos”, “migrações jurídicas” ou “importação de direitos”.

² Não se pode olvidar da importância também da influência européia, especialmente de matriz francesa, na feição das agências reguladoras brasileiras. A denominação das agências na França (*autorités administratives indépendantes*), por exemplo, foi consagrada no art. 9º da Lei nº 9.472/97 ao dispor que a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL – atuará como “autoridade administrativa independente”.

³ René David agrupa os direitos, segundo critérios didáticos, em três grandes “famílias”: romano-germânica, *common law* e direitos socialistas. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, 2ª edição, Lisboa: Meridiano, 1978, pp. 44 e segs.

ruim, acentuada em tempos de globalização.⁴ Papachristos, ao tratar da recepção, sob o enfoque da sociologia jurídica, afirma que, geralmente, um país economicamente desenvolvido é utilizado como modelo para os países menos desenvolvidos que procuram recepcionar diversos institutos jurídicos.⁵ Esta circunstância denota a necessidade de aclimação das agências reguladoras ao sistema jurídico brasileiro.

A análise da introdução das agências reguladoras norte-americanas no ordenamento jurídico pátrio, assim como ocorre com a recepção de qualquer modelo estrangeiro, depende da compreensão do sistema jurídico “exportador” e “receptor”, bem como das circunstâncias sociais, políticas e jurídicas vigentes no momento da recepção.

5.1

Origem e evolução das agências reguladoras nos EUA

5.1.1

O Direito Administrativo norte-americano: nascimento das agências reguladoras

O sistema da *common law*, em razão das suas características inerentes, sempre constituiu um obstáculo ao desenvolvimento do Direito Administrativo como ramo jurídico autônomo.⁶ Dentre outros fatores, a idéia da *judicial supremacy*, que atribui ao Judiciário o poder de controle sobre qualquer ato do Poder Público, inexistindo uma jurisdição administrativa especializada nos

⁴ Segundo Mathias Reimann, o direito positivo europeu, especialmente após a Segunda Guerra mundial, vem passando por um processo de “americanização”: “*Depuis la Seconde Guerre mondiale, le droit américain a fourni à l’Europe un modèle tout prêt dans de nombreux domaines du droit.*” REIMANN, Mathias. “Droit positif et culture juridique. L’américanisation du droit européen par réception”. In: *Archives de philosophie du droit. L’américanisation du droit*. Tome 45, Paris: Dalloz, 2001, p. 65.

⁵ Ao tratar da “importação de direitos estrangeiros contemporâneos”, Papachristos destaca o desenvolvimento econômico do país exportador como importante fator da recepção: “*Néanmoins, l’idée même du développement économique exerce une influence favorable à la décision de la réception du droit étranger.*” PAPACHRISTOS, A. C. *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975, p. 52.

⁶ Nesse sentido: CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo comparado*, São Paulo: Bushatsky, Editora da Universidade de São Paulo, 1972, p. 92.

moldes franceses, consubstanciava o principal responsável pelo reconhecimento tardio da autonomia do Direito Administrativo.⁷

As revoluções liberais do século XVIII refletiram de forma diversa na França e nos Estados Unidos. Enquanto a Revolução Francesa de 1789, marcada por uma profunda desconfiança em relação aos juízes, gerou a criação da justiça especializada para a Administração Pública, os revolucionários americanos, desconfiados do Executivo, atribuíram maiores poderes ao Judiciário e ao Legislativo.⁸

Em verdade, o Direito Administrativo norte-americano não pode ser considerado, ao contrário do francês, como um Direito Administrativo revolucionário. O surgimento deste ramo do direito nos Estados Unidos ocorre em virtude da necessidade de atuação crescente do Estado na área social e econômica, notadamente através das agências. Costuma-se dizer, por isso, que o direito administrativo norte-americano é basicamente o “direito das agências”.⁹

A organização administrativa americana se resume às agências.¹⁰ Este modelo organizativo, adotado de forma pioneira¹¹ nos Estados Unidos desde 1887,¹² foi adotado recentemente em alguns países da tradição francesa do Direito Administrativo (v.g: França, Espanha, Argentina).¹³

⁷ Na lição de Caio Tácito: “Sabidamente, foi tardia a acolhida, no direito anglo-saxão, da autonomia do Direito Administrativo. Identificando a disciplina com o regime francês de dupla jurisdição – que interditava aos tribunais comuns o controle da Administração – os autores ingleses, com Dicey à frente, repudiavam o *droit administratif* (expressão que até mesmo se escusavam de traduzir) por incompatível como princípio da supremacia do Judiciário, que era um dos pilares da *rule of law*, em que repousava, na *common law*, o sentido da Constituição e do Estado de Direito.” TÁCITO, Caio. “Presença norte-americana no Direito Administrativo brasileiro”. In: *Temas de Direito Público*, 1º volume, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.15.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 19ª edição, São Paulo: Atlas, 2006, p. 34.

⁹ CARBONELL, Eloisa; MUGA, José Luis. *Agências y procedimiento administrativo em Estados Unidos de América*, Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 22.

¹⁰ - Inicialmente, a organização administrativa nos Estados Unidos era tema estudado na ciência política, sendo considerado estranho ao direito. RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo comparado*, São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 39.

¹¹ Apesar da certidão de nascimento ser americana, não se pode desconhecer que os Estados Unidos sofreram forte influência da organização policêntrica inglesa. Nesse sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 226, nota 18.

¹² A primeira agência reguladora independente nos Estados Unidos foi a *Interstate Commerce Commission* (1887) que tinha por objeto a regulamentação, inicialmente, dos serviços interestaduais de transporte ferroviário. Ela acabou em 1995 quando foi substituída pela *Surface Transportation Board* (STB), criada pelo *Interstate Commerce Commission Termination Act*.

¹³ A formação histórica das agências nos EUA difere da Europa Continental e da América Latina. Enquanto nos E.U.A., a adoção do modelo de agências reguladoras independentes foi justificada pelo crescimento da regulação estatal e da produção legislativa, na Europa Continental e na América Latina as agências foram criadas para a regulação das atividades desestatizadas.

5.1.2

***New Deal* e o boom das agências reguladoras**

Na precisa lição de Cass Sustein, a “agência reguladora moderna”, notadamente após o *New Deal*, “foi o resultado em larga medida da profunda insatisfação com a ordem privada do sistema da *common law* e a distribuição original dos poderes institucionais”.¹⁴

De um lado, as críticas centradas no caráter antidemocrático (contra-majoritário) de criação do direito pelos juízes, questão especialmente importante no sistema da *common law*, em que existe a força do precedente judicial, ganham força durante a chamada *Lochner era*,¹⁵ período da história legal americana (1890 a 1937) em que a Suprema Corte, em nome dos ideais liberais do *laissez-faire*, invalidou diversas tentativas de regulação estatal da economia.

De outro lado, a Grande Depressão, iniciada em 1929 e que tem com uma das causas a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, causa profunda crise na economia americana e coloca em cheque os ideais liberais do não-intervencionismo estatal. Evidencia-se, naquele momento, a incapacidade do mercado se reerguer sozinho e a necessidade de uma regulação estatal.

Nesse quadro, [Franklin D. Roosevelt](#) implementou uma série de programas estatais de caráter intervencionista (*New Deal*). É justamente nesse período que as agências reguladoras ganham força e proliferam nos Estados Unidos.¹⁶

O Estado utilizou-se do modelo das agências reguladoras para promover uma forte intervenção enérgica na ordem econômica e social, corrigindo as falhas do mercado. Buscava-se, com este modelo, especializar a atuação estatal (reconhecia-se ampla discricionariedade técnica e o controle judicial sobre os atos

¹⁴ SUSTEIN, Cass R. “O constitucionalismo após o *New Deal*”. In: MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*, São Paulo: Editora 34, 2004, p. 143.

¹⁵ A nomenclatura advém do julgamento do caso *Lochner v. New York*, [198 U.S. 45 \(1905\)](#), quando a Suprema Corte invalidou uma lei de Nova Iorque que limitava a jornada de trabalho dos padeiros, pois ela violava a liberdade contratual implícita na cláusula do devido processo legal da 14ª. Emenda. Outras decisões posteriores da Suprema Corte também invalidaram as tentativas de interferência estatal na economia, v.g.: *Hammer v. Dagenhart*, [247 U.S. 251 \(1918\)](#), *Adkins v. Children's Hospital*, [261 U.S. 525 \(1923\)](#), *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, 259 U.S. 20 (1922).

¹⁶ Dentre as diversas agências criadas durante o *New Deal*, destacam-se: *Securities and Exchange Commission* (1934), *Social Security Administration* (1935); *Federal Power Commission* (1935); *Federal Communication Commission* (1936); *Soil Conservation Service* (1938); etc.

das agências era restrito) e neutralizar (ou amenizar) a influência política na regulação de setores sensíveis (através, v.g., da previsão de estabilidade aos dirigentes).

Em 1946 é promulgada a Lei de Procedimento Administrativo (*Administrative Procedure Act* – APA), responsável pela uniformização do procedimento decisório, estabelecendo dois tipos de procedimentos: *rulemaking* (normas gerais baixadas pelas agências) e *adjudication* (atos individuais). Isso conferiu maior garantia aos cidadãos, uma vez que os atos das agências poderiam ser considerados ilegais pelos tribunais, caso desobedecida a Lei de Procedimento.

A importância das agências reguladoras pode ser caracterizada tradicionalmente pelo elevado grau de independência em relação ao Executivo e aos demais Poderes. Nelas se concentravam competências típicas dos três poderes institucionalmente constituídos: administrativas (função de administrar interesses), “quase-judiciais” (resolução de conflitos de interesses entre os entes regulados) e “quase-legislativas” (poder para editar normas gerais).

5.1.3

Críticas e desconfiâncias em relação às agências reguladoras: reforço do controle judicial, presidencial e parlamentar

A regulação administrativa, fortemente incrementada durante o *New Deal*, procurava corrigir os problemas da “falha do mercado” (“*market failure*”) ¹⁷, tais como a necessidade de controle dos monopólios, compensação de informações inadequadas, correção de problemas de ação coletiva, correção de “externalidades” (“*externalities*”) ou “custos de transação”¹⁸, redistribuição de renda, dentre outros.

Em que pese a indiscutível importância das agências reguladoras naquele país, ultrapassado o momento crítico que deu origem ao *New Deal*, cresceram as críticas ao modelo de administração por agências independentes. Parcela

¹⁷ - BREYER, Stephen G. et Al.. *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text and Cases*, 6th ed., New York: Aspen Publishers, 2006, pp. 4/11.

¹⁸ - A regulação ambiental é o exemplo clássico de tentativa de tratar os problemas das “externalidades” e dos “custos de transação”. Em um mercado desregulado, o custo do produto não leva em consideração, por exemplo, as conseqüências danosas que a sua fabricação gera ao meio ambiente. BREYER, Stephen G. et Al.. *Op. cit.*, pp. 6/7.

significativa dessas críticas era proveniente da “teoria da captura”, que apontava para o risco de que a regulação fosse capturada pelos entes regulados para satisfazerem apenas os seus interesses privados. Outras críticas foram elaboradas pela teoria econômica da regulação da Escola de Chicago, proposta por George Stigler¹⁹, desenvolvida na década de 70, que também apontava para o risco de que a regulação econômica servisse para a satisfação dos interesses privados dos grupos politicamente influentes.²⁰

Da mesma maneira, surgem críticas já na década de 40 em relação ao enquadramento das agências no modelo tradicional de separação tripartida de funções estatais e no que tange à ausência de responsabilidade eleitoral dos atores das agências.²¹

Na década de 70 inicia-se nos Estados Unidos um amplo processo de desregulação da economia (*deregulation*), em que o Poder Público diminui as restrições impostas a diversos setores econômicos e as agências reguladoras reduzem a intervenção sobre os entes privados.²²

A desconfiança em relação ao modelo regulatório tem como consequência a ampliação do controle exercido pelos poderes constituídos em relação aos atos das agências.

O controle judicial é ampliado através da *hard-look doctrine*²³ que permite ao Judiciário avaliar a legalidade e razoabilidade das medidas regulatórias.²⁴ Desta forma, além do exame da legalidade do procedimento adotado, o Judiciário

¹⁹ Cf. STIGLER, George J., “A teoria da regulação”. In: MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*, São Paulo: Editora 34, 2004, pp. 23-48

²⁰ Para uma análise das teorias da regulação econômica (teoria do interesse público, da captura e econômica), vide: POSNER, Richard A. “Teorias da regulação econômica”. In: MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*, São Paulo: Editora 34, 2004, pp. 49-80.

²¹ SUSTEIN, Cass R. *Op. cit.*, p. 151.

²² Podem ser citados, como exemplos da desregulação, os seguintes atos: [Airline Deregulation Act](#) – ADA (24 de outubro de 1978), [Staggers Rail Act](#) (14 de outubro de 1980) e o [Motor Carrier Act](#) (1º de julho de 1980).

²³ Sobre o controle judicial dos atos das agências reguladoras e a aplicação da “harder-look review” (ou *hard look doctrine*), vide: EDLEY, Christopher F. *Administrative Law: rethinking judicial control of bureaucracy*, Yale University Press, 1990.

²⁴ No julgamento do caso *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), a Suprema Corte havia estabelecido a doutrina da “deferência administrativa”, segundo a qual o Judiciário deveria deixar de invalidar atos das agências quando se tratasse de caso ambíguo (controvertido) e a decisão administrativa tivesse se pautado pela razoabilidade.

poderia verificar a razoabilidade das decisões das agências. A idéia, portanto, é evitar que as escolhas tomadas pelas agências sejam caprichosas ou arbitrárias.²⁵

Quanto ao controle presidencial dos atos das agências, este é intensificado através da atuação do Escritório de Orçamento e Execução (*Office of Management and Budget* – OMB), encarregado de supervisionar as propostas orçamentárias das agências, e do Escritório de Informação e Regulação (*Office of Information and Regulation Affairs* – OIRA), vinculado ao OMB e responsável pela conformidade da atuação das agências com a política traçada pelo Presidente.

Diversas Ordens Executivas foram editadas com o intuito de restringir a autonomia das agências, destacando-se: a) *Executive Orders* nº 12.291 e 12.498, emitidas pelo presidente Reagan: submeteram os atos das agências à prévia aprovação do OMB, diretamente vinculado ao presidente; e b) *Executive Order* nº 12.886/93 (*Regulatory Planning and Review*), emitida pelo presidente Bill Clinton: necessidade de comunicação prévia dos procedimentos regulatórios ao órgão central do Governo (*Regulatory Working Group*).

Por fim, o controle parlamentar foi fortalecido com a necessidade de aprovação pelo Congresso, a partir de 1993, dos projetos e atividades das agências. Os regulamentos se submetiam ao controle prévio (*rules review*) – necessidade de exame do projeto antes de iniciar o procedimento regulatório – e posterior (*legislative veto*).²⁶

Tendo em vista os males da “ossificação” do procedimento regulatório, foi promulgada a Lei sobre Negociação de Regulamentos (*Negotiated Rulemaking Act*) em 1990, permitindo que os próprios titulares de interesses afetados pelo regulamento participem de sua elaboração.

²⁵ - Segundo a doutrina do “hard look”, que procura conter possíveis arbitrariedades na atuação administrativa, as agências devem justificar racionalmente as suas decisões, sob pena de invalidação judicial. BREYER, Stephen G. et Al.. *Op. cit.*, p. 349

²⁶ O “veto legislativo” é instituído em 1996 através do *Congressional Review Act* – CRA. Uma resolução conjunta das duas Casas, aprovada por maioria simples e seguida da sanção presidencial, poderia sustar uma norma regulatória editada pela agência.

5.2. O poder normativo das agências reguladoras americanas: o *rulemaking*

5.2.1

Modalidades de agências administrativas americanas

O termo “agência” nos EUA possui significado amplo, abrangendo, em regra, qualquer entidade da organização administrativa distinta dos “poderes” previstos na Constituição Federal.²⁷ Nada obstante, levando-se em consideração critérios distintos, podem ser apontadas duas classificações de agências americanas.

Em primeiro lugar, quanto ao poder de interferência das agências nos direitos dos cidadãos, as agências são classificadas em: agências reguladoras (*regulatory agency*) e não reguladoras (*non regulatory agency*).

As agências reguladoras exercem, por delegação legislativa, poder normativo e de decisão que afetam direitos dos cidadãos. Ao revés, as agências não reguladoras seriam aquelas típicas do Estado do Social de Direito que se destinam a prestar serviços sociais, ajudando os mais carentes.²⁸

A outra classificação, utilizando-se do critério da destituição dos dirigentes, divide as agências também em duas espécies: agências executivas (*executive agency*) e independentes (*independent regulatory agency or commissions*).

A destituição pelo Presidente dos dirigentes de uma agência executiva é livre, o que não ocorre nas agências independentes, em que a destituição sofre uma série de limitações legais. Essa distinção explica, por exemplo, o amplo poder normativo e decisório das agências independentes. Atualmente, existem algumas agências executivas que recebem amplos poderes administrativos sem a limitação das possibilidades de destituição de dirigentes pelo Presidente (agências quase-independentes), mas essa previsão deve ser vedada ou evitada, pois a

²⁷ CARBONELL, Eloísa; MUGA, José Luis. *Agências y procedimiento administrativo em Estados Unidos de América*, Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 48. Esse conceito amplo foi consagrado na APA, 5 USC, § 551 (1): “agency’ means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency (...)”.

²⁸ CARBONELL, Eloísa; MUGA, José Luis. *Agências y procedimiento administrativo em Estados Unidos de América*, Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 48.

dependência do Presidente retiraria a autonomia e a razão de ser dessas agências que seriam “dependentes” em última análise.²⁹

No que tange à limitação da destituição dos dirigentes das agências, a Suprema Corte no caso *Myers v. United States*³⁰ declarou a inconstitucionalidade da Lei dos serviços de correios que estabelecia que a destituição de alguns administradores só poderia ser feita pelo Senado. A Corte entendeu que o legislador não poderia retirar do Presidente o poder de exonerar dirigentes dessas entidades administrativas.

Mais tarde, a Corte, no caso *Humphrey's Executor v. United States*³¹, admitiu limitações ao poder de exoneração exercido pelo Presidente. Os membros do Federal Trade Commissions tinham “estabilidade reforçada”, pois exerciam mandato de sete anos e só perderiam seus cargos por causas expressamente previstas em lei. A Suprema Corte declarou a constitucionalidade dessa previsão legal e invalidou a exoneração feita pelo Presidente Roosevelt fora dos casos legais.

5.2.2

Lei do Procedimento Administrativo Federal de 1946 (*Federal Administrative Procedure Act* – APA): regulamentos (*rules*) e atos administrativos (*orders*)

A atuação das agências americanas pode ser resumida ao estabelecimento de normas gerais (*rules*) ou decisões concretas (*orders*), ambas previstas na Lei do Procedimento Administrativo Federal de 1946 (*Federal Administrative Procedure Act* – APA).³² Eloísa Carbonell equipara essa dicotomia à distinção entre regulamento e ato administrativo do direito espanhol.³³

²⁹ - Na lição de Eloísa Carbonell: “En definitiva, debe sostenerse que solo pueden considerarse agencias independientes aquellas en las que la libre destitución se condiciona a la existencia de una buena causa, al margen de los poderes delegados”. CARBONELL, Eloísa; MUGA, José Luis. *Agências y procedimiento administrativo em Estados Unidos de América*, Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 51.

³⁰ - 272 US 52 (1926).

³¹ - 295 US 602 (1935).

³² As definições de *rules* e *orders* encontram-se, respectivamente, na APA, 5 USC, § 551 (4) e APA, 5 USC, § 551 (6).

³³ CARBONELL, Eloísa; MUGA, José Luis. *Agências y procedimiento administrativo em Estados Unidos de América*, Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 56.

A diferença entre regulamento (*rules*) e ato administrativo (*orders*) encontra-se em dois critérios: a) temporal: enquanto os regulamentos geram efeitos prospectivos, para o futuro, os atos resolvem conflitos que surgiram no passado; b) generalidade: os regulamentos são abstratos e afetam genericamente os indivíduos; já os atos são particulares, de efeitos concretos.³⁴

As agências administrativas têm opção pela atuação através do regulamento ou ato administrativo, como já asseverou a Suprema Corte americana no julgamento *Securities and Exchange Commission v. Chenery*³⁵.

De um modo geral, a doutrina destaca a vantagem dos regulamentos. Além de permitirem a participação mais ampla dos cidadãos, legitimando a atuação das agências, a adoção de regulamentos permite uma visão global dos problemas, garantindo, via de regra, maior eficiência da decisão. A existência dos regulamentos facilita e agiliza a adoção de decisões individuais posteriores que não precisam seguir algumas formalidades procedimentais.³⁶

Em que pese as citadas vantagens dos regulamentos, algumas “desvantagens” do procedimento regulamentar, notadamente a intervenção do Executivo no procedimento e o formalismo excessivo, fazem com que as agências, atualmente, atuem principalmente através de atos individuais.³⁷

A elaboração dos regulamentos (*rulemaking*) e dos atos individuais (*adjudication*), como se percebe, segue trâmites diferenciados, previstos na APA.

Quanto à elaboração de regulamentos, a APA prevê dois tipos de procedimentos distintos (formal e informal) que variam de acordo com a participação dos cidadãos.

O procedimento formal, resumidamente, exige a participação dos cidadãos em audiências públicas, com a instituição de debates e colheita de provas, e a formalização de expedientes administrativos que fundamentem a decisão tomada.

Por outro lado, no procedimento informal, a participação dos cidadãos se restringe basicamente à emissão de opiniões (*notice-and-comment rulemaking*).

Ao lado dos procedimentos regulamentares adotados pela APA, existem os chamados procedimentos híbridos (*hybrid rulemaking*), previstos em normas específicas de cada agência, que impõem requisitos específicos ao procedimento

³⁴ Op.cit. p. 58.

³⁵ - 332, US 194 (1947).

³⁶ Op.cit. p. 60.

³⁷ Op.cit. p. 60/61.

informal, buscando incrementar a participação do cidadão e, com isso, fortalecer a legitimidade democrática dos regulamentos.³⁸

A doutrina costuma distinguir os regulamentos em quatro espécies: a) regulamentos substantivos ou legislativos (*legislative rules*): regulamentos com força de lei; são fruto de delegações do Legislativo e afetam a situação jurídica dos cidadãos, criando ou modificando direitos; b) regulamentos procedimentais ou organizativos (*procedural rules*): dirigem-se à organização da agência; geram efeitos internos; c) regulamentos interpretativos (*interpretative rules*): visam esclarecer ou explicar o sentido de leis e regulamentos substantivos da própria agência; d) declarações gerais de política (*general statement of policy*): procuram demonstrar, anunciar aos cidadãos as intenções das agências sem qualquer caráter vinculativo.³⁹

O procedimento informal, pela sua facilidade maior de trâmite, é o normalmente exigido e utilizado para a elaboração dos regulamentos.⁴⁰ Conforme já assinalado, a participação do cidadão será uma característica na formulação de todo e qualquer regulamento, mas sua operacionalização e valorização, respeitadas as exigências legais, serão decididas por cada agência.⁴¹ A participação deve ser ampla e por meios diversos (escrito ou oral), possibilitando a manifestação das associações e cidadãos que possam ter interesses afetados, ainda que incidentalmente.

Apesar de não haver essa previsão na APA, as leis especiais exigem, normalmente, que as agências anunciem a intenção de editarem um regulamento, possibilitando o debate da população.⁴² Após o anúncio dessa intenção, a agência pode negociar com os setores interessados o conteúdo do futuro regulamento.

³⁸ CARBONELL, Eloísa; MUGA, José Luis. *Agências y procedimiento administrativo em Estados Unidos de América*, Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 63.

³⁹ Op.cit., pp. 64/65. Cornelius Kerwin cita apenas as três primeiras modalidades: 1) “*legislative or substantive rules*”: são as mais importantes; prescrevem direitos e delineiam políticas; 2) “*interpretative rules*”: as agências demonstram para os cidadãos como elas interpretam as leis e políticas existentes; 3) “*procedural rules*”: definem a organização e o procedimento das agências; demonstram como os cidadãos podem participar da tomada de decisões e na elaboração de regulamentos. KERWIN, Cornelius. *Rulemaking: how government agencies write law and make policy*, 2ª edição, Washington: Congressional Quarterly Inc., 1999, p. 23.

⁴⁰ CARBONELL, Eloísa; MUGA, José Luis. *Agências y procedimiento administrativo em Estados Unidos de América*, Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 62.

⁴¹ APA, 5 USC, § 555.

⁴² CARBONELL, Eloísa; MUGA, José Luis. *Agências y procedimiento administrativo em Estados Unidos de América*, Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 67.

Trata-se de possibilidade incorporada à APA⁴³, através do *Negotiated Rulemaking Act* aprovado em novembro de 1990, que evita ou diminui futuras discussões com os setores regulados.

Uma das principais preocupações atuais é evitar que a participação dos cidadãos no rulemaking seja apenas formal. Isso porque a APA apenas exige que a agência leve em consideração os aspectos mais relevantes, o que confere uma excessiva margem de discricionariedade para a agência, que tem a possibilidade de valorar apenas os interesses dos grupos de pressão mais fortes, enfraquecendo o cidadão (risco da captura da regulação).

Em razão disso, os tribunais vêm exigindo que as agências analisem todas as questões suscitadas pelos cidadãos, devendo motivar as respectivas decisões. Deve haver um procedimento, ainda que informal, de análise e resposta dos argumentos eventualmente apresentados.⁴⁴ Essa linha jurisprudencial que obriga as agências a assegurar a efetividade de participação cidadã nas agências é conhecida como *hard look*.⁴⁵

O procedimento regulamentar híbrido, por sua vez, tem por base o procedimento informal regulado pela APA, acrescido de regras especiais estabelecidas por legislações esparsas. Existem, portanto, diversos “procedimentos híbridos”, um específico para cada agência.

Tais procedimentos surgem a partir de 1970 como uma forma de se superar as falhas dos procedimentos formal e informal, uma vez que aquele seria extremamente complexo e este último não garantiria de maneira adequada a participação do cidadão.⁴⁶ O legislador procura incrementar a participação dos cidadãos e reduzir a discricionariedade das agências, exigindo no procedimento, em princípio, informal, requisitos típicos do procedimento formal, como por exemplo: publicação do texto integral do projeto de regulamento, audiências, etc.

A adjudicação, de lado os seus diversos significados no direito norte-americano, refere-se às decisões administrativas que resolvem controvérsias entre particulares ou entre eles e as agências.⁴⁷

⁴³ APA, 5 USC, § 561 e segs.

⁴⁴ *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe* – 401 US (1971).

⁴⁵ CARBONELL, Eloísa; MUGA, José Luis. *Agências y procedimiento administrativo em Estados Unidos de América*, Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 71.

⁴⁶ CARBONELL, Eloísa; MUGA, José Luis. *Agências y procedimiento administrativo em Estados Unidos de América*, Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 73.

⁴⁷ Op.cit., p. 75.

Assim como o procedimento regulamentar, a adjudicação admite um procedimento formal e informal. A adjudicação formal encontra-se regulada na APA⁴⁸ e exige a realização de audiência em respeito ao devido processo legal. A adjudicação informal, ao seu turno, é regulada por leis específicas das agências e respectivos regulamentos. As especificidades dos procedimentos informais de adjudicação impedem generalizações e um tratamento uniforme. Nesse sentido, Eloisa Carbonell, citando Wagner W. Gardner, afirma: “*Al respecto se afirma que la única generalización válida que puede hacerse es que no puede generalizarse sobre los procedimientos informales.*”⁴⁹

Ao contrário do procedimento regulamentar, em que é oportunizada a participação de todos os interessados diretos ou indiretos, no procedimento de adjudicação admite-se apenas a participação dos interessados diretos na solução da controvérsia. A garantia de imparcialidade na tomada de decisões no processo de adjudicação é garantida, dentre outras maneiras, pela separação das funções de investigação e de decisão.⁵⁰ Ademais, admite-se a utilização de meios alternativos de solução de litígios, com destaque especial para a arbitragem.

5.3

Quadro político-jurídico brasileiro: condições favoráveis à “agencificação” do Direito Administrativo

A década de 90 no Brasil, período em que as agências foram criadas sob a inspiração norte-americana, apresentava as condições sociais, política e jurídicas adequadas para o começo de uma nova era na regulação estatal.

Do ponto de vista político, o quadro era propício em virtude das idéias liberalizantes da economia adotadas e implementadas pelo Governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso. A insatisfação social com a forma ineficiente de atuação do Estado (intervencionista) que não conseguia, dentre outras coisas, reduzir as desigualdades sociais nem diminuir a crise econômica (inflação, etc), fortalecem os ideais de liberalização da economia. Pretendia-se, destarte, remodelar a feição do Estado, diminuindo-se o seu tamanho com a

⁴⁸ APA, 5 USC, § 554 e segs.

⁴⁹ CARBONELL, Eloísa; MUGA, José Luis. *Agências y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 79.

⁵⁰ APA, 5 USC, § 554 (d) e 557.

transferência de inúmeras atividades ao mercado, mas sem que isso significasse um retorno ao modelo clássico do Estado Liberal, pois, agora, o Estado passaria a exercer o seu papel regulador através das agências.

Em conseqüência, como forma de preparação do terreno jurídico para a criação de uma nova forma de regulação estatal, são implementadas diversas modificações na Constituição de 1988 e editadas leis que modificam a feição da ordem econômica brasileira. As alterações legislativas com o intuito de liberalizar a economia podem ser assim resumidas:⁵¹

a) abertura ao capital estrangeiro na Constituição de 1988 (CRFB):

a.1) Emenda Constitucional nº 06/95: i) suprimiu o art. 171 da CRFB que conceituava a empresa brasileira e admitia a outorga a elas de benefícios especiais e preferências; ii) alterou a redação do art. 176, §1º, para permitir que a pesquisa e lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica sejam concedidos ou autorizados a empresas constituídas sob as leis brasileiras, não exigindo o controle do capital nacional.

a.2) Emenda Constitucional nº 07/95: alterou o art. 178 da CRFB, para deixar de exigir que a navegação de cabotagem e interior seja privativa de embarcações nacionais e a nacionalidade brasileira dos armadores, proprietários e comandantes e, pelo menos, de dois terços dos tripulantes.

a.3) Emenda Constitucional nº 36/02: modificou o art. 222, §1º da CRFB e passou a admitir a participação do capital estrangeiro, no limite de até 30 %, nas empresas jornalísticas e de radiodifusão.

b) atenuação dos monopólios estatais:⁵²

b.1) Emenda Constitucional nº 05/95: a nova redação do art. 25, §2º da CRFB permitiu que os Estados-membros concedam às empresas privadas a exploração dos serviços públicos locais de gás canalizado (antes a concessão só poderia ser feita à empresa estatal).

b.2) Emenda Constitucional nº 08/95: o art. 21, XI da CRFB passou a permitir a delegação dos serviços de telecomunicações às entidades

⁵¹ - Sobre o tema, vide: BARROSO, Luís Roberto. “Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática”. In: *Temas de Direito Constitucional*, tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 271/306.

⁵² Recentemente, a Emenda Constitucional nº 49/06 alterou o art. 177, V da CRFB para flexibilizar o monopólio da União em relação aos minérios e minerais nucleares, permitindo que a produção, comercialização e utilização dos radioisótopos sejam transferidas aos particulares sob regime de permissão.

privadas (até a Emenda, a delegação só poderia ser feita à empresa sob controle acionário estatal) e previu a criação de um “órgão regulador”; essa flexibilização já existia em relação aos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

b.3) Emenda Constitucional nº 09/95: a alteração do art. 177, §1º da CRFB autorizou a contratação pela União de empresas estatais e privadas para a execução de diversas atividades ligadas à exploração do petróleo.

c) Instituição do Programa Nacional de Desestatização (PND) pela Lei nº 8.031/90, substituída, posteriormente, pela Lei nº 9.491/97.⁵³

Após as alterações legislativas, liberalizando a economia e diminuindo o próprio tamanho do Estado, optou-se pela adoção do modelo de agências reguladoras para se estabelecer o novo modelo regulatório brasileiro.

A Constituição de 1988, em seu art. 174, já apontava expressamente que o Estado atuava como agente normativo e regulador da atividade econômica.⁵⁴ Ademais, através das Emendas Constitucionais nºs. 8/95 e 09/95, respectivamente, foi prevista a criação de dois “órgãos reguladores” específicos para os setores de telecomunicações (art. 21, XI da CRFB)⁵⁵ e do petróleo (art. 177, §2º, III da CRFB).⁵⁶

É de bom alvitre ressaltar que a Constituição Federal não exigiu ou optou expressamente pelo modelo das agências norte-americanas, mas abriu a possibilidade dessa adoção pelo legislador. Foi exatamente o que ocorreu a partir da década de 90 com a criação das seguintes agências reguladoras: Lei nº

⁵³ O art. 1º da Lei nº 9.491/97 indica os principais objetivos do PND: “I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito; V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

⁵⁴ “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

⁵⁵ “Art. 21. Compete à União: (...) XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.”

⁵⁶ “Art. 177. Constituem monopólio da União: (...) § 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

(...)

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.”

9.427/97 (ANEEL); Lei nº 9.472/97 (ANATEL); Lei nº 9.478/97 (ANP); Lei nº 9.782/99 (ANVISA); Lei nº 9.961/00 (ANS); Lei nº 9.984/00 (ANA); Lei nº 10.233/01 (ANTT e ANTAQ); Medida Provisória nº 2.228-1/01 e Lei nº 10.454/02 (ANCINE).⁵⁷ Em razão disso, a professora Di Pietro aponta a “agencificação”, compreendida como a outorga de função regulatória às agências reguladoras, como uma tendência atual do Direito Administrativo brasileiro.⁵⁸

5.4

A recepção do modelo norte-americano de agências reguladoras independentes e a necessidade de aclimatação: dificuldades e possibilidades

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

5.4.1

Dificuldades

5.4.1.1

Diferenciação dos momentos americano e brasileiro

Em primeiro lugar, é importante notar que o momento de proliferação das agências nos Estados Unidos é diverso do momento da recepção deste modelo regulatório no Brasil.

O fortalecimento das agências americanas, durante o *New Deal*, foi justificado pela idéia do crescimento da regulação estatal e da produção legislativa, com o objetivo de superar a crise instalada especialmente com a Grande Depressão de 1929. Nesse período (década de 30), a Europa e os países da

⁵⁷ Todas as agências citadas foram criadas durante o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso.

⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 19ª edição, São Paulo: Atlas, 2006, p. 54.

América Latina adotaram solução diversa para escapar da crise global: estabeleceram uma política estatizante que afastava a necessidade de criação de agências independentes, pois era o próprio Estado o executor dos serviços públicos e de diversas atividades econômicas.

Somente a partir do período de desestatização, iniciado no Brasil na década de 90, que as agências reguladoras foram recepcionadas pelo sistema jurídico brasileiro.⁵⁹ Logo após a transferência de atividades estatais à iniciativa privada, foram criadas agências para regular o exercício dessas atividades.

Verifica-se, destarte, um aparente paradoxo: enquanto nos Estados Unidos, as agências se multiplicam no momento de fortalecimento do Estado, no Brasil, as agências são instituídas em período de diminuição do intervencionismo estatal. O ponto comum dos dois processos regulatórios é a insatisfação com o modelo estatal adotado tanto nos Estados Unidos (modelo abstencionista) quanto no Brasil (modelo intervencionista), buscando-se um ponto médio ideal de regulação através da regulação leve (*light intervention*).⁶⁰ Em verdade, como se percebe, o paradoxo é apenas aparente, uma vez que o processo de desestatização acarretou uma aproximação das circunstâncias político-econômicas brasileiras e norte-americanas.⁶¹

⁵⁹ Da mesma forma, a Europa só adotou o modelo de agências independentes em razão da desestatização da economia. Diz Alexandre Santos de Aragão: “Na América Latina/Europa, o Estado deixou de prestar ou explorar diretamente (ou através da sua Administração Indireta) a maior parte dos serviços públicos e atividades econômicas que, no entanto, pela sua sensibilidade com os interesses maiores da coletividade, deviam ser objeto de uma regulação independente, inclusive frente aos eventuais ocupantes de cargos públicos.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 228.

⁶⁰ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao abordar os fundamentos políticos da regulação, afirma que a privatização, ocorrida após a II Guerra Mundial com a crise do Estado do Bem-Estar Social, “deixaria de ser um tabu ideológico, abominado pelas radicalizações de esquerda” e passaria a ser “uma opção racional de política pública.” NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito Regulatório*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.84.

⁶¹ Nesse sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 227.

5.4.1.2

Resistências legais e políticas à autonomia reforçada das agências no cenário brasileiro

As agências reguladoras vêm sendo consideradas pela doutrina e pela própria legislação⁶² como autarquias sob regime especial. A especialidade do regime das agências, que as diferenciam das demais autarquias, pode ser resumida a três aspectos, a saber:

a) autonomia normativa na edição de normas técnicas, justificada, segundo alguns autores, na técnica da deslegalização;⁶³

b) autonomia administrativa reforçada, notadamente pela impossibilidade de recurso hierárquico impróprio e pela estabilidade fortalecida dos dirigentes, especialmente em razão dos mandatos a termo, não coincidentes com os mandatos dos Chefes do executivo,⁶⁴ bem como a impossibilidade de exoneração *ad nutum*.⁶⁵ Frise-se que a nomeação dos dirigentes, escolhidos dentre brasileiros de reputação ilibada, formação universitária e especialistas na matéria regulada, segue procedimento peculiar, vez que eles são escolhidos e nomeados pelo Presidente da República, após prévia aprovação do Senado Federal.⁶⁶

⁶² Vide, por exemplo, o art. 1º da Lei nº 9.427/96 (“Art. 1º É instituída a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com sede e foro no Distrito Federal e prazo de duração indeterminado.”) e art. 8º, §2º da Lei nº 9.472/97 (“Art. 8º. Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais. (...) § 2º. A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.”).

⁶³ Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta alguns exemplos de consagração da deslegalização pela legislação das agências, como, por exemplo: art. 2º da Lei nº 9.427/96 (ANEEL), art. 8º da Lei nº 9.472/97 (ANATEL) e art. 7º da Lei nº 9.478/97 (ANP). MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 193 e segs.

⁶⁴ A Lei nº 9.986/00, que dispõe sobre a gestão dos recursos humanos no âmbito das agências reguladoras, estabelece: “Art. 6º O mandato dos Conselheiros e dos Diretores terá o prazo fixado na lei de criação de cada Agência.” (...) “Art. 7º A lei de criação de cada Agência disporá sobre a forma da não-coincidência de mandato.”

⁶⁵ Neste sentido, prevê o art. 9º da Lei nº 9.986/00: “Art. 9º Os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar. Parágrafo único. A lei de criação da Agência poderá prever outras condições para a perda do mandato.”

⁶⁶ Vide art. 5º da Lei nº 9.986/00: “Art. 5º O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele

c) autonomia financeiro-orçamentária fortalecida com a instituição de receitas próprias (“taxas regulatórias”)⁶⁷ e de envio de proposta orçamentária ao Ministério ao qual estão vinculadas.⁶⁸

Diversas oposições à autonomia reforçada das agências americanas também são apontadas no Brasil, notadamente no que tange à autonomia normativa e administrativa.

Quanto à autonomia normativa ampliada das agências, sustentam alguns doutrinadores a violação ao princípio da separação de poderes (*rectius*: funções) e ao princípio da legalidade, pois a “transferência” do poder normativo representaria uma verdadeira “delegação legislativa inominada”⁶⁹ operada pelo legislador em favor de entidade administrativa de natureza autárquica. Na verdade, segundo esse entendimento, a Constituição da República só estabeleceu a possibilidade do Executivo desempenhar poder normativo primário em duas hipóteses: medidas provisórias (art. 62) e leis delegadas (art. 68). Fora essas hipóteses, toda a atividade administrativa seria infralegal.

A fraude ao texto constitucional estaria supostamente na impossibilidade do legislador, sem adentrar no conteúdo do tema regulado, delegar ampla margem de criação do Direito pelas agências quando a Constituição prevê tal mister ao órgão Legislativo.⁷⁰

Ademais, como corolário da separação de poderes e da indelegabilidade de funções, o princípio da legalidade exige que as restrições e condicionantes a direitos sejam previstas em lei. Fortalecer a atuação administrativa em desfavor da legislativa seria um retrocesso às conquistas democráticas.

No que tange à autonomia administrativa, que também vem sofrendo fortes questionamentos, parte da doutrina aponta a possível violação ao art. 84, II da Constituição da República⁷¹, quando se estabelece a estabilidade reforçada dos

nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea *f* do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.”

⁶⁷ Cite-se, por exemplo: art. 47 da Lei nº 9.472/97.

⁶⁸ Vide: art. 49 da Lei nº 9.472/97.

⁶⁹ A expressão é utilizada por Gustavo Binenbojm. *Op. cit.*, p. 277.

⁷⁰ Segundo Gustavo Binenbojm: “a deslegalização constituiria verdadeira fraude ao processo legislativo contemplado na Constituição, erigido pelo constituinte como garantia dos cidadãos.” *Op. cit.*, p. 278.

⁷¹ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;”

dirigentes e a impossibilidade de exoneração *ad nutum*.⁷² De outro lado, também se questiona a constitucionalidade da não coincidência dos mandatos dos dirigentes das agências com o mandato do Chefe do Executivo por aparente violação ao princípio republicano.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, entende que essa não coincidência de mandatos viola o princípio republicano, que tem como essência a temporariedade dos mandatos, pois, ao permitir que um dirigente escolhido por um determinado governante mantenha-se no cargo no governo seguinte, acarretaria uma prorrogação indireta e disfarçada do mandato daquele governante que continuaria exercendo seu poder durante o novo governo eleito democraticamente. Impedir que o novo Chefe do Executivo eleito possa escolher os dirigentes das entidades administrativas, como ocorre nas agências reguladoras, seria, nas palavras deste importante autor, uma “fraude contra o próprio povo”.⁷³

5.4.2

Possibilidades

5.4.2.1

Deslegalização: ausência de delegação legislativa, a revogação diferida e limites constitucionais

Quanto à autonomia normativa, a tese da deslegalização, como já assinalado anteriormente, é apontada por diversos autores como fundamento para o exercício do poder normativo pelas agências.

Em que pese o brilhantismo dos autores que não acolhem a tese da deslegalização, parece não haver qualquer contrariedade deste fenômeno com o texto constitucional.

⁷² O Supremo Tribunal Federal, como será analisado adiante, já considerou legítima a impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos dirigentes das agências reguladoras. Vide: STF, ADInMC nº 1.949/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 18/11/1999, Tribunal Pleno, DJ 25-11-2005.

⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 21ª. edição, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 168.

Não há que se falar aqui em delegação em branco ou inominada, como sustenta, por exemplo, Gustavo Binzenbojm⁷⁴, pois a lei deslegalizadora aponta parâmetros e princípios que nortearão a atuação normativa da agência.

Na verdade, inexistente delegação propriamente dita. Da mesma forma que os regulamentos de execução não são editados como fruto de uma delegação legislativa, mas sim como fruto do poder administrativo autônomo, exercido dentro da moldura legislativa, os atos normativos das agências também vão ser editados dentro dos parâmetros legais. Em consequência, quanto mais aberta for a textura da lei, maior será a discricionariedade no exercício das competências normativas das agências. Seria mais adequado, nesse raciocínio, falar-se em atribuição de competência pelo legislador ao administrador e não em delegação.⁷⁵

Trata-se, destarte, de atividade de execução da vontade da lei, em que existe uma liberdade ampliada para o administrador na escolha dos meios e das técnicas a serem utilizadas para alcançar os objetivos já traçados na legislação. Para usar as palavras de Marcos Juruena Villela Souto, a lei apenas atribui ao regulador “o papel de preencher a moldura com conhecimentos técnicos à luz da realidade em que a lei vai ser aplicada.”⁷⁶

A deslegalização, por esse raciocínio, não enseja a formulação pelas agências de atos normativos equiparados à lei. Não se trata, com efeito, das delegações legislativas expressamente previstas na Constituição (art. 68) ou na edição pelo Executivo de atos normativos “com força de lei” (art. 62). A atividade normativa das agências tem caráter infralegal. Eduardo Garcia de Enterría, ao diferenciar a delegação receptícia da deslegalização, aponta que, naquela, o ato normativo do Executivo terá força de lei e será produzido em um único momento, enquanto, na deslegalização, os atos normativos produzidos pela Administração terão natureza “regulamentar” e serão desenvolvidos em momentos diversos.⁷⁷

De outro lado, não pode prosperar a idéia de que o ato normativo da agência seria equivalente a um verdadeiro e vedado regulamento autônomo.

⁷⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 277.

⁷⁵ Essa é a posição do professor Alexandre Santos de Aragão, apoiado em Leon Duguit. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 423.

⁷⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*, 2ª. edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 51.

⁷⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Legislacion delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 3ª. edición, Madrid: Civitas, 1998, p. 221/222.

Em primeiro lugar, como salientado anteriormente, a dicotomia feita pela doutrina entre regulamento autônomo e executivo deve ser compreendida adequadamente. Não existe a possibilidade de uma atuação administrativa meramente executiva, pois toda a atividade interpretativa e de aplicação da lei passa necessariamente pela criação do Direito. Daí que todo regulamento administrativo tem um caráter, maior ou menor, de criação do Direito.

A diferenciação entre os regulamentos autônomos e os executivos passaria, destarte, pela necessidade ou não de atuação prévia do legislador como forma de habilitar a atuação administrativa. A existência de lei seria imprescindível para a edição dos regulamentos em geral (executivos), existindo casos excepcionais de edição de regulamentos com fundamento direto na Constituição da República (autônomos).

Disso se conclui que os atos normativos das agências só podem ser considerados como executivos, pois possuem fundamento na própria lei deslegalizadora.

Frise-se, ainda, inexistir “reserva de regulamento” na técnica da deslegalização, pois nada impede que o legislador, que atribui liberdade normativa ampla através da lei deslegalizadora, volte a tratar diretamente da matéria deslegalizada.⁷⁸

Note-se, ainda, que o exercício da competência normativa por parte das agências deve receber um reforço de legitimidade, quando a lei deslegalizadora prevê a participação dos cidadãos na discussão e elaboração de normas regulatórias.

A deslegalização acarreta uma situação peculiar que merece ser salientada neste momento. Trata-se da eventual contradição entre uma norma editada pela agência reguladora e a legislação anterior. Como visto, a deslegalização opera um verdadeiro rebaixamento da hierarquia normativa em relação ao tratamento de determinado assunto que deixa de ser regulado por leis e, por vontade do próprio legislador, passa a ser tratado no âmbito dos atos normativos administrativos.

Nesses casos, deve ser privilegiado o ato normativo da agência em detrimento da legislação anterior, mas isso não significa que o ato administrativo tenha primazia sobre a lei. Definitivamente não é isso que ocorre. A lei

⁷⁸ ROIG, Antoni. *La deslegalización: orígenes y límites constitucionales*, en Francia, Itália y España, Madri: Dykinson. 2003, p. 25 e 194.

deslegalizadora, ao efetivar o rebaixamento hierárquico apontado, possibilita que todo o tratamento da matéria por ela especificada seja efetivado pela agência. A revogação da legislação anterior, por certo, não é operada diretamente pelo ato administrativo normativo, mas sim pela própria lei deslegalizadora que, utilizando-se do ato normativo da agência, opera uma verdadeira revogação diferida no tempo. Na precisa lição de Eduardo Garcia de Enterría:

“Una Ley de deslegalización opera como *contrarius actus* de la Ley anterior de regulación material, pero no para innovar directamente esta regulación, sino para degradar formalmente el rango de la misma de modo que pueda ser modificada en adelante por simples Reglamentos.”⁷⁹

Na doutrina nacional, da mesma forma, alguns autores apontam para o fenômeno da revogação diferida no tempo operada pela lei deslegalizadora. Neste sentido, Alexandre Santos de Aragão afirma:

“Ao nosso ver, portanto, não é propriamente o regulamento que revoga a lei anterior. Ele é apenas o instrumento que, dentro do princípio da *lex posterior derogat priori*, se vale a lei posterior para, diferida e dinamicamente, revogar a lei anterior, adequando a disciplina jurídica existente no momento em que entrou em vigor à cambiante realidade social.”⁸⁰

No mesmo sentido é a lição de Marcos Juruena Villela Souto ao explicitar que a deslegalização não significa que um ato administrativo normativo regulatório possa revogar uma lei anterior. A revogação seria ultimada pela própria lei deslegalizadora, sendo diferida apenas a eficácia da revogação ao momento da edição da norma regulatória que definirá o conteúdo da regulação:

“A revogação da lei pode ocorrer com a edição de norma superior que modifica a competência da autoridade encarregada de fixar os novos conceitos oriundos da interpretação técnica; a eficácia da revogação é que pode ser diferida para o momento em que o regulador, munido de amparo legal, edita a norma regulatória”.⁸¹

Portanto, tendo em vista que a revogação da legislação anterior é efetivada pela lei deslegalizadora e não pela norma regulatória baixada pela agência,

⁷⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 3ª. edición, Madrid: Civitas, 1998, p. 220.

⁸⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 423.

⁸¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*, 2ª. edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 54.

mantém-se intacto o princípio da hierarquia da lei em relação aos demais atos normativos da Administração.

Outra questão interessante dentro da questão da deslegalização, consiste em resolver eventual conflito normativo entre um regulamento presidencial e um ato normativo da agência reguladora.

Alguns autores, como visto, admitem que todas as entidades administrativas (e não apenas o Chefe do Executivo) tenham competência para editar regulamentos, o que decorre, dentre outras coisas, da descentralização administrativa e da função reguladora da Administração (art. 174 da Constituição da República).⁸²

Dessa afirmação, resulta uma classificação dos regulamentos que leva em conta o órgão ou entidade administrativa que o edita. Nessa linha de raciocínio, o regulamento pode ser considerado como gênero do qual são espécies o regulamento presidencial, formalizado por decreto⁸³, e o regulamento setorial, editado por outros órgãos ou entidades administrativas que regulam um determinado setor econômico ou social.⁸⁴

Questão interessante é saber qual espécie normativa (regulamento presidencial ou setorial) deve prevalecer em caso de eventual conflito, especialmente quando o regulamento setorial é editado por agências reguladoras.

Parte da doutrina sustenta a prevalência dos regulamentos presidenciais sobre os setoriais. Esse é o entendimento da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, partindo da premissa de que o poder regulamentar seria exercido com exclusividade pelo Chefe do executivo, admitindo-se a delegação desse poder apenas na hipótese do art. 84, IV, a da Constituição da República, entende que as agências não poderiam baixar unilateralmente regras de conduta, impondo deveres e obrigações. Segundo a ilustre administrativista, os regulamentos regulatórios teriam um alcance muito restrito, uma vez que apenas seriam admitidos os

⁸² Nesse sentido: TACITO, Caio. “Comissão de Valores Mobiliários. Poder regulamentar”, In: Temas de Direito Público: estudos e pareceres, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 1079. BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, pp. 154 e segs.

⁸³ A doutrina, de um modo geral, concorda que o decreto é o meio adequado para se formalizar os atos do Chefe do Executivo: atos gerais (regulamentos) e concretos.

⁸⁴ Sobre essa classificação, vide: BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 156.

denominados “regulamentos administrativos ou de organização”, hierarquicamente inferiores à legislação e aos regulamentos presidenciais.⁸⁵

Por outro lado, alguns doutrinadores, como Gustavo Binenbojm⁸⁶, afirmam que os regulamentos setoriais preponderam sobre os regulamentos presidenciais não por um critério de hierarquia, já que ambos os regulamentos estariam no mesmo patamar hierárquico, mas em decorrência do critério da especialidade. A partir do momento em que se admite que o poder regulamentar não é exclusividade do Chefe do Executivo, mas pode ser exercido por outros órgãos e entidades administrativas, com fundamento na própria Constituição da República, como visto anteriormente, o critério hierárquico perde o sentido (princípio da concordância prática). Em conseqüência, deve-se recorrer a outro critério de resolução de antinomias jurídicas: critério da especialidade. Tendo em vista que o regulamento setorial é editado para regular uma situação específica, inerente à área da agência reguladora, este deverá prevalecer, pois será considerado especial em relação ao regulamento presidencial.⁸⁷

Em verdade, essa segunda corrente doutrinária parece ter razão. Apesar de não se tratar de regulamento propriamente dito, como já assinalado, o ato normativo da agência tem caráter regulatório e fundamento em disposição constitucional (art. 174 da Constituição da República). Já o regulamento presidencial tem fundamento em dispositivo constitucional diverso: art. 84, IV da Constituição da República. Levando-se em consideração, portanto, que ambos atos normativos possuem assento constitucional, a resolução da antinomia não pode ser implementada pelo critério da hierarquia, mas sim pelo critério da especialidade, prevalecendo, neste caso, o ato regulatório da agência.

Por derradeiro, não se pode ignorar que a técnica da deslegalização encontra limites constitucionais.

É essencial que lei deslegalizadora estabeleça parâmetros para a atuação do administrador, pois seria inconcebível uma “deslegalização geral de todo o bloco de legalidade”.⁸⁸

⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, 5ª edição, São Paulo: Atlas, 2005, p. 212.

⁸⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 156.

⁸⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 156.

⁸⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Legislacion delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 3ª. edición, Madrid: Civitas, 1998, p. 223.

Neste ponto, adotando a posição do professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁸⁹, podem ser apontados os seguintes limites:

a) casos de “reserva legislativa específica” previstos pela Constituição Federal⁹⁰: referem-se às matérias indicadas pelo Constituinte que só podem ser tratadas por lei formal, como, v.g., o art. 5º, VI, VII, VIII, XII, da CRFB;

b) matérias que devem ser reguladas por lei complementar não admitem deslegalização, pois encerram verdadeiras reservas legislativas específicas, além das matérias que devem ser legisladas com caráter de normas gerais (ex: art. 24, §§ 1º e 2º da CRFB), tendo em vista que essas últimas possuem alcance federativo, abrangendo Estados-membros e Municípios;

c) por fim, as medidas provisórias, além de não poderem deslegalizar nos casos acima referidos (reserva legislativa específica, reserva de lei complementar e reserva para editar normas gerais de alcance federativo), devem respeitar os requisitos constitucionais da relevância e urgência, vez que estes encerram conceitos jurídicos indeterminados passíveis, portanto, de controle judicial. Ademais, não pode deslegalizar por medidas provisórias as matérias para as quais esteja vedado o uso dessa espécie normativa (atr. 62, I, II, III e IV da CRFB), bem como, nos casos cabíveis, quando editada a medida provisória deslegalizadora, esta deve respeitar o ciclo constitucional de legitimação que ocorre com a sanção legislativa (art. 60, § 3º da CRFB).

5.4.2.2

Autonomia administrativa: estabilidade reforçada dos dirigentes e impossibilidade do recurso hierárquico impróprio

A autonomia administrativa, como visto, pode ser caracterizada, em primeiro lugar, pela impossibilidade do chamado recurso hierárquico impróprio⁹¹,

⁸⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p.170 e segs.

⁹⁰ Nesse sentido também se posiciona Eduardo García de Enterría: “Por su naturaleza, parece que puede afirmarse con firmeza que la técnica deslegalizadora no es aplicable a las materias constitucionalmente reservadas a la Ley”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Legislacion delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 3ª. edición, Madrid: Civitas, 1998, pp. 223/224.

⁹¹ Segundo leciona Di Pietro, recurso hierárquico impróprio é aquele “dirigido a autoridade de outro órgão não integrado na mesma hierarquia daquele que proferiu o ato.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, 19ª edição, São Paulo: Atlas, 2006, p. 702.

cujo efeito é vedar, em princípio, o reexame das decisões da agência, tornando-a responsável pela última palavra na esfera administrativa, notadamente quanto à resolução de conflitos entre os entes regulados. Todavia, essa impossibilidade, segundo Marcos Juruena Villela Souto⁹², seria apenas para questões de mérito, sendo viável, excepcionalmente, a de interposição de recurso hierárquico impróprio quando fundamentado em ilegalidade praticada pela agência.

De outro lado, a autonomia administrativa refere-se à estabilidade dos dirigentes, nomeados pelo Chefe do Executivo e aprovados pela respectiva Casa Legislativa.⁹³ Essa estabilidade diferenciada é caracterizada pelo exercício de mandato a termo⁹⁴, não coincidente com o mandato do agente político⁹⁵, bem como pela impossibilidade de exoneração *ad nutum*.⁹⁶ O STF, no julgamento da ADIN nº 1949/RS, após declarar a inconstitucionalidade de dispositivo de lei estadual que admitia a exoneração de dirigentes das agências pela Assembléia Legislativa, asseverou: “A investidura a termo - não impugnada e plenamente compatível com a natureza das funções das agências reguladoras - é, porém, incompatível com a demissão *ad nutum* pelo Poder Executivo.”⁹⁷

A não coincidência dos mandatos dos dirigentes das agências com os mandatos dos Chefes do Executivo gera polêmicas na doutrina. Alguns autores, como Celso Antônio Bandeira de Mello, entendem que essa previsão contraria o

⁹² Nas palavras do autor: “Como se trata de autonomia para agir dentro da Constituição, ultrapassar tais limites pode ensejar o desfazimento do ato por recurso hierárquico impróprio. O Chefe do Poder Executivo, no exercício da ‘direção superior Administração’ (CF, art. 84, II), pode declarar a nulidade do ato (mas não pode rever o ato – no sentido de substituir a valoração do ato). SOUTO, Marcos Juruena Villela. “Extensão do poder normativo das agências reguladoras”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Coord.), *O poder normativo das agências reguladoras*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 141/142.

⁹³ A nomeação está prevista no art. 5º da Lei nº 9.986/00, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras: “O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea *f* do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.” A participação do Legislativo na nomeação de dirigentes de entidades administrativas pelo Executivo tem previsão no art. 52, III da CRFB.

⁹⁴ Art. 6º da Lei nº 9.986/00: “O mandato dos Conselheiros e dos Diretores terá o prazo fixado na lei de criação de cada Agência.”

⁹⁵ Art. 7º da Lei nº 9.986/00: “A lei de criação de cada Agência disporá sobre a forma da não-coincidência de mandato.”

⁹⁶ Art. 9º da Lei nº 9.986/00: “Os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.” Nada impede que as leis especiais das agências estabeleçam outras hipóteses de perda do cargo. (Art. 9º, parágrafo único, da Lei nº 9.986/00).

⁹⁷ STF, ADInMC nº 1.949/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 18/11/1999, Tribunal Pleno, DJ 25-11-2005.

princípio republicano que estabelece a temporariedade dos mandatos políticos, pois permite que os governantes derrotados nas urnas continuem a exercer influência sobre o governo sucessor. Nessa linha de raciocínio, a garantia dos mandatos dos dirigentes só ocorreria dentro do período governamental em que houve a nomeação.⁹⁸

Em sentido contrário, Marcos Juruena Villela Souto, dentre outros, entende não haver qualquer inconstitucionalidade nessa previsão legal, já que os dirigentes são independentes e responsáveis por decisões técnicas (e não políticas), além dos órgãos colegiados das agências serem formados por “várias correntes de pensamento da sociedade”, o que garantiria legitimidade.⁹⁹

Esta realmente parece ser a melhor posição, especialmente pelo objetivo regulatório de “despolitizar” a área regulada. Em verdade, o próprio Chefe do Executivo, responsável pela nomeação do dirigente da agência, não possui poder (formal) de ingerência e pressão, uma vez que a legislação veda a exoneração *ad nutum*. Com isso, não há que se falar em prorrogação indireta e disfarçada do mandato do Chefe do executivo.

Por fim, outro aspecto demonstrativo da autonomia diferenciada das agências reside, dentre outras formas de receitas, na possibilidade de instituição das chamadas “taxas regulatórias” (v.g.: art. 47 da Lei nº 9.472/97) e de envio de proposta orçamentária ao Ministério ao qual estão vinculadas (v.g.: art. 49 da Lei nº 9.472/97).

Apesar das polêmicas atinentes à natureza jurídica das “taxas regulatórias”, grande parte da doutrina¹⁰⁰ tem feito distinção em relação ao tipo de agência reguladora. Quando se tratar de agência reguladora de serviços públicos ou de exploração de atividade privada monopolizada, a “taxa” não terá natureza tributária, mas sim contratual, uma vez não existir o exercício do poder de polícia, que incide sobre atividades privadas, nem serviços públicos prestados às concessionárias. A “taxa”, *in casu*, servirá apenas para ressarcir as despesas com a fiscalização das normas contratuais e legais. Ao revés, no caso de agência reguladora de atividade típicas da iniciativa privada, a “taxa” terá efetivamente

⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 14ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 168/169.

⁹⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.*, pp. 128.

¹⁰⁰ Nesse sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, pp. 332 /333. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*, 2ª. edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 259/260.

natureza tributária, tendo em vista o exercício do poder de polícia (art. 145, II CRFB e art. 78 do Código Tributário Nacional).

Como se vê, as características conferidas pelas leis instituidoras das agências reguladoras, geram discussões quanto à juridicidade dessas entidades administrativas. Em contrapartida, verifica-se no tratamento legal das agências a consagração de importantes tendências modernas do Direito Administrativo que procuram superar eventuais rejeições desse modelo jurídico.

Às agências, compostas preferencialmente por especialistas do assunto a ser regulado, são destinadas as decisões de caráter técnico (discricionariedade técnica, segundo alguns autores), o que permite um melhor atendimento do princípio da eficiência administrativa (art. 37, *caput*, da CRFB). O risco da “captura”, ou seja, de que apenas os interesses dos agentes regulados seriam atendidos na regulação, pode ser afastado pela qualificação dos dirigentes das agências¹⁰¹ e através dos mecanismos de controle à disposição do Executivo.¹⁰²

O grande desafio, no entanto, enfrentado pelas agências reguladoras situa-se na superação do seu aparente déficit democrático. A possibilidade de que agentes públicos tecnocratas e sem responsabilidade política possam, de forma autônoma em relação aos representantes do povo, decidir questões de grande relevância social, colocam no centro da discussão hoje a legitimidade desse modelo institucional.

Em razão dessa celeuma, tem-se defendido a legitimidade dessas entidades através, principalmente, da participação dos agentes regulados e dos administrados em geral na tomada das decisões administrativas das agências¹⁰³, assim como na elaboração das normas regulatórias.¹⁰⁴ O princípio da participação administrativa deve ser um parâmetro imposto como um dever à atuação das

¹⁰¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.*, p. 260.

¹⁰² Averba Alexandre Santos de Aragão: “A autonomia não pode servir para isentá-las da obrigação de se inserirem nos planos e diretrizes públicas gerais. Se fossem colocados em compartimentos estanques, a descentralização revelar-se-ia antitética aos valores de eficiência e pluralismo que constituem o seu fundamento.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p.355.

¹⁰³ Na regulação do setor de telecomunicações, a Lei nº 9.472/97 estabelece, em vários dispositivos, a necessidade de submissão do ato da agência à prévia consulta pública, destacando-se: art. 19, III (submete diversos atos à prévia consulta pública), art. 89, II (a minuta do instrumento convocatório será submetido à prévia consulta pública) e art. 195 (o modelo de reestruturação e desestatização das empresas enumeradas no art. 187 deve ser submetido a consulta pública).

¹⁰⁴ Cite-se, v.g., o art. 42 da Lei nº 9.472/97: “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.”

agências, garantindo-se, com isso, a legitimidade e a eficiência de suas decisões. Não se trata apenas de se garantir a realização de consultas públicas e audiências públicas, mas efetivamente do dever de se analisar as opiniões dos administrados, motivando as decisões. Ademais, a tomada das decisões é precedida da ponderação de interesses por parte da agência, o que faz transparecer o seu caráter preponderantemente consensual ao invés de impositivo.

5.4.2.3

Recepção do modelo regulatório norte-americano pelo ordenamento brasileiro: considerações finais

Após as considerações abordadas neste estudo, pode-se concluir que as agências reguladoras brasileiras foram inspiradas no modelo das *independent regulatory agencies* norte-americanas.¹⁰⁵

Algumas dificuldades são inerentes à recepção desse modelo jurídico concebido originariamente em um país de tradição da *common law*. Outras dificuldades, que, aparentemente, seriam comuns ao Brasil e aos Estados Unidos, tendo em vista a consagração de princípios constitucionais idênticos, v.g., a separação de poderes e o princípio da legalidade, devem ser tratadas à luz da realidade jurídica de cada país.

Pode-se afirmar, contudo, que o fenômeno da recepção de modelos jurídicos típicos de países da *common law* por países de tradição romano-germânica não representa uma exclusividade brasileira. Trata-se de uma tendência do mundo globalizado e interligado. Nesse contexto, a doutrina, ao lado dos juízes, assume papel de destaque no processo de aclimação do modelo jurídico importado. Na lição de Jean Rivero:

“A tendência geral é no sentido de aproximação dos direitos anglo-saxônicos e continentais. (...)”

¹⁰⁵ Na lição do Ministro Joaquim B. Barbosa Gomes: “Nossas agências configuram, portanto, uma importação de um conceito, de um formato e de um modo específico de estruturação do Estado. Faltam-lhes, contudo, e isso poderá lhes ser fatal no curso do seu amadurecimento institucional, um maior rigor na delimitação de seus poderes e na compatibilização destes com os princípios constitucionais.” 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, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 94.

Nesse contexto de aproximação das famílias jurídicas americanas e européias, a doutrina assume papel fundamental: “Os doutrinadores são, cada um a sua maneira, os responsáveis pela unidade dos direitos, os fatores determinantes dessa unidade.”¹⁰⁶

A realidade atual brasileira, especialmente após a primeira sucessão presidencial, depois de criadas as agências, demonstram a necessidade de amadurecimento institucional das questões polêmicas em torno do tema. O que se verifica, hoje, é uma tentativa de enfraquecimento das agências sem a utilização do processo democrático que deve nortear eventuais mudanças do modelo regulatório. Ao invés de alterações legislativas, do debate democrático e da análise judicial dos problemas apontados, procura-se retirar o poder das agências através de subterfúgios, como, v.g., a nomeação de dirigentes por razões políticas, sem a observância das qualificações técnicas, e, até mesmo, a ausência de nomeação desses dirigentes, impedindo a tomada de decisões deliberativas no seio das agências.¹⁰⁷

É preciso, portanto, encarar o problema, amadurecer institucionalmente o debate e encontrar possíveis soluções para a aclimatação das agências reguladoras ao ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁰⁶ RIVERO, Jean. *Op. cit.*, São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 167. Da mesma forma, René David aponta para a tendência de aproximação entre as famílias da *common law* e da tradição romano-germânica. DAVID, René. *Op. cit.*, p. 48.

¹⁰⁷ - Nesse sentido foi a conclusão do editorial “destruição das agências” do jornal O Estado de São Paulo de 05/06/2006: “O presidente Luiz Inácio Lula da Silva criticou as agências reguladoras logo no começo de seu governo. Passados três anos e meio, ele parece estar vencendo a guerra sempre intensa, ainda que nunca declarada, que moveu contra elas. Quando pôde, usou critérios políticos nas nomeações de diretores, sujeitando a conveniências partidárias e eleitorais o sistema regulatório da infra-estrutura. Pôs em risco, assim, atividades básicas para a economia e para normalidade da vida brasileira. Mas foi além da distribuição política de cargos e deixou as agências serem sufocadas por falta de recursos e, no final, também por falta de direção. Estão incompletas as diretorias de várias agências. Algumas têm apenas três diretores, número mínimo para deliberação.”