O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua Recepção pelo Direito Brasileiro

Rafael Carvalho Rezende Oliveira
Procurador do Município do Rio de Janeiro. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ. Professor de Direito Administrativo da EMERJ, bem como dos cursos de Pós-graduação da FGV e da Universidade Candido Mendes.

1. PLANO DE TRABALHO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o fenômeno da recepção do modelo norte-americano de agências reguladoras pelo ordenamento jurídico brasileiro.[1]

Segundo demonstra a professora Ana Lucia de Lyra Tavares, da disciplina "Recepção de Direitos e Circulação de Modelos Jurídicos", 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."[2] Tal fenômeno compreende um movimento de direção única do

[1] Não se pode olvidar a 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".

[2] 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, p. 46-47. A ilustre professora demonstra que a expressão "recepção de direitos" não é aceita de forma tranquila por toda a doutrina, preferindo alguns autores a utilização de expressões como "transplantes jurídicos", "migrações jurídicas" ou "importação de direitos".

sistema jurídico exportador para o receptor, não se confundindo com a denominada "circulação de modelos jurídicos" que pressupõe um retorno do instituto ao sistema originário, mas com elementos novos.[3]

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.[4] Em verdade, a importação de modelos jurídicos americanos não é exclusividade brasileira, mas uma tendência, boa ou ruim, acentuada em tempos de globalização.[5] 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.[6] Esta circunstância denota a necessidade de aclimatação 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.

---

[3] TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. "Notas sobre as dimensões do Direito Constitucional comparado". *In*: **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro: Departamento de Direito da PUC-RJ, nº 14, 1999, p. 94.

[4] 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, p. 44 e segs.

[5] 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.

[6] Ao tratar da "importação de direitos estrangeiros contemporâneos", Papachristos destaca o desenvolvimento econômico do país exportador como importante fator da recepção: *"Néanmoins, l'idée mème 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: Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975, p. 52.

Serão observados os seguintes passos neste trabalho:

1º) análise das características e da evolução das agências reguladoras nos EUA;

2º) abordagem do quadro jurídico-político receptor (Brasil);

3º) apontamentos sobre algumas polêmicas em relação à adequação das características das agências e o modelo constitucional brasileiro.

2. ORIGEM E EVOLUÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NOS EUA

O sistema da *common law*, em razão das suas características inerentes, sempre constituiu um obstáculo ao desenvolvimento do Direito Administrativo como ramo jurídico autônomo.[7] 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 moldes franceses, consubstanciava o principal responsável pelo reconhecimento tardio da autonomia do Direito Administrativo.[8]

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.[9]

---

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

[8] 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 principio 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.

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

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".[10]

A organização administrativa americana se resume às agências.[11] Este modelo organizativo, adotado de forma pioneira[12] nos Estados Unidos desde 1887,[13] foi adotado recentemente em alguns países da tradição francesa do Direito Administrativo (*v.g*: França, Espanha, Argentina).[14]

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".[15]

[10] CARBONELL, Eloísa; MUGA, José Luis. **Agências y procedimiento administrativo em Estados Unidos de América**, Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996. *Apud* 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. 196.

[11] 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: Revista dos Tribunais, 1995, p. 39.

[12] 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.

[13] 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*.

[14] A formação histórica das agências nos EUA difere daquelas 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.

[15] 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.

De um lado, as críticas centradas no caráter antidemocrático (contramajoritário) 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*,[16] período da historia 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 se proliferam nos Estados Unidos.[17]

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 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 unifor-

[16] 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).

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

mização 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).

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 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 Stigler[18], 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.[19]

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.[20]

---

[18] 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, p. 23-48

[19] 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, p. 49-80.

[20] SUSTEIN, Cass R. *Op. cit.*, p. 151.

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.[21]

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***[22] que permite ao Judiciário avaliar a legalidade e razoabilidade das medidas regulatórias.[23] Desta forma, além do exame da legalidade do procedimento adotado, o Judiciário poderia verificar a razoabilidade das decisões das agências.

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

[21] 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).

[22] Sobre o controle judicial dos atos das agências reguladoras e a aplicação da "*harder-look review*", vide: EDLEY, Christopher F. A**dmnistrative Law: rethinking judicial control of bureaucracy**, Yale University Press, 1990.

[23] 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.

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***).[24]

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.

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 ideias 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 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.

[24] 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.

Em consequência, 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:[25]

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:[26]
b.1) Emenda Constitucional nº 05/95: a nova redação do art. 25, §2º da CRFB permitiu que os Estados-membros conce-

[25] 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, p. 271/306.
[26] 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.

dam 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 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.[27]

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 re-

[27] 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 integrarem o Programa.

gulador da atividade econômica.[28] 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)[29] e do petróleo (art. 177, § 2º, III da CRFB).[30]

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 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).[31] 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.[32]

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 a esta recepção, especialmente em razão dos momentos

[28] "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."

[29] "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."

[30] "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."

[31] Todas as agências citadas foram criadas durante o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso.

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

distintos de criação das agências nos dois países e das diferenças dos próprios sistemas jurídicos (***common law*** e romano-germânico).

4.1. DIFICULDADES

a) 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 ideia 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 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.[33] 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)

[33] 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.

quanto no Brasil (modelo intervencionista), buscando-se um ponto médio ideal de regulação através da regulação leve (***light intervention***).[34] 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.[35]

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

Diversas oposições à autonomia reforçada das agências americanas também são apontadas no Brasil, tais como a autonomia normativa (deslegalização), administrativa (impossibilidade de recurso hierárquico impróprio e estabilidade fortalecida dos dirigentes, especialmente em razão dos mandatos a termo, não coincidentes com os mandatos dos Chefes do executivo, e da impossibilidade de exoneração ***ad nutum***) e financeira-orçamentária (iniciativa em propostas orçamentárias e receitas próprias, como por exemplo, a instituição de "taxas regulatórias").

As agências reguladoras brasileiras, criadas sob a forma de autarquias em regime especial,[36] seriam dotadas dessa autonomia reforçada, o que segundo alguns críticos, violaria princípios constitucionais como a separação de poderes, a legalidade, a legitimidade, dentre outros. Todavia, apesar de embrionária a análise dessas questões pelo Supremo Tribunal Federal (STF), já se pode afirmar que as agências reguladoras representam uma realidade que tem desempenhado as suas tarefas com certo sucesso.

---

[34] 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.

[35] Nesse sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 227.

[36] O regime especial é caracterizado pela autonomia reforçada das agências, conforme se depreende, *v.g.*, do art. 8º, § 2º da Lei nº 9.472/97 (ANATEL): "Art. 8° (...) § 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."

4.2. Possibilidades

Quanto à autonomia normativa, a tese da deslegalização[37] de matérias preponderantemente técnicas, em tempos de crise da concepção liberal do princípio da legalidade, vem sendo aceita por diversos doutrinadores, desde que a lei deslegalizadora estabeleça os parâmetros e objetivos a serem alcançados pelas agências.[38] Não se trata aqui de se afirmar a superioridade hierárquica do regulamento das agências, mas de opção legislativa em ampliar a margem de atuação normativa e da discricionariedade técnica das agências. O STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 140.669-1/PE, em voto da lavra do Relator Ministro Ilmar Galvão, citando J.J. Gomes Canotilho, admitiu a tese da deslegalização.[39]

A autonomia administrativa, como visto, pode ser caracterizada, em primeiro lugar, pela impossibilidade do chamado recurso hierárquico impróprio[40], cujo efeito é vedar, em princípio, o reexame das decisões da agência, tornando-a responsável pela última

[37] Deslegalização pode ser conceituada como "a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (***domaine de la loi***) passando-as ao domínio do regulamento (***domaine de l'ordenance***)." NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Op. cit.*, p.122.

[38] Apontam a deslegalização como fundamento do poder normativo das agências reguladoras, dentre outros: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Op. cit.*, p.170 e segs.; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 418 e segs.; VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Direito Administrativo Regulatório**, 2ª. edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 48 e segs.; CARVALHO FILHO, José dos Santos. "Agências reguladoras e poder normativo". *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Coord.), **O poder normativo das agências reguladoras**, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 83.

[39] STF, RExt nº 140.669-1/PE, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 18/05/01, p.86. (Fonte: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 425). Conforme mencionado por Marçal Justen Filho, posteriormente, no julgamento da ADIn-MC nº 1.668, que versava sobre a constitucionalidade de dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), a Corte afirmou, cautelarmente, que o poder normativo da ANATEL possuía caráter regulamentar e deveria observar os parâmetros legais. JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras**, São Paulo: Dialética, 2002, p. 538/539. Todavia, recentemente, o STF, no julgamento da Questão de Ordem da Medida Cautelar nº 1193, admitiu, inicialmente, a constitucionalidade da edição de decreto de licitação simplificado editado pela Petrobras, conforme permitido pelo art. 67 da Lei nº 9.478/97 ("Art. 67. Os contratos celebrados pela PETROBRAS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República."). **Informativo do STF** nº 426, disponível em *www.stf.gov.br.*

[40] 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.

palavra na esfera administrativa, notadamente quanto à resolução de conflitos entre os entes regulados. Todavia, essa impossibilidade, segundo Marcos Juruena Villela Souto[41], 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.[42] Essa estabilidade diferenciada é caracterizada pelo exercício de mandato a termo[43] , não coincidente com o mandato do agente político[44] , bem como pela impossibilidade de exoneração ***ad nutum***.[45] 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,

[41] 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). VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. "Extensão do poder normativo das agências reguladoras". *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Coord.), **O poder normativo das agências reguladoras**, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 141/142.

[42] 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.

[43] 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."

[44] Art. 7º da Lei nº 9.986/00: "A lei de criação de cada Agência disporá sobre a forma da não-coincidência de mandato."

[45] 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).

porém, incompatível com a demissão ***ad nutum*** pelo Poder Executivo."[46]

A não coincidência dos mandatos dos dirigentes das agências com os mandatos dos Chefes do Executivo geram polêmicas na doutrina. Alguns autores, como Celso Antônio Bandeira de Mello, entendem que essa previsão contraria o 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.[47] Ao 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.[48]

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 doutrina[49] 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

[46] STF, ADInMC nº 1.949/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 18/11/1999, Tribunal Pleno, DJ 25-11-2005.
[47] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 14ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 153/154.
[48] VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Op. cit.*, p. 128.
[49] Nesse sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 332/333. VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Direito Administrativo Regulatório**, 2ª. edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 259/260.

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 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 e à legitimidade 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 agências[50] e através dos mecanismos de controle à disposição do Executivo.[51]

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

[50] VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Op. cit.*, p. 260.

[51] 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 antiética aos valores de eficiência e pluralismo que constituem o seu fundamento." ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p.355.

decisões administrativas das agências[52], assim como na elaboração das normas regulatórias.[53] O princípio da participação administrativa deve ser um parâmetro imposto como um dever à atuação das 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 analisarem 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. CONCLUSÃO

Após as considerações abordadas neste estudo, pode-se concluir que as agências reguladoras brasileiras foram inspiradas no modelo das *independent regulatory agencies norte-americanas*.[54]

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.

---

[52] 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).

[53] 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."

[54] 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. Falta-lhe, 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**, v. XI, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 94.

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 aclimatação do modelo jurídico importado. Na lição de Jean Rivero:

> *"A tendência geral é no sentido de aproximação dos direitos anglo-saxônicos e continentais. (...)"*
> *"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."* [55]

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. Em vez 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.[56]

---

[55] 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.

[56] 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 conveni-

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

ências partidárias e eleitorais o sistema regulatório da infraestrutura. 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."