



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



ROMERO PAES BARRETO DE ALBUQUERQUE

**CONTROLE JURISDICIONAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS:
A ATIVIDADE NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E SEU
CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO**
Dissertação de Mestrado

Recife
2016



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



ROMERO PAES BARRETO DE ALBUQUERQUE

**CONTROLE JURISDICIONAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS:
A ATIVIDADE NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E SEU
CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO**
Dissertação de Mestrado

Recife
2016

ROMERO PAES BARRETO DE ALBUQUERQUE

CONTROLE JURISDICIONAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: A atividade normativa das agências reguladoras e seu controle pelo Poder Judiciário

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito.

Linha de Pesquisa: Estado, Constitucionalização e Direitos Humanos.

Grupo de Pesquisa: Estado, Regulação e Tributação Indutora.

Orientador: Prof. Dr.: Edilson Pereira Nobre Junior

Recife
2016

Catalogação na fonte
Bibliotecária Eliane Ferreira Ribas CRB/4-832

A345c

Albuquerque, Romero Paes Barreto de

Controle jurisdicional das agências reguladoras: a atividade normativa das agências reguladoras e seu controle pelo poder judiciário. – Recife: O Autor, 2016.
128 f.

Orientador: Edilson Pereira Nobre Junior.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.
Inclui bibliografia.

1. Agências reguladoras de atividades privadas - Brasil. 2. Direito administrativo - Brasil. 3. Administração pública. 4. Estado. 5. Direito e economia. 6. Livre iniciativa - Brasil. 7. Concessões administrativas - Brasil. 8. Política pública. 9. Normas técnicas. 10. Poder judiciário - Brasil - Controle. 11. Legitimidade (Direito). 12. Separação de poderes - Brasil. 13. Crise econômica - 1929 - Estados Unidos. 14. Controle jurisdicional de atos administrativos. 15. Direito comparado. 16. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 17. Juízes - Decisões - Brasil - Estudo de casos. I. Nobre Junior, Edilson Pereira (Orientador). II. Título.

342.810664 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ2016-026)

ROMERO PAES BARRETO DE ALBUQUERQUE

CONTROLE JURISDICIONAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: A atividade normativa das agências reguladoras e seu controle pelo Poder Judiciário

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito.

Linha de Pesquisa: Estado, Constitucionalização e Direitos Humanos.

Grupo de Pesquisa: Estado, Regulação e Tributação Indutora.

Orientador: Prof. Dr.: Edilson Pereira Nobre Junior

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Mestrado ou Doutorado e a julgou APROVADA.

Prof. Julgador

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Julgador

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Julgador

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Julgador

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Julgador

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Julgador

Julgamento: _____ Assinatura: _____

MENÇÃO GERAL: APROVADO

Coordenador do Curso:

Prof. Dr.: Edilson Pereira Nobre Junior

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, porquanto a eles devo toda minha formação humana e educacional, pois desde meu nascimento me proporcionaram todas as condições possíveis para que eu pudesse atingir meus objetivos de vida.

Ao meu pai Reginaldo (*in memoriam*), que sempre foi meu espelho para a vida e minha inspiração no direito. A minha mãe Carmélia, pelo amor e carinho incomensuráveis.

A Juliana, Lorena e Gabriela, pois sem elas nada faria sentido na minha vida.

Aos meus irmãos Renato e Rodrigo, que nunca mediram esforços para ajudar o irmão caçula durante esta caminhada.

Aos amigos que de alguma forma me ajudaram a concluir esse mestrado, em especial aos amigos do BNDES que foram muito importantes neste período.

Aos meus colegas de mestrado, Juliana e Marcel, pessoas muito especiais e que possuem participação efetiva nessa conquista.

Ao meu orientador, professor Edilson Pereira Nobre Junior, pelo respeito, dedicação e simplicidade no trato aluno-educador.

RESUMO

ALBUQUERQUE, Romero Paes Barreto. **Controle jurisdicional das agências reguladoras**: A atividade normativa das agências reguladoras e seu controle pelo Poder Judiciário. 2016. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016.

As agências reguladoras estão completando duas décadas de nascimento no Brasil. Elas foram destacadas para desempenhar um papel relevante dentro da nossa sociedade na medida em que os serviços prestados pelo Estado foram sendo gradativamente reduzidos. Diante da redução da efetiva participação estatal nos mais diversos setores da sociedade, coube a iniciativa privada o mister de encampar as áreas de atuação produtivas que anteriormente eram exploradas pelo Estado. O Estado por sua vez, ao retirar seu protagonismo em atividades tanto na esfera econômica quanto na esfera social, atribuiu às agências reguladoras o papel de fiscalização e regulação das atividades que a partir desse momento seriam prestadas por entidades privadas. As agências então receberam diversas prerrogativas para que pudessem exercer seus desígnios de maneira mais exitosa. Dentre as prerrogativas recebidas estava a capacidade para a expedição de normas técnicas na área dos serviços prestados pelos entes privados. Tal capacidade lhes fora atribuída em razão da sua notória especialidade dentro de cada setor a ser regulado. No entanto, a atividade normativa das agências reguladoras passou a ser bastante questionada. Do mesmo modo, surgiu o debate acerca da possibilidade do controle do mérito desses atos pelo Poder Judiciário, sem que isso afetasse o princípio constitucional da separação de poderes. Para examinar o presente tema, pesquisamos decisões dos Tribunais Superiores no Brasil e também da Suprema Corte dos Estados Unidos, em razão da influência que as *agencies* norte americanas exerceram sobre as agências reguladoras brasileiras.

Palavras chaves: Agência reguladora. Controle. Atividade normativa. Poder judiciário.

ABSTRACT

ALBUQUERQUE, Romero Paes Barreto. **Controle jurisdicional das agências reguladoras:** A atividade normativa das agências reguladoras e seu controle pelo Poder Judiciário. 2016. 127 f. Dissertação (Master Degree) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016.

The regulatory agencies are completing two decades of birth in Brazil. They were assigned to play an important role within our society to the extent that the services provided by the state were gradually reduced. Before the reduction of the effective state participation in various sectors of society, the private sector fell to the mister encompass the productive practice areas previously exploited by the state. The state in turn to withdraw their role in activities both in the economic sphere and the social sphere, attributed to regulatory agencies the role of supervision and regulation of activities that from that moment would be provided by private entities. The agencies then received various privileges so that they could exercise their designs more successful way. Among the received powers was the ability for the dispatch of technical standards in the area of services provided by private entities. Such capacity given them out because of their notorious specialty within each sector to be regulated. However, the normative activity of the regulatory agencies has become very questionable. Similarly, there was discussion about the possibility of control of the merit of these acts by the judiciary power without it affecting the constitutional principle of separation of powers. To examine this subject, decisions of the Superior Courts in Brazil and the Supreme Court of the United States were research, due to the influence that North American agencies exerted on Brazilian regulatory agencies.

Key words: Regulatory agency. Control. Normative activity. Judiciary power.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	UMA BREVE INTRODUÇÃO SOBRE O DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL.....	13
2.1	AS ORIGENS DO DIREITO ADMINISTRATIVO NA FRANÇA.....	13
2.2	A EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL.....	17
2.3	PERÍODO PÓS IMPÉRIO E A EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL.....	22
2.4	O MODELO DE ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL E O SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	27
3	O MODELO AMERICANO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	33
3.1	ORIGENS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NOS ESTADOS UNIDOS....	33
3.2	A GRANDE DEPRESSÃO DE 1929 E O EFEITO DO NEW DEAL NAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	36
3.3	DA FORMA DE ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS AMERICANAS.....	41
3.4	DAS CRÍTICAS E MUDANÇAS NO MODELO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS AMERICANAS.....	43
4	CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL.....	48
4.1	A NATUREZA JURÍDICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	48
4.2	A AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PÁTRIAS.....	50
4.3	FUNÇÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PÁTRIAS.....	56
4.4	CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PÁTRIAS.....	61
5	O CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	64
5.1	A EVOLUÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL SOB OS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	64
5.2	O CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO AMERICANO.....	69
5.3	O CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO BRASILEIRO.....	75
5.4	DAS DISTINÇÕES NOS MÉTODOS DE JULGAMENTO ADOTADOS PELAS	

	CORTES BRASILEIRAS E CORTES AMERICANAS.....	81
6	CONCLUSÃO	85
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	89

1 INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo no Brasil fora fortemente influenciado pelo Direito Francês. De lá buscamos inspiração para construção das nossas bases administrativistas.

Os primeiros estudiosos da matéria no Brasil, dentre eles podemos citar o Paulino José Soares de Sousa, o Visconde do Uruguai, trouxeram da França diversos conceitos que foram desenvolvidos naquele País.

No entanto, em que pese à influência recebida pelo ramo administrativista Francês, as legislações existentes no Brasil logo após sua independência eram portuguesas.

Desta maneira, o regime de administração pública existente no Brasil no período posterior a independência e até meados do ano de 1930 fora o de Estado patrimonialista.

Esse regime se caracteriza basicamente pela confusão causada propositalmente entre patrimônios público e privado com o fito de atender aos interesses dos governantes. Tratava-se de uma forma de gestão precária onde o nepotismo e o paternalismo imperavam na administração pública.

Desta forma, a partir da década de 30, baseado em experiências importadas da Europa e dos Estados Unidos, o Brasil passou a adotar o modelo burocrático de gestão pública.

Com a adoção do sobredito modelo, o Estado passou a tomar um papel mais presente na economia e em outras áreas da sociedade. O ideal dado por esse modelo era o de que o Estado passaria a atuar de forma mais organizada, com controles decisórios e com estruturas hierárquicas baseadas em meritocracia.

O resultado disso foi um relevante crescimento da máquina pública em diversos setores do Estado. Entretanto, a eficiência dos organismos estatais passou a ser fortemente questionada haja vista que os resultados advindos dos órgãos públicos não atendiam de forma satisfatória as demandas da sociedade.

De se dizer que o modelo burocrático fora sendo deixado para trás em países que passaram a ser governados com ideais liberais. Países como Inglaterra e Alemanha passaram a adotar novos modelos de gestão pública que iriam influenciar boa parte do mundo, inclusive o Brasil.

Sendo assim, o Estado Brasileiro, no início dos anos 90, com a implantação de uma política econômica neoliberal, passou a reduzir, de forma significativa, sua parcela de atuação direta na prestação dos serviços públicos fornecidos à população.

Fora concebido uma nova forma de gestão da administração pública, o chamado de modelo gerencial, que buscou reduzir a participação do Estado em diversos ramos, lhe atribuindo o papel de ente regulador e fiscalizador de um campo de atividades que era por ele exercido e que passou a ser prestado por entes privados.

Esse modelo de gestão seguia as tendências mundiais da época, e buscava inserir o Estado Brasileiro no contexto da globalização da economia, onde se visava eliminar barreiras à produção somadas à atração de novos investidores, sobretudo estrangeiros, através de processos de transformação, sendo fundamental, para tanto, que houvesse a desburocratização e reorganização das atividades exercidas pelo Estado.

Em razão disto, uma crescente onda de delegação de serviços públicos sugerindo que a iniciativa privada viesse a suprir as lacunas deixadas pelo poder Estatal passou a ocorrer. Uma onda de desestatização passou a ocorrer no Brasil.

É sabido que o Estado é detentor do dever, uma vez fixado normativamente, de realizar demandas coletivas politicamente determinadas, as chamadas políticas públicas, que são tratadas como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (Art. 3º I, II, III e IV da CF/88). Dentro de tais Objetivos Fundamentais, podemos enquadrar a atividade normativa e reguladora do Estado.

De se dizer ainda que o artigo 174 da CF prevê, de forma genérica, a atuação estatal na economia como agente normativo e agente regulador. Este dispositivo abrange todas as entidades federadas, isto é, União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios.

Sendo assim, com base nessas premissas, e diante da necessidade de adoção de medidas para a diminuição da atuação Estatal no domínio econômico, o Estado brasileiro buscou fortalecer seu papel regulador em relação às atividades que antes eram exercidas por ele, mas que agora são desempenhadas por agentes privados.

Dentro deste contexto, o Estado brasileiro instituiu as agências reguladoras, visando à regulação de setores econômicos e sociais que necessitavam ser ampliados e desenvolvidos e que também atraíam os já mencionados investidores estrangeiros.

Importa mencionar que as agências reguladoras no Brasil foram concebidas com base no Direito Norte Americano, onde as chamadas *Agencies* possuem independência e regulam de forma patente os diversos segmentos de serviços prestados em território americano.

No Brasil, foram tratadas como autarquias em especial, detentoras de uma razoável autonomia frente à Administração Pública, com capacidade para exercer funções regulatórias e com dirigentes investidos no cargo por prazo determinado, dotados de estabilidade neste período.

No entanto, a referida autonomia normativa dada em favor das Agências Reguladoras vem sendo bastante questionada hodiernamente.

São levantadas questões acerca de uma possível afronta ao princípio da Legalidade cometida pelas Agências quando da produção de normas e regulamentos em abstrato.

Do mesmo modo, também vem sendo discutido qual a forma mais adequada do controle judicial a ser realizado em face das referidas autarquias em regime especial. Neste ponto, são levantadas questões de até onde o Poder Judiciário pode e deve se imiscuir nos atos praticados pelas Agências.

Tendo em vista a forte influência exercida pelo direito Norte-Americano sob a criação das agências reguladoras no Brasil, é salutar observar como essas questões são tratadas naquele país.

Sendo assim, se observará como ocorre o processo de produção de normas reguladoras nos Estados Unidos, quais as premissas que são tomadas pelas *agencies* na elaboração de suas normas técnicas.

Do mesmo modo, será observado como o Poder Jurisdicional Norte-Americano efetua o controle dessas agências. Será vista a evolução dos precedentes julgados pela Suprema Corte Americana em casos envolvendo as agências reguladoras daquele país.

Por outro lado, se analisará se as Agências Reguladoras, da forma como foram instituídas no Brasil, são detentoras de legitimidade para produção de normas

reguladoras. Serão vistas as teorias que buscam legitimar a atuação dos sobreditos Entes.

Por fim, se buscará efetuar uma análise de casos que já foram julgados pelo Supremo Tribunal Federal bem como pelo Superior Tribunal de Justiça e que envolveram questões relacionadas com a legitimidade das Agências e limitação da incursão do Poder Judiciário na análise de mérito dos atos produzidos pelas Agências.

Com base em tais medidas, o presente trabalho irá propor uma análise crítica de como foram absolvidas as agências reguladoras no Brasil, e se o Poder Judiciário tem atuado de forma satisfatória no controle da produção normativa desses Entes.

2 UMA BREVE INTRODUÇÃO SOBRE O DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL

O propósito deste capítulo é trazer uma breve evolução do Direito Administrativo brasileiro até o momento da criação das agências reguladoras no nosso sistema jurídico, buscando também efetuar uma análise das origens e das influências sofridas por este ramo da ciência jurídica tendo como marco inicial o período do Brasil Império em conjunto com as influências sofridas pelo Direito Francês.

O presente capítulo também tem o intuito de elaborar um histórico dos sistemas de gestão administrativa que vigoraram no Brasil até os dias atuais.

Por fim, se pretenderá demonstrar as razões pelas quais se optou por criar as agências reguladoras no sistema jurídico brasileiro, e que influências estrangeiras foram marcantes nesse processo evolutivo que terminou por optar por um Estado predominantemente fiscalizador e regulador ao invés de um Estado executor de atividades econômicas e sociais.

2.1 AS ORIGENS DO DIREITO ADMINISTRATIVO NA FRANÇA

A Revolução Francesa, responsável por difundir ideias liberais e democráticas na França no século XVIII, tem importante papel na criação do Direito Administrativo naquele País.

Isto porque, naquela época vigorava no Estado Francês, e na Europa como um todo, o sistema de governo absolutista. O Rei era o detentor dos poderes centrais e determinava os rumos que deveriam seguir a economia, a justiça e a política do país.

Importa para esse estudo, destacar que o Rei reunia em sua pessoa os três poderes estatais, legislativo, executivo e judiciário. Desta forma, a figura do Rei personificava o Estado, não havendo que se falar em ordem democrática para os cidadãos.

No entanto, no fim do século XVIII, a França passava por uma grave crise financeira (BLUCHE, 1989). Em razão disso, a monarquia vigente se viu diante de uma crise política bastante relevante. Isto porque, se buscava aumentar os impostos

para que se mantivessem as benesses aos integrantes da realeza e da alta burguesia.

Ocorre que os referidos impostos eram majoritariamente arcados pelas camadas mais pobres da sociedade, o que levou o povo às ruas com o objetivo de tomar o poder e de derrubar o sistema monárquico que vigorava na França.

A referida revolução trazia os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, e buscava um Estado com menor participação na vida dos indivíduos, onde o capitalismo vigorasse e sem o achatamento constante das classes menos abastadas da sociedade.

Houve a queda do regime monárquico no ano de 1792 e a ascensão do sistema republicano. No entanto, o regime de monarquia retornou pouco tempo depois após um golpe de estado, que ficou conhecido como o 18 de Brumário, que pôs fim à revolução e que elevou Napoleão Bonaparte ao poder.

Entretanto, importa mencionar que a revolução francesa de 1789¹ trouxe consequências que mudariam sobremaneira o modo de operar Estatal. Isto porque a revolução, que era guiada por ideais iluministas, e obteve conquistas históricas voltadas para a limitação da atividade estatal e, em consequência, uma maior liberdade para os cidadãos.

Do mesmo modo, a revolução também clamava por uma efetiva separação dos poderes estatais. E como pilar dessa reivindicação, as ideias de tripartição dos poderes de Montesquieu (2013, p. 213) eram apresentadas. Para o pensador:

seria o fim de tudo se o mesmo homem, ou o mesmo corpo, ou se entre os nobres ou qualquer um do povo, aprovasse as leis, executasse as políticas públicas e julgasse as causas dos indivíduos².

Isto porque, ao contrário do que ocorre e ocorria com a monarquia vigente à época, a separação dos poderes faria com que o sistema de freios e contrapesos, que garante o controle mútuo dos poderes estatais, impedisse os excessos e abusos cometidos pelo Rei em momento anterior à revolução.

Ainda de acordo com Montesquieu (2013, p. 211):

¹ Vale mencionar que no ano de 1789 foi aprovada a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que condensou em 17 artigos direitos e liberdades do homem e serviu de inspiração para a Declaração Universal dos Direitos Humanos promulgada pelas Nações Unidas.

² De ressaltar que a Constituição Francesa de 1791 adotou a divisão de poderes legislativos, executivos e judiciais, conforme se pode observar dos Capítulos III, IV e V daquela Carta Constitucional.

a experiência constante nos mostra que todo o homem que é investido de poder é apto a abusá-lo, e carregará sua autoridade até quando for possível. Deveria essa virtude sofrer limites?

Ante tais fatos, durante os primeiros anos do império de Napoleão Bonaparte, mais precisamente em 1800, é editada a Lei do 28 pluviose do ano de VIII. Referido regulamento tratava da organização administrativa e da limitação de atuação do poder Estatal.

Como afirma Medauar (1992, p. 10): “Esta lei de 1800 contém, em síntese, preceitos sobre organização administrativa e sobre litígios contra a Administração”.

A mencionada lei estatuiu os chamados conselhos de prefeitura, que também eram conhecidos como conselhos de governo civil que tinham seus prefeitos na presidência, cujo objetivo era dirimir conflitos em matéria administrativa. Do mesmo modo criou o Conselho de Estado, que tinha funções de órgão consultivo e instância de apelação das decisões tomadas pelos conselhos de prefeitura.

Tácito (1998, p. 1) estabelece a Lei do 28 Pluviose como a “certidão de nascimento” do Direito Administrativo. Afirma ele que:

No depoimento de ZANOBINI a certidão de nascimento do direito administrativo terá sido a lei de 28 pluviose do ano VIII (1800) que, pela primeira vez atribuiu à administração francesa uma organização juridicamente garantida e exteriormente obrigatória.

Já Di Pietro (2014, p. 4) aponta para o fato de que, apesar de ser indicada a lei de 28 do pluvioso como marco inicial do Direito Administrativo, na verdade o Conselho de Estado da França é quem teria papel determinante na construção daquele ramo do Direito no País. Nas palavras da autora:

Costuma-se indicar, como termo inicial do nascimento do direito administrativo, a Lei de 28 pluvioso do ano VIII (1800), que organizou juridicamente a Administração Pública na França. Mas foi graças principalmente à elaboração jurisprudencial do Conselho de Estado francês que se construiu o Direito Administrativo.

Em sentido oposto, vale destacar a posição de Binenbojm (2009, p. 8-9) acerca da lei do 28 pluvioso. Veja-se:

A cada ano, repetimo-nos a nós mesmos e a nossos alunos a mesma fábula mistificadora: a de que a certidão de nascimento do direito administrativo foi a Loi de 28 do pluvioso do ano VIII, editada em 1800 (...). O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares, representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação.

Em que pese à posição acima mencionada, não se pode negar que a lei de 28 do pluvioso do ano VIII de 1800 trouxe uma normatização importante. A referida norma sistematizou e organizou a administração pública de um modo geral.

O objetivo traçado pela mencionada legislação era a construção de uma administração racional e uniforme que englobasse princípios como o da legalidade, da igualdade perante a administração, da separação dos poderes dentre outros.

Importa mencionar que, com a implantação do regime liberal imposto na revolução, e pela desconfiança gerada por conta da concentração de poderes no regime absolutista (DI PIETRO, 2014), as funções judiciárias foram apartadas das funções administrativas. Em outras palavras, o controle dos atos da administração passou a ser realizado por uma jurisdição especial, que em última análise se subordinaria ao Conselho de Estado.

Desta maneira, restou emergido no direito francês o sistema contencioso administrativo, também chamado de sistema contencioso francês. Isto significa que os juízes do poder judiciário não são competentes para o julgamento de matéria que diga respeito à administração pública.

Uma estrutura de justiça especializada no ramo do Direito Administrativo passou a ser elaborada para que houvesse julgamento das causas que tratassem de matéria administrativa. Até os dias atuais, existe essa divisão no País, que também influenciou países como a Grécia, a Turquia, a Suíça entre outros (MEIRELLES, 1998).

Dada à importância desta dualidade de jurisdição, o Direito Administrativo passou a ter bastante autonomia na França. A Universidade de Paris no início do século XIX criou a cadeira de Direito Administrativo.

Ato contínuo, o estudo do Direito Administrativo se intensificou na França. Passou-se a desvincular os ramos cíveis e administrativos. O Conselho de Estado bem como os crescentes juristas na área do Direito Administrativo passaram a desenvolver a melhor a matéria administrativista no País (NETO, 2014).

No período de desenvolvimento do das atividades do Conselho de Estado vale mencionar uma decisão que é tratada como o grande precedente que estabeleceu o direito administrativo como ramo autônomo da ciência jurídica. Trata-se do caso Blanco.

O referido caso diz respeito a um julgado que tem como pano de fundo o atropelamento de uma pequena criança de cinco anos de idade, de nome Agnes Blanco, nas ruas de Bordeaux, na França. A criança fora atropelada por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Tabaco.

Como a atividade de manufatura de tabaco era um serviço prestado pelo Estado Francês à época dos fatos, a família da criança ajuizou uma demanda contra o Estado Francês, pleiteando uma indenização em virtude da lesão causada em Agnes.

Desta maneira, surgiu um conflito de jurisdição competente para julgamento do caso. Por um lado haveria um dano de responsabilidade civil. Da outra ponta teríamos um dano causado por agentes do Estado Francês.

Diante de tal caso, o Tribunal de Conflitos Francês, órgão então competente para dirimir conflitos dessa natureza, determinou que caberia ao Conselho de Estado (LE CONSEIL..., 1870), que havia recebido o poder de emitir decisões soberanas através da Lei de 24 de maio de 1872 (ARAÚJO, 1955), o julgamento do caso.

Referida decisão se lastreou no fato do dano ter sido causado pelo Estado durante a prestação de um serviço público. Sendo assim, fora definida a competência da jurisdição administrativa para julgar o caso em tela. Tal decisão foi de suma importância para consagração em âmbito jurisdicional o ramo autônomo do Direito Administrativo na França.

A doutrina acerca do Direito Administrativo na França, em que pese o fato do Brasil não adotar o sistema contencioso francês de julgamento, teve grande influência no desenvolvimento do Direito Administrativo Pátrio. Como se verá adiante, doutrinadores que contribuíram na construção do Direito Administrativo Brasileiro, trouxeram da França conceitos e diretrizes que balizaram a evolução deste ramo no nosso País.

2.2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL

Como fora mencionado no início do presente capítulo, a evolução da matéria administrativa no Brasil será analisada a partir do período do Brasil-Império, ou seja, a partir da elaboração da Constituição de 1824.

A primeira Constituição que teve vigência em território nacional fora a de 1824. Bastante influenciada por princípios que se assemelhavam ao Antigo Regime Francês, tratava-se de uma Carta Constitucional Outorgada, que primava por um Estado Centralizado nas mãos do Imperador do Brasil.

A forma de governo prevista na magna carta de 1824 era a Monarquia. Dentro do seu texto havia a previsão de quatro poderes, quais sejam, os poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador.

O Poder Moderador, que de acordo com a ideia de Constant (2014) deveria se tratar de um Poder Neutro, fora previsto na Constituição do Império e se situava acima dos outros poderes igualmente previstos na norma constitucional. Previam os artigos 98 e 99 da Carta de 1824 (BRASIL, 1824) que:

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

Desta maneira, percebe-se que o Poder Moderador era quem ditava em última análise a atuação dos demais poderes. A crítica ao referido modelo era a de que o referido poder contrariava frontalmente o princípio da separação dos poderes em razão da clara desestabilização do sistema de freios e contrapesos propostos por Montesquieu (2013). Do mesmo modo, acaso o uso do Poder Moderador fosse feito por um Monarca adepto ao autoritarismo, haveria uma grande concentração de poderes, sendo isto uma concepção oposta ao idealizado por Benjamin Constant.

A constituição de 1824, em seu artigo 137, também já previa a criação do Conselho de Estado no Brasil. O referido Conselho, diferentemente do que ocorria na França, não exercia funções jurisdicionais, restringindo-se, regra geral, apenas a funções consultivas.

Sousa (2002, p. 241) chegou a afirmar que “posto que fosse uma corporação meramente consultiva e sem jurisdição própria, não era todavia um auxiliar administrativo perfeito e completo, um Conselho de Estado semelhante ao da França”.

Conforme dito anteriormente, o Conselho de Estado na França funcionava com poderes jurisdicionais e, sem sombra de dúvidas, teve um papel extremamente relevante no desenvolvimento do Direito Administrativo naquele País.

No Brasil, o Conselho de Estado seguiu um caminho diferente, em que pese à influência francesa no nosso território. Senão vejamos.

Na França, o Conselho de Estado se caracterizava por ser uma instituição eminentemente administrativa, assumindo a função de órgão controlador da legalidade dos atos praticados pela administração pública.

Os atos praticados pela administração pública francesa eram terminantemente proibidos de serem controlados por membros do poder judiciário, sob pena inclusive de prevaricação (ISRAEL, 2005), conforme previsão do artigo 13º da Lei de 16 e de 24 de agosto de 1790.

Diferentemente do homônimo Francês, o Conselho de Estado no Brasil, conforme já dito anteriormente, previsto no artigo 137 da Carta Magna de 1824, detinha um papel muito mais consultivo ao papel exercido pelo Imperador, no exercício do poder moderador, do que um papel de órgão julgador de contendas administrativas.

O Conselho de Estado brasileiro, como papel de conselheiro do imperador, vigorou num primeiro momento até o ano de 1834.

Neste ano, houve um conjunto de mudanças que afetaram sobremaneira algumas normas previstas na Constituição de 1824, entre as o próprio funcionamento do Conselho de Estado. Através da Lei nº 16 de 12 de agosto de 1834, o Conselho de Estado fora extinto (BRASIL, 1834).

Entretanto, no ano de 1841, o Conselho de Estado teve seus trabalhos retomados por conta da Lei nº 234 de 23 de novembro de 1841. A referida norma legal, através do seu item 4º do artigo 7º (BRASIL, 1841)³, atribuiu ao novo Conselho de Estado uma competência que não havia sido lhe outorgada pela Carta de 1824, qual seja, a de resolver conflitos de jurisdição entre as autoridades administrativas e judiciárias.

³ “(...) Art 7º Incumbe ao Conselho de Estado consultar em todos os negocios, em que o Imperador Houver por bem ouvi-lo, para resolvê-los; e principalmente:

(...)

4º Sobre conflictos de jurisdicção entre as Autoridades Administrativas, e entre estas, e as Judiciarias (...).”

Diante dessa nova configuração de atuação, podemos asseverar que o Conselho de Estado na forma prescrita pela Lei nº 234 de 23 de novembro de 1841 foi o que mais se aproximou da figura do Conselho de Estado atuante na França, cujo formato abarcava o sistema contencioso de administração que pregava o a dualidade de jurisdição.

Neste sentido, importar mencionar os ensinamentos de Cavalcanti (2012, p. 365) quando afirma que:

O período imperial foi o único no qual teve aplicação no Brasil, o sistema de dualidade de jurisdição. Em verdade, a estrutura da Justiça Administrativa, sobretudo do Conselho de Estado na forma prevista no art. 157, da Constituição Imperial disciplinada, basicamente, pela Lei nº 234, de 24.11.1841 não deu a necessária independência a esses órgãos, para que, de fato, representassem eficiente mecanismo de controle da função administrativa do Estado.

No entanto, vale ressaltar que não havia previsão para o exercício de funções jurisdicionais para o Conselho de Estado do Brasil. Mesmo no período pós Lei nº 234/1841, havia uma jurisdição administrativa que auxiliava a Administração Pública então existente.

É de se destacar, entretanto, que durante o período compreendido entre os anos de 1822 até o início da década de 1850, o direito administrativo não era uma disciplina autônoma no Brasil.

Neste ínterim, fora criado no Brasil, pela lei de 11 de agosto de 1827, os cursos de direito na Cidade de São Paulo e outro na Cidade de Olinda.

O Direito Administrativo, no entanto, apenas teve sua autonomia reconhecida com a criação da disciplina nos programas das Faculdades de Direito no ano de 1851, através do artigo 2º (BRASIL, 1851)⁴ do Decreto nº 608.

Desta forma, podemos afirmar que a formação do Direito Administrativo no nosso Território passa a ocorrer efetivamente no período posterior à criação da cátedra dessa ciência nos programas das faculdades de direito no País.

Isto porque, com a elevação da matéria administrativa para um patamar autônomo, estudiosos e pesquisadores do tema passaram a dedicar mais tempo e atenção a este ramo, buscando conceituar e delimitar seu campo de abrangência bem como de distinguir o objeto do seu estudo dos demais ramos do Direito.

⁴ “(...) Art. 2º He autorizado tambem o Governo a crear mais duas Cadeiras, huma de Direito Administrativo, e outra de Direito Romano, continuando porém a ser de cinco annos o curso completo das Sciencias Juridicas e Sociaes. (...)”

Diante de tais fatos, alguns doutrinadores pátrios que discorrem sobre o Direito Administrativo na época do império atribuem ao Conselho de Estado Brasileiro o papel de formador originário da matéria no nosso País.

Nessa linha podemos citar Di Pietro (2014, p. 23) quando afirma que:

No período do império, adotaram-se os princípios do Estado Liberal, sob influência do direito francês, inclusive com a criação do Conselho de Estado. Só que esse não exercia função jurisdicional e sim função consultiva. Nesse aspecto, o direito francês serviu de modelo, porque, na fase inicial do Conselho de Estado francês, órgão não tinha independência, sendo suas manifestações sujeitas à aprovação do Imperador.

Para Neto (2014) também foi fonte de inspiração para o Império do Brasil, os modelos das várias instituições políticas e jurídicas desenvolvidas a partir da revolução ocorrida na França em 1789.

Em que pese às opiniões acima mencionadas, é de se destacar que o papel do Conselho de Estado brasileiro como formador da jurisprudência administrativa na época do Império é questionado por alguns doutrinadores pátrios.

Isto porque, as atuações do Conselho de Estado na época do Império teria um cunho preponderantemente político e governamental, sem haver correlação com atividades administrativas e/ou executivas.

Desta maneira, o papel que o Conselho do Estado teria realizado no período do Brasil-Império compreendia um viés político, tendo em vista que visava construção do Estado Nacional a partir do fortalecimento da centralização de poderes nas mãos do imperador.

Por essa razão, o papel do Conselho de Estado no período do império teria muito mais ligação com a formação de um projeto político do Brasil do que propriamente com a construção da jurisprudência em matéria de Direito Administrativo.

Dentro dessa diretriz, se faz importante mencionar doutrinadores pátrios que tiveram um pouco mais de proximidade com esse período da história. Na visão de Cavalcanti (1938, p. 740):

Sob o ponto de vista administrativo, duvidosa foi a eficiencia do Conselho de Estado na Monarchia. O contencioso administrativo, ou melhor, a jurisdicção administrativa praticamente não tinha existencia, faltando-lhe os elementos indispensaveis ao funcçionamento normal e obrigatorio dos órgãos jurisdiccionaes inherentes áquelle systema.

Também nesta mesma toada, Sousa (2002, p. 275-276), que sem sombra de dúvidas fora um dos principais estudiosos do Direito Administrativo na época do Brasil-Império, chegou a afirmar que em virtude das funções políticas exercidas pelo Conselho de Estado, seria interessante que se houvesse a divisão em dois conselhos para que de fato houvesse uma melhor produção de matérias administrativas. Afirmou ele que:

Eu teria criado um Conselho Privado e um Conselho de Estado. O Conselho Privado para aconselhar o imperador no exercício das funções do poder Moderador, e o poder Executivo nas atribuições de dirigir as negociações políticas com as nações estrangeiras (...) O Conselho de Estado auxiliaria o poder Executivo no exercício de todas as outras atribuições políticas e em todas as administrativas (SOUSA, 2002, p. 275-276).

Controvérsias à parte, temos que o Conselho de Estado exerceu importante papel no desenvolvimento do direito administrativo pátrio, ainda que não tenha existido a formação de uma jurisprudência administrativa como ocorreu no direito francês.

Esse primeiro momento fora bastante importante para desatrelar o direito administrativo de outros ramos do direito como o civil e o constitucional.

Finalizando o período do Brasil-Império, podemos considerar que houve uma produção legislativa considerável em matéria de direito administrativo. Afora as normatizações já referidas até este momento, podemos destacar a Lei nº 353/1845 que tratava de casos desapropriação bem como da Lei nº 601/1850 que tratava de terras devolutas.

2.3 PERÍODO PÓS IMPÉRIO E A EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

Após o período do Império no Brasil, fora declarada pelo Decreto 1º de 15/11/1889 a República Federativa do Brasil. Ato contínuo, uma comissão para elaboração de uma Constituição foi eleita através de Assembleia Geral Constituinte.

Desta forma, em 1891 uma nova Constituição foi promulgada em território brasileiro. A referida Constituição é a primeira a instituir a forma federativa do Estado e também a forma Republicana Presidencialista de Governo.

O Poder Moderador, antes existente na Carta Magna anterior, foi abolido pela Constituição de 1891, determinando que os poderes executivo, legislativo e judiciário fossem independentes e harmônicos entre si.

Acrescente-se ainda que o modelo de Direito Administrativo de origem francesa, com o sistema de dualidade de jurisdição que inspirou o Conselho de Estado na época do Brasil-Império, fora progressivamente sendo abandonado, havendo, com a proclamação da República, a extinção do sobredito Conselho no nosso Território.

Tal situação possibilitou o desenvolvimento da matéria administrativista no nosso país através das construções jurisprudenciais advindas do controle judicial dos atos da Administração Pública.

Isto porque, o Brasil, com a adoção do modelo Presidencialista de sua República, passou a sofrer uma influência maior do Direito norte americano, onde vigorava o monopólio de jurisdição exercido pelo Poder Judiciário. Sendo assim, desde então, fora adotado no Brasil o sistema de jurisdição única.

Nos primeiros anos da República no Brasil tivemos poucas obras e legislação produzida em matéria de direito administrativo. Nesse momento, o direito administrativo se calcava em conceitos de direito civil, influenciados pelo código civil de 1916, para adapta-los aos institutos de Direito Público.

Entretanto, vale destacar o Decreto 4536 de 28 de janeiro de 1922, que dispunha acerca do Código de Contabilidade da União.

O referido dispositivo legal trazia em seu corpo normas que podemos caracterizar como precursoras de procedimentos licitatórios no nosso País. Mais especificamente, seu artigo 49 elencava que o empenho de despesas deveria ser precedido por contratos firmados mediante concorrência pública.

Vale ressaltar que no período que vai da primeira república até o início da década de 30, o Brasil era um Estado patrimonialista, por resquícios da colonização portuguesa. Nesse período a administração pública era percebida por conta do nepotismo e do paternalismo utilizado na contratação de seus funcionários.

Nesse tipo de administração, os órgãos e entidades estatais funcionam como braços dos poderes do rei. Os cargos e funções existentes são distribuídos da forma mais adequada ao soberano. O patrimônio público é confundido com o patrimônio da realeza. Tudo se presta para atender os interesses do governante.

Nas palavras de Weber (1999, p. 264):

o Estado patrimonial é, na área da formação do direito, o representante típico da coexistência de uma vinculação inquebrantável à tradição, por um lado, e, por outro, de uma substituição do domínio de regras racionais pela "justiça de gabinete" do senhor e de seus funcionários. Simplesmente tudo baseia-se expressamente em "considerações pessoais", isto é, na avaliação do solicitante concreto e de seu pedido concreto e em relações, atos de graça, promessas e privilégios puramente pessoais.

No entanto, no início dos anos 30, o direito administrativo vai ganhando uma dimensão diferenciada com o modelo de administração burocrático implantado em razão da eleição de Getúlio Vargas para a presidência do Brasil.

Desta maneira, o Estado passou a ter um papel mais atuante e decisivo na economia brasileira bem passou a exercer um papel mais intenso no âmbito social. Isto ocorreu devido às previsões constitucionais de extensão da atividade Estatal nessas áreas.

Esse modelo de administração surgiu no intuito de rechaçar e sobrepor o patrimonialismo até então arraigado na cultura estatal. O principal componente que serve de mudança de paradigma dos modelos é a separação dos interesses pessoais do detentor do poder e dos caprichos utilizados para que seus objetivos sejam atingidos com a real necessidade de se alcançar as demandas de interesse público.

Sendo assim, com o novo modelo proposto, os bens e interesses públicos passaram a sofrer um padrão de gestão onde o não caberia à confusão com os bens e interesses dos governantes.

As características buscadas pelo modelo burocrático implantado por Getúlio Vargas era baseada em aspectos formais e controles decisórios, modelos de hierarquização bem como por competências funcionais. A inspiração no modelo burocrático decorre de experiências importadas da Europa estabelecidas ainda no século XIX e nos Estados Unidos no início do século XX.

Dentro deste cenário, começam a surgir os primeiros concursos públicos no Brasil, buscando selecionar profissionais por razões de mérito, sem que houvesse influência do governante na escolha de novos funcionários públicos.

Em consequência disso, fora criada no ano de 1938 o Departamento Administrativo do Serviço Público, conhecido como DASP, e que representou

efetivamente a primeira reforma administrativa no Estado brasileiro. O intuito era o de modernizar a máquina pública do País.

Caberia ao novo órgão primar pela eficiência na gestão pública, organizar seleções públicas para diversas entidades da administração, aperfeiçoar o padrão de atendimento do funcionalismo e uma estudar uma série de outras questões que tornassem a administração pública mais capaz de executar seus deveres.

Após o DASP a máquina estatal passou a crescer bastante. Houve a criação de novas pessoas jurídicas públicas bem como o aumento do número de funcionários públicos em virtude da quantidade de novas tarefas adquiridas pelo Estado tendo em vista o papel interventor então assumido.

Também nessa época grandes empresas estatais foram criadas, entre elas a Companhia Siderúrgica Nacional, a Vale do São Francisco, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, a Petróleo do Brasileiro S/A – Petrobras, dentre outras.

Junto a tal medida, fora editada a Lei 1711 de 28 de outubro de 1952 que regulamentava a situação dos funcionários públicos civis da União.

Em razão de tais fatos nota-se que a intervenção estatal se fez bastante presente nesse período no Brasil. O Estado, de um modo geral, foi assumindo um papel de protagonista nas ações econômicas, nas ações industriais bem como nas demais atividades produtivas geradoras de riqueza.

Passou a vigorar no Brasil o chamado desenvolvimentismo. Nessa esteira a visão era a de que para que houvesse industrialização e a consequente redução da pobreza o Estado deveria exercer um papel de interventor, pois o mercado não seria capaz realizar tal fim por si próprio.

Entendia-se, nesse momento, que a participação do Estado interventor com planejamento e se utilizando de instrumentos apropriados era benéfica para a economia tendo em vista a possibilidade de captação de recursos com o investimento direcionado onde as atividades privadas não fossem suficientemente adequadas. Ou seja, a preocupação no Estado desenvolvimentista é produzir e distribuir riqueza (PEREIRA, 2013).

Entretanto, importa afirmar que nesse modelo de administração imposto no Brasil não havia um verdadeiro controle de resultados das atividades que estavam

sendo realizadas pelas entidades que compunham a nova estrutura criada pelo Estado.

Diante disso, foram constatados alguns problemas que terminavam por comprometer o funcionamento do modelo burocrático. Como não havia um controle de resultados das atividades estatais, a eficiência do modelo fora bastante questionada em virtude da morosidade que tomava conta dos serviços públicos.

Desta maneira, em razão desses problemas, o modelo de administração pública burocrático sofreu algumas reformas. Com vistas a superar os problemas burocráticos que assolavam o serviço público, fora editado o Decreto-lei nº 200 que se tornou um termo importante na evolução do modelo de administração pública no Brasil.

O Decreto-lei nº 200 descentralizou os serviços prestados pela administração pública brasileira. O fez através da criação de entidades para compor a chamada administração pública indireta. Desta forma, descentralizou o poder central através de autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Acrescente-se ainda que o intuito do mencionado Decreto também era o de melhorar os controles internos da própria administração, realizando para tanto um melhor acompanhamento da execução de programas de trabalho e de orçamento bem como um melhor acompanhamento dos resultados alcançados pelos administradores na execução dos contratos.

A sistematização trazida no Decreto-lei nº 200 de 1967 buscava otimizar os trabalhos administrativos até então realizados no seio estatal. Para atingir tal fim foram reduzidos e até eliminados os processos meramente formais bem como foram racionalizadas as tarefas que o Estado se propunha a cumprir.

Como tais medidas, intentou o legislador pátrio fazer com que a gestão pública fosse mais especializada e célere, e com isso um novo leque de empresas estatais brotou. Para Pereira (1995), a reforma operada pelo Decreto-lei nº 200 de 1967 constituiu um marco na tentativa de superação da rigidez burocrática do Estado.

Isto porque, estabeleceu conceitos de planejamento, descentralização, coordenação e controle na administração pública brasileira, o que acarretou numa maior presença do Estado na sociedade.

No entanto, pelo fato de no Brasil vigorar o regime militar nos anos seguintes ao da edição do referido decreto, o foco voltou a ser a centralização do poder nas mãos da União. Com isso, a concentração de recursos financeiros, poder decisório e governo nas mãos do poder central, fez com que a presença estatal se tornasse ainda maior durante esse período.

No período pós-governo militar, houve novos marcos de tentativa de desburocratização da administração pública no Brasil.

Num primeiro momento, fora lançado no ano de 1979, através do decreto 83.740 de 18 de julho, o programa nacional de desburocratização, que trazia métodos de administração gerencial, que sistematizava formas de trabalho eliminando condutas desnecessárias no decorrer das atividades realizadas pelo Estado.

Na realidade, o objetivo do referido decreto era técnico e político tendo em vista que buscava dar eficácia a direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Nos dizeres de Beltrão (1984, p. 11)

O Programa (...) foi instituído com o propósito de dar início a uma transformação essencial no comportamento da administração em relação a seus usuários. (...) O Programa não se destina a aperfeiçoar o funcionamento interno da máquina administrativa. Pretende garantir respeito à dignidade e à credibilidade das pessoas e protegê-las contra a pressão burocrática. Fica assim evidenciada a dimensão política do Programa.

No mesmo decreto, fora criado de forma extraordinária o Ministério da Desburocratização, que serviria realizar a implantação dos objetivos que visavam dinamizar e simplificar o funcionamento da administração pública federal. O referido Ministério teve vida entre os anos de 1979 até 1986.

Apesar dos esforços envidados para que houvesse um aperfeiçoamento da máquina administrativa, isso não significava que o objetivo do plano de desburocratização seria reduzir o tamanho e participação do Estado nas atividades dos mais diversos setores da sociedade.

O plano na verdade serviu para inibir o crescimento estatal através de uma nova proposta de funcionamento do modelo de administração pública já existente no País. Sendo assim, o novo modelo de Administração Pública passou a ser buscado no país, como se verá adiante.

2.4 O MODELO DE ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL E O SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Com o esgotamento do modelo de administração burocrático, passou-se a buscar no nosso País um modelo de administração que trouxesse mais resultados, traduzindo isso como uma maior eficiência na prestação do serviço bem como o atendimento desse objetivo num menor custo possível.

As inspirações para a concepção de um novo modelo de administração pública vieram então do continente europeu bem como do modelo norte americano.

Tem destaque o modelo de gestão que foi implantado por Margareth Thatcher na Inglaterra, Ronald Reagan nos Estados Unidos e Helmut Kohl na Alemanha no fim dos anos 70 e no início dos anos 80.

Todos esses Chefes de Estado apoiaram-se em ideais liberais propostos por Hayek (1990, p. 62), que acreditava que:

A doutrina liberal é a favor do emprego mais efetivo das forças da concorrência como um meio de coordenar os esforços humanos, e não de deixar as coisas como estão. Baseia-se na convicção de que, onde exista a concorrência efetiva, ela sempre se revelará a melhor maneira de orientar os esforços individuais. Essa doutrina não nega, mas até enfatiza que, para a concorrência funcionar de forma benéfica, será necessária a criação de uma estrutura legal cuidadosamente elaborada, e que nem as normas legais existentes, nem as do passado, estão isentas de graves falhas.

Esses países efetuaram reformas em seus setores públicos visando conquistar mais eficiência nos serviços prestados à população através da adoção de medidas que passavam por ajustes fiscais, descentralização administrativa, regulação de serviços, abertura de competição para que agentes privados realizassem tais atividades e por fim *accountability*. Este último atributo, de acordo com Pinho e Sacramento (2009, p. 1364), pode ser compreendido como:

o significado do conceito envolve responsabilidade (objetiva e subjetiva), controle, transparência, obrigação de prestação de contas, justificativas para as ações que foram ou deixaram de ser empreendidas, premiação e/ou castigo.

Esse método de administração começou a ser idealizado no Brasil e passou a ser chamado de modelo gerencial de administração pública haja vista a inspiração buscada no modelo privado de administração de seus negócios. Isso significa que a administração pública, em tese, tornaria a delegar e gerenciar com eficiência e

controle de resultados das atividades que passariam a ser descentralizadas pelo Estado.

Na leitura do modelo de administração gerencial, a forma de Estado Desenvolvimentista adotada desde os anos 30 mergulhou numa enorme crise fiscal tendo em vista a retração do poder de crédito estatal combinado com um aumento significativo da dívida pública, prejudicando a poupança interna e novos investimentos.

Com isso, foi adotada a estratégia de reduzir a participação do Estado em diversos setores da sociedade, incorporando-se a ideia de ter havido o esgotamento do modelo desenvolvimentista que fez com que o Estado aumentasse sua participação tanto na esfera econômica quanto na esfera social.

Desta maneira, o primeiro ato que podemos considerar como a inserção do modelo de administração gerencial foi a publicação da Lei nº 8.031 de 12 de abril 1990, que institui o Programa Nacional de Desestatização.

O referido programa tinha por objetivo (BRASIL, 1990)⁵ modernizar o Estado, e para isso previa medidas que reposicionava a forma de atuar do Estado, somadas a redução de dívida pública e um estímulo às atividades desenvolvidas pela iniciativa privada.

Com isso, durante os primeiros anos do governo de Fernando Collor de Melo, uma marcante reforma administrativa teve início com enfoque no enfraquecimento da participação do Estado na sociedade em conjunto com a extinção de vários cargos na administração pública federal e de desestatização de algumas empresas estatais.

⁵ Art. 1º É instituído o Programa Nacional de Desestatização, com os seguintes objetivos fundamentais:

I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público;

III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

IV - contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia;

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.

Para se ter uma ideia, entre 1990 e 1994 mais de 30 (trinta) empresas estatais foram desestatizadas (BRASIL, 2011). Afora isso, foram realizados diversos leilões de participações minoritárias do governo dentro da linha proposta pelo decreto 1.068 de 02 de março de 1994.

Seguindo a linha do modelo neoliberal que vinha sendo implantado no Brasil, o governo de Fernando Henrique Cardoso continuou priorizando a reforma do aparelho estatal. Para tanto, fora criado o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE para gerir o serviço público brasileiro.

O referido ministério, que era guiado por Luiz Carlos Bresser Pereira, elaborou um documento chamado de Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE, que visava o aumento da eficiência, da competitividade e da qualidade do desempenho do setor público com uma diminuição dos seus custos.

Com buscas a esse objetivo, o referido Plano Diretor partia do pressuposto que havia certas atividades que seriam exclusivas do Estado, tais como atividades relacionadas com a defesa do Estado, com arrecadação de impostos, com a administração do tesouro entre outras, e deveriam recair sobre os órgãos da administração.

Por outro lado, outras atividades, relacionadas a diversas áreas, tais como a cultura, educação, infraestrutura pública, saneamento, ensino entre outras, poderiam ser prestadas por pessoas da iniciativa privada, atuando o Estado como regulador de tais atividades.

Tal medida seguiu a tendência da política neoliberal de governo que primava por estimular o setor privado a realizar tais atividades acreditando que com uma maior concorrência haveria uma melhor prestação de tais serviços combinada com uma redução do seu custo o que, em última análise, levaria à diminuição da participação estatal em diversos setores produtivos.

Isso aconteceu, conforme dito antes, como forma de solucionar as críticas do modelo de administração utilizado pelo Estado, que resultou num aumento significativo de sua participação em diversas atividades e nas mais variadas áreas, o que veio a acarretar o esgotamento da possibilidade de uma prestação eficiente, célere e financeiramente compatível com a capacidade pública.

Sendo assim, conforme mencionou Di Pietro (2006, p. 33-34), começa a tomar corpo no Brasil às características do princípio da subsidiariedade onde se

alocam funções indelegáveis, as quais tem o Estado como executor direto, e as funções delegáveis, as quais em sua grande maioria a iniciativa privada as exerce, restando ao Estado o papel de regulador e fiscalizador de tais atividades.

Desta maneira, visando aperfeiçoar o funcionamento do Estado bem como fortalecer o seu papel de regulador e fiscalizador, através de uma atuação eficaz do setor privado sem que houvesse contaminação de intervenções políticas, são priorizadas as privatizações em conjunto a criação de diversas agências reguladoras.

As referidas agências não seriam novidade em âmbito nacional. Isto porque, como bem observou Di Pietro (2014. p. 540-541), entidades que detinham competência para exercer funções regulatórias e fiscalizatórias remontam ao ano de 1918 com a criação do Comissariado de Alimentação Pública, passando pelos Institutos de Defesa Permanente do Café em 1923, do Açúcar e do Alcool em 1933, Nacional do Mate em 1938, Nacional do Sal em 1940 e Nacional do Pinho em 1941.

Entretanto, nesta nova concepção de modelo de administração, as atuais agências reguladoras foram inspiradas nas *agencies* do direito norte americano, em que pese à diferença do contexto factual de criação, que será objeto de explanação no capítulo seguinte.

Num primeiro momento, as agências foram concebidas sob o nome de agências autônomas. Fora focada a responsabilização por resultados e a autonomia de gestão, associadas à transformação de autarquias e de fundações que exerciam atividades exclusivas do Estado em agências autônomas. Com foco na modernização da gestão agências teriam os seguintes objetivos (1995, p. 62):

Projeto das Agências Autônomas desenvolver-se-á em duas dimensões. Em primeiro lugar, serão elaborados os instrumentos legais necessários à viabilização das transformações pretendidas, e um levantamento visando superar os obstáculos na legislação, normas e regulações existentes. Em paralelo, serão aplicadas as novas abordagens em algumas autarquias selecionadas, que se transformarão em laboratórios de experimentação.

Em seguida, foram definidos os escopos de atuação dessas agências, que deveriam estimular a competição e investimento privado nos mercados, buscar o melhor atendimento em conjunto com qualidade e segurança num menor custo possível para o cidadão e até solucionar conflitos entre os usuários e prestadores do serviço.

Para tanto uma série de garantias e qualificações foram previstas para a construção das referidas agências. Tais características serão descritas no capítulo terceiro dessa dissertação.

Por fim, de se destacar que em âmbito federal foram criadas 12 (doze) agências reguladoras no Brasil. São elas a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, criada pela Lei nº 9.427/1996, Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, criada pela Lei nº 9.472/1997, Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, criada pela Lei nº 9.478/1997, Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, criada pela Lei nº 9.782/1999, Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, criada pela Lei nº 9.656/1998, Agência Nacional de Água – ANA, criada pela Lei nº 9.984/2000, Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, ambas criadas pela Lei nº 10.233/2001, Agência de Desenvolvimento do Nordeste – ADENE e Agência de Desenvolvimento da Amazônia – ADA, ambas criadas pela Medida Provisória nº 2.146-1/2001, Agência Nacional de Cinema – ANCINE, criada pela Medida Provisória 2.228-4/2001 e posteriormente regulamentada pela Lei nº 10.4545/2002 e Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, criada pela Lei nº 11.182/2005.

No capítulo seguinte, será realizado um processo evolutivo das agências reguladoras nos Estados Unidos, em razão da inspiração que as suas chamadas *agencies* trouxeram ao nosso modelo de regulação.

3 O MODELO AMERICANO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Conforme foi analisado no primeiro capítulo desta dissertação, as bases das agências reguladoras criadas no Estado brasileiro foram espelhadas nas chamadas *agencies* oriundas do Estado norte americano. No entanto, o contexto de criação das agências é bastante distinto em ambos os países, e é isto que vai ser tratado no presente capítulo.

Os Estados Unidos, país que adota o sistema da *Common Law*, é uma grande referência para o estudo das agências reguladoras haja vista serem o primeiro país a adotar o modelo de organização reguladora com base em agências dotadas de especialização (ARAGÃO, 2013).

3.1 ORIGENS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NOS ESTADOS UNIDOS

Consoante dito anteriormente, o modelo organizativo das agências reguladoras foi adotado pelos Estados Unidos de forma pioneira.

O primeiro registro de legitimação Estatal para editar atos regulatórios na história americana se deu em 1876, através do caso *Munn v. Illinois* (JUSTIA, 2876).

O referido caso abarcava a problemática na qual se questionava a legitimidade do Estado de Illinois em exercer atos de regulação consistindo na prescrição de tarifas máximas a serem respeitadas pelas empresas comerciais que prestavam o serviço de armazenamento e manuseio de grãos.

As empresas que prestavam esse tipo de serviço naquela época fixavam seus próprios preços, sem obedecer a qualquer parâmetro legal, tudo com base na livre iniciativa e na regulação pelo próprio mercado.

A Suprema Corte norte americana decidiu que era constitucionalmente legítimo ao Estado de Illinois fixar os preços máximos a serem praticados nos referidos negócios com base no princípio da regulação pública dos negócios privados que se prestavam a servir o interesse público.

Em outro momento, já na década de 1880, a população norte americana realizava diversas manifestações de indignação pública em razão do seu descontentamento com as políticas abusivas e autoritárias que circundavam a atividade de transportes ferroviários.

Em razão de tais fatos, e com a tese adotada pela Suprema Corte no caso *Munn V. Illinois*, fora criada, no longínquo ano de 1887, a primeira agência reguladora independente dos Estados Unidos em âmbito Federal. Tratava-se da ICC - *Interstate Commerce Comission* (Comissão de Comércio Interestadual), criada pelo *Interstate Commerce Act of 1887* (LEGIS WORKS, 1887), e tinha como objetivo a regulamentação dos serviços interestaduais de transportes ferroviários. O papel da referida agência era o de resolver de forma independente e técnica as disputas existentes entre as ferrovias e os transportadores.

Tal fato também inaugurou uma nova concepção do Direito Administrativo no âmbito jurídico norte americano.

De se dizer que o sistema da *Common Law* possui características dentre as quais a idéia de um controle pelo Poder Judiciário sobre qualquer Poder Público, conhecida como *Judicial Supremacy*.

Conforme doutrinou Whittington (2007, p. 6-7):

A Supremacia judicial refere-se à obrigação de coordenação de funcionários não só para obedecer a essa [judicial] decisão, mas a seguir o seu raciocínio em futuras deliberações". (...) Para a supremacia judicial, a Corte define o efetivo sentido Constitucional de uma maneira tal que outros funcionários do governo são obrigados a aderir, não só a disposição de um caso específico do Tribunal, mas também para o raciocínio constitucional do referido Tribunal.

A razão para a existência de *Judicial Supremacy* no sistema norte americano decorre da desconfiança dos revolucionários daquele país no Poder Executivo, havendo clara indicação de conferência maior de poder ao Judiciário e ao Legislativo.

Tal situação é diametralmente oposta ao ocorrido na Revolução Liberal Francesa, que assim como nos Estados Unidos, ocorreu durante o século XVIII (HOBBSAWN, 2013). Na França, o judiciário caíra em descrédito junto aos revolucionários, que criaram uma justiça administrativa dentro da própria Administração Pública (DI PIETRO, 2014). Em razão de tais motivos, houve grande desenvolvimento do ramo do direito administrativo nesse país.

Na verdade, nos Estados Unidos, o estudo das agências reguladoras independentes e seu modelo organizacional administrativo se confundem com o próprio Direito Administrativo. Consoante afirmou Metzler (1935, p. 225):

O crescimento do direito administrativo resultou como o acompanhamento natural do crescimento de órgãos administrativos existentes no reconhecimento de funções governamentais e das novas agências criadas para atender às necessidades de uma sociedade em mudança.

Nesse sentido, Harriman (1916, p. 665) aprofunda que:

Existem inúmeras comissões neste país. A Comissão Interestadual de Comércio é a mais importante, ela é autorizada pelo Poder Legislativo para produzir normas que regem a realização de negócios de vários tipos, e a violação dessas normas, quando ocorrida, muitas vezes são declaradas como crimes pela Autoridade Legislativa. O poder de administração também pode incluir uma porção do Poder Executivo, e a mesma comissão poderá ser investida de Poder Legislativo para aprovar uma regra de conduta, e com Poder Executivo de exigir o cumprimento de acordo com essa regra.

Desta maneira, percebe-se a importância das agências reguladoras para o desenvolvimento do Direito Administrativo norte americano.

Outro momento de extrema importância na evolução do Direito regulador norte americano foi a edição, em 1890, da Lei Anti-Truste Sherman (*The Sherman Anti-Trust Act*) (TELSER, 1982), que fora considerada como a constituição econômica do país (KOVACIC, 1999).

A Lei Sherman visava combater o monopólio e as restrições indevidas nas competições de mercado. O referido diploma legal fora criado numa circunstância onde, devido ao aumento da industrialização no período pós-guerra civil, o mercado americano ficou bastante vulnerável as concentrações de poder e abuso de direito econômico.

No entanto, em que pese à importância do papel da Comissão de Comércio Interestadual no desenvolvimento do modelo de organização do direito administrativo norte americano, bem como dos ditames legais trazidos na Lei Sherman de 1890, durante um lapso de tempo considerável não fora criada outro tipo de agência reguladora que exercesse um papel semelhante ao da sobredita Comissão ou que atuasse na esteira do que foi delineado pela então denominada constituição econômica.

Apenas no ano de 1914, quase 30 (trinta) anos depois, uma nova agência reguladora, tendo como modelo a Comissão de Comércio Interestadual, foi concebida nos Estados Unidos. Tratava-se da *FTC – Federal Trade Commission* (Comissão Federal de Comércio), que fora criada pelo *Federal Trade Commission Act of 1914*.

Em termos gerais, a Comissão Federal de Comércio atua de com forma de ente regulador da concorrência bem como ente fiscalizador das práticas de concorrência desleal ou situações onde se configure abuso de poder econômico por parte dos diversos agentes existentes no mercado.

A referida agência reguladora tem como objetivos precípuos a proteção do comércio, visando impedir fraudes e práticas comerciais contrárias aos interesses dos consumidores. Também visa ao cabo promover uma melhor concorrência no mercado, impedindo o surgimento de fusões que tornem o mercado menos competitivo, fato este que prejudica, ao final, o cidadão consumidor daquele país (FTC, 2014).

Com a criação das referidas agências reguladoras, os Estados Unidos passaram a adotar uma tímida política de intervenção do Estado na economia, em virtude do crescimento do capitalismo desenfreado, que teve como idealizadores Andrew Carnegie, John D. Rockefeller, Jay Gold, J.P. Morgan dentre outros (MORRIS, 2010).

No entanto, no final da década 20, uma grave crise financeira assolou os Estados Unidos, exigindo do Estado norte americano uma participação bem mais agressiva na regulação de sua economia. Foi que veio a ocorrer conforme se verá no item a seguir.

3.2 A GRANDE DEPRESSÃO DE 1929 E O EFEITO DO NEW DEAL NAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A economia dos Estados Unidos com o fim da primeira guerra mundial cresceu bastante. Isto porque, os americanos obtiveram muitas vantagens em razão da grande quantidade de produtos que exportaram para Europa, bem como devido a grandes empréstimos realizados para países que foram devastados em razão da guerra.

Neste período, diversos segmentos econômicos, tais como indústria automobilística, indústria petrolífera, indústria do aço, se desenvolviam rapidamente.

Vigorava no país os conceitos estabelecidos pela doutrina liberal (BOBBIO, 2000) dentre as quais a do Estado mínimo.

O Estado norte americano era o país onde se sentia na pele os conceitos de livre iniciativa, livre concorrência e o liberalismo econômico. Entendia-se que com o

livre mercado, preços seriam regulados e as inovações se dariam através da *mão invisível*. Conforme dito por Smith (2008, p. 16):

Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos nosso jantar, mas do que lhes diz respeito ao seu próprio interesse. [Cada indivíduo] pretende apenas a sua própria segurança, apenas seu próprio ganho. E ele está neste guiado por uma mão invisível a promover um fim que não fazia parte da sua intenção. Ao prosseguir seu próprio interesse, ele frequentemente promove o da sociedade mais eficazmente do que quando ele realmente tem a intenção de promovê-lo.

Sendo assim, prevalecia nos Estados Unidos os ensinamentos do liberalismo econômico onde se entendia que a competição livre entre os diversos fornecedores levaria não só à queda do preço das mercadorias, mas também a constantes inovações tecnológicas, no afã de baratear o custo de produção e vencer os competidores (PINHO; VASCONCELLOS, 2004).

No entanto, no ano de 1929, uma forte crise econômica se instaurou nos Estados Unidos. A crise sob referência ficou conhecida, dentre outros temas, como a Grande Depressão.

Dentro desse contexto, uma das causas atribuídas por estudiosos de escol para tamanha crise na economia norte americana fora a falta de regulação adequada do mercado, isso em consequência dos ensinamentos liberais seguidos no país.

Desta maneira, na década de 30, durante o governo de Franklin D. Roosevelt, fora implementado um grande plano de intervenção estatal na economia, o chamado *New Deal*.

O referido plano estatal fora baseado na teoria e nos princípios econômicos de John Maynard Keynes. O referido plano trouxe pontos até então inexistentes na política econômica do País tais como, controle de preços, criação de seguro desemprego e controle de emissão de valores monetários (JESUS, 2011).

O *New Deal* também instaurou uma série de programas estatais que abrangiam a realização de diversas obras públicas, tais como a construção de estradas, portos, aeroportos dentre outras.

Com a crise de 1929 e a implementação do plano de intervenção estatal através do *New Deal*, que visava dentre outras coisas, realizar uma regulação mais efetiva do mercado americano, as agências reguladoras passaram a ocupar uma posição de destaque no cenário que estava se desenhando naquele país.

Com isso, ao contrário do que aconteceu no Brasil, onde as agências surgiram como forma de retirar o Estado das atividades majoritariamente privadas, nos Estados Unidos as agências vinham atender a uma demanda da população de mais presença do Estado na vida das pessoas, sendo isto efetivado através da atividade regulatória.

O pensamento de Freeman (2013) resume bem a situação vivida nos Estados Unidos neste início de século e o efeito do *New Deal* no País.

Isto porque, até o século XX, os americanos tiveram um contato muito limitado com o governo federal. Era rara a interação entre a sociedade e o governo federal.

No entanto, com a evolução da atividade industrial o que acarretou conflitos de trabalho rompidos, a urbanização e o crescimento de movimentos políticos radicais a responsabilidade do Estado na regulação fora primordial em várias áreas, como na economia, na mediação de conflitos sociais, e promovendo padrões mínimos de bem-estar.

Ainda assim, até a década de 1930 o governo federal ficou modesto em tamanho, capacidade administrativa, e penetração nas rotinas diárias da vida americana. De acordo com Freeman (2013, p. 86):

O New Deal mudou isso, e fê-lo rapidamente. Em 1930, o Governo Federal tinha 860 mil empregados e um orçamento de U\$ 3,3 bilhões. Dez anos mais tarde tinha 1,5 milhões de empregados e gastou U\$ 9.6 bilhões. Naquele momento, tornou-se intrinsecamente envolvido em tudo, desde negociações coletivas que discutiam pensões por idade bem como na construção de moradias, das artes, e no combate ao crime. Quase todos os distritos do país tinha um novo projeto de obras públicas - uma escola, hospital, tribunal, correios, parque, estrada, ou represa - financiados por Washington.

Desta maneira, percebia-se a necessidade de regulamentação das diversas atividades que vinham sendo criadas após a implementação do *New Deal*. E dentro deste cenário, diversas agências reguladoras, ou melhor, *agencies* para os americanos, foram criadas.

A primeira delas, e uma das mais emblemáticas, fora a *National Recovery Administration* – *NRA* (HIMMELBERG, 1968), que nasceu em 1933 com o intuito de regulamentar atividade industrial e combater o alto desemprego existente naquela época.

A NRA trouxe uma verdadeira intervenção do Estado na economia. A referida agência determinava controle de preços e prescrevia novas garantias aos trabalhadores e consumidores daquela época. Tudo isto sob o argumento de restaurar a competição no mercado industrial.

No entanto, a NRA não durou muito tempo neste cenário. Sofreu diversas críticas em razão da autonomia que lhe fora dada, não tendo atingido os objetivos que enraizaram sua criação. No ano de 1935, a Suprema Corte Americana declarou sua inconstitucionalidade em razão da patente violação de competência legislativa.

Isso aconteceu no caso *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States* (JUSTIA, 1935). No referido caso, as regulamentações trazidas pela NRA trazia fixação de preços e salários, e também alguns requisitos para que houvesse venda de aves, que era o objeto da atividade da Schechter Poultry Corp.

O governo alegou que a Schechter Poultry Corp vendia aves doentes bem como que a empresa não estava atendendo as questões de preços e salários fixados pela agência.

A Suprema Corte Americana considerou que as delegações de competência legislativas fornecidas a NRA eram inconstitucionais, pois se tratavam de funções legislativas essenciais ao Estado. Também afirmou a Suprema Corte que em alguns aspectos, a lei de criação da NRA excedia o poder do Congresso Americano de regular o comércio interestadual, visto que tal competência era exclusiva dos Estados americanos.

Inúmeras outras agencias foram criadas. Cada uma para cuidar de um assunto específico. Não pretendemos aqui listar todas elas, mas tão somente referenciar a diversidade de agencias e de setores que foram regulados durante o Governo Roosevelt.

No setor civil, cabe destacar a criação da *Civilian Conservation Corps* – CCC (CCC LEGACY, 2014) que visava recrutar homens entre 18 e 25 anos para empregá-los nos campos visando a plantação de arvores ou na construção de parques e estradas em solo federal.

Igualmente no Setor Civil fora criada a *Civil Works Administration* – CWA (SCHWARTZ, 1984) que providenciou empregos na construção civil para mais de 4 (quatro) milhões de pessoas. Os trabalhos se propunham a construir rodovias, escolas, canais de esgoto dentre outras coisas.

No entanto, no setor civil, a agência que merece mais destaque é a *Works Progress Administration – WPA*. Sem dúvidas foi o maior e mais abrangente agência do *New Deal*, afetando cada localidade americana. Ela ajudou a empregar mais de 8 milhões de pessoas. Também recrutava as pessoas para construir estradas e rodovias, pontes, escolas, aeroportos, parques e outros projetos públicos.

Em números absolutos, a WPA construiu cerca de mil quilômetros de estradas, várias pontes, aproximadamente 125.000 mil edifícios públicos, mais de mil quilômetros de pistas de aeroportos, dentre outras coisas. Tudo isto de acordo com o relatório final das atividades geradas pela WPA (2014).

Já na área da seguridade social fora criada a *Social Security Administration – SSA* (LOPEZ, 1987), permanece em funcionamento até os dias atuais. Seu objetivo na época de criação era a administração de um fundo de pensão para aposentados bem como para gerir um programa de seguro desemprego e outro de assistência para mães dependentes, crianças e pessoas com dificuldades motoras.

Na área econômica, tem grande importância o *Federal Deposit Insurance Corp – FDIC* (2014). Na época de sua criação, seu intuito foi restaurar a confiança dos bancos e estimular a poupança. A referida agência permanece em funcionamento nos Estados Unidos.

Também na área econômica vale citar a *Federal House Administration – FHA* (HUD.GOV, 2014). A referida agência fornecia pequenos empréstimos visando à construção de casas e outros tipos de habitação. Agência também permanece em vigor.

Na área da regulação de mercados, fora criada a *Security Exchange Commission – SEC* (U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, 2013). Seu objetivo é muito ligado a uma das razões que foram consideradas como responsáveis pela crise americana, qual seja, regular o mercado de ações para proteger os investidores públicos e privados de manipulações que pudessem vir a ocorrer na bolsa de valores.

A SEC atua até hoje na regulação do mercado de valores mobiliários dos Estados Unidos, sendo, sem dúvidas, uma das principais agências daquele País.

Outra agência que fora criada na época do *New Deal* e que permanece em funcionamento até hoje é a *Federal Communications Commission – FCC* (2014). Seu

objetivo era regulamentar as rádios durante aquele período. Hoje tem sua atuação bem mais ampla, abrangendo radiodifusão, televisão e telecomunicações.

Como dito acima, a chegada do *New Deal* trouxe a criação de várias agências reguladoras nos Estados Unidos. Não pretendemos esgotar a totalidade de agências criadas, mas apenas mostrar em passagem a diversidade de assuntos tratados em algumas agências.

Diante da criação de inúmeras agências em um curto espaço de tempo, foi necessário que o governo americano padronizasse a forma de atuação das referidas agências. Tal assunto será abordado no tópico seguinte.

3.3 DA FORMA DE ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS AMERICANAS

Tendo em vista a explosão de atividades reguladas e do consequente número de *agencies* criadas nos Estados Unidos, fora primordial para este país que fosse criada uma regulamentação específica que regesse e padronizasse a atuação dessas entidades.

Desta maneira, no ano de 1946, veio à tona a promulgação da *APA – Administrative Procedure Act* (THE UNITED..., 1946), sendo esta norma a responsável pela criação de parâmetros para atuação das agências reguladoras em território Norte Americano.

A legislação ora mencionada estabelece diversas possibilidades de atuação das Agências. Dentre elas, a de editarem normas gerais através do chamado *rulemaking*, que consiste no procedimento a ser seguido para elaboração de normas.

Do mesmo modo, há previsão na legislação em apreço de funções julgadoras destinadas as agências, é a chamada *adjudication*. A *APA* também possui previsão para concessão de licenças bem como normatiza a possibilidade da aplicação de sanções por parte das agências.

Sendo assim, com a promulgação da *APA*, e do conjunto de regras que tal norma disponibilizou, a atuação das agências reguladoras norte americanas passou a ser mais bem controlada pela população.

Outrossim, boa parte dos questionamentos acerca de legitimidade e forma de atuação direcionados as agências reguladoras, como por exemplo, os que foram

feitos acerca da *NRA – National Recovery Administration* e comentados no tópico anterior, estavam submetidos a um substrato legal que baliza a atuação das *agencies*, o que permite uma melhor fiscalização.

A promulgação da APA trouxe as *agencies* independência e credibilidade na atuação tendo em vista que a partir desta norma, as atividades por elas realizadas, independentemente do setor regulado, passaram a ser parametrizados e limitados.

Como dito acima, as *agencies* foram dotadas de vários poderes. E dentro deste propósito, a APA concentrou em favor das agências norte americanas legitimidade para atuar com poderes administrativos, poderes quase-judiciais e poderes quase-legislativos (ARAGÃO, 2013).

Os poderes administrativos se davam na medida em que as *agencies* atuavam, e atuam, como instrumentos da administração que visam preservar interesses da coletividade, visando sempre o atendimento do interesse público.

No caso dos poderes judiciais, ou quase judiciais, estes foram investidos pela APA através da chamada *adjudication*. Neste caso, as *agencies* atuam resolvendo conflitos surgidos entre o setor regulado, na pessoa do prestador do serviço, em face ao indivíduo recebedor do dito serviço.

No que atine aos poderes legislativos, ou quase-legislativos, as agências norte americanas os exercem através das *Rulemaking*. Tais poderes são utilizados na edição de normas gerais e abstratas que geram efeitos coercitivos dentro da sociedade.

Por fim vale mencionar como funciona a sistemática da competência legislativa e jurisdicional norte americana.

Nos Estados Unidos existe uma dupla hierarquia de jurisdições. São elas a jurisdição Federal e a jurisdição Estadual. A jurisdição Federal se ocupa de questões exclusivamente federais enquanto que a jurisdição Estadual se ocupa com matérias sobre as quais o Congresso Nacional não pode legislar.

Tal questão é sedimentada desde o ano de 1792, quando a décima emenda⁶ à Constituição dos Estados Unidos determinou que a competência legislativa dos Estados é a regra naquele país.

⁶ O texto da referida emenda afirma o seguinte: “Os poderes que não estão delegados aos Estados Unidos pela Constituição, ou que por ela não são negados aos Estados, estão reservados aos Estados respectivamente e ao povo”

Ou seja, a competência dos Estados não é restringida nem mesmo quando o próprio ente federal é autorizado a legislar. O que não se permite é que os Estados elaborem suas regras com afronta as normas federais.

Entretanto, se registre que mesmo quando não exista leis federais, a competência residual dos Estados deve obedecer ao escopo da Constituição Federal.

Sendo assim, percebesse que, diferentemente da Constituição do Brasil, que estabelece minuciosamente a organização acerca da competência territorial e jurisdicional do Poder Judiciário, nos Estados Unidos essa organização é realizada de forma distinta entre a jurisdição Federal e a jurisdição Estadual.

A Justiça Federal americana possui 12 circuitos regionais. Esses 12 circuitos possuem 94 distritos judiciais federais sob sua jurisdição. Tais distritos seriam equivalentes à justiça federal de 1º grau no Brasil.

Cada circuito possui um Tribunal de Recursos, que seria algo semelhante aos Tribunais Regionais Federais no Brasil. Afora isso, existe mais um Tribunal de apelações para o Distrito de Columbia. Todas as decisões proferidas por esses Tribunais ficam sujeitos a recurso para a Suprema Corte americana.

Por último, vale mencionar a existência de Tribunais especializados em âmbito Federal, como o Tribunal de Ações Federais e o Tribunal de Comércio Internacional. Já no âmbito da Justiça Estadual, cabe a cada Estado realizar sua organização e forma de funcionamento.

3.4 DAS CRÍTICAS E MUDANÇAS NO MODELO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS AMERICANAS

A regulamentação trazida por via da APA distribuiu uma gama de poderes às agências reguladoras nos Estados Unidos. Do mesmo modo, o regramento delineado pela APA trouxe uma importante uniformidade de atuação destes entes, o que gerou mais confiança e credibilidade no mister designado as *agencies*.

E tal credibilidade e confiança no desempenho das agências duraram algumas décadas no Estado norte americano. Por cerca de 20 anos o trabalho de implementação de políticas públicas, sem olvidar de alguns questionamentos surgidos nesse período por estudiosos do tema, fora realizado de forma tranquila.

No início da década de 70, alguns questionamentos acerca das agências reguladoras americanas passaram a chamar grande atenção. Dentre elas, a teoria da captura e a da possibilidade de exoneração *ad nutum* de seus dirigentes.

Vale destacar que o aparecimento das inúmeras agências reguladoras em território norte americano se deu na tentativa de minimizar as falhas de mercado ocorridas naquele País, num período de grave crise econômica como foi a ocorrida em 1929.

As falhas de mercado servem como justificativa para que o Estado possa intervir na economia de um país. A intervenção estatal através da regulação visa minimizar o impacto das referidas falhas, corrigindo imperfeições e visando gerar o maior bem estar social possível. No entanto, essa intervenção pode sofrer influências negativas, dentre elas a captura regulatória.

A teoria da captura fora desenvolvida inicialmente pela escola de Chicago, nos Estados Unidos, e se relaciona com a possibilidade dos dirigentes de uma determinada agência reguladora, e em consequência à própria agência, passar a satisfazer interesses privados de entes regulados em detrimento aos interesses da coletividade.

Stigler (1971), no seu artigo que trata da teoria da captura, afirma que em regra a regulação é adquirida pela indústria ora regulada sendo projetada e executada primariamente para o seu benefício.

Para Stigler, embora uma agência reguladora tenha sido criada para corrigir uma falha de mercado, com o passar do tempo esta agência fica sujeita as empresas do setor regulado. Desta maneira, as decisões por elas tomadas passam a não mais maximizar o bem estar social, e sim visam satisfazer seus próprios fins.

Da mesma maneira, Posner (1974) entende que entidades reguladoras estão muito intimamente envolvidas com uma indústria ou segmento em particular. Por isso, os reguladores e suas equipes estão expostos a pressões de grupos de interesses fortes.

Conclui o renomado autor que essa suscetibilidade a pressões é que podem distorcer a análise das agências reguladoras nas intervenções que se façam necessárias.

Diante deste cenário, era de suma importância que houvesse estabilidade dos dirigentes da *agencies*. Isto porque a vedação a demissão *ad nutum* conferiria

estabilidade aos dirigentes da agência reguladora para desempenho do papel sem ingerências políticas.

No entanto, o caminho percorrido para que tais garantias fossem alcançadas não foi curto.

Num primeiro momento, no caso *Myers v. United States* (CASE..., 1926), se entendeu que o Presidente da República detinha o poder de governo. Isso significava que o Presidente poderia escolher os dirigentes das agências para a execução das políticas públicas, mas que também lhe era afeito o poder de removê-los do cargo a qualquer tempo e sem qualquer motivação.

Em seguida, a Suprema Corte americana no ano de 1935 no caso *Humphrey's Executor v. United States* (JUSTIA, 1935) mudou o entendimento acima destacado.

Neste caso acima mencionado foi assentado que apenas os diretores que faziam parte de agências executivas, onde não há exercício de poderes regulatórios ou judicantes, poderiam ser removidos livremente pelo Presidente que os nomeou. Isto porque os dirigentes de uma agência executiva seriam considerados membros de uma unidade do departamento executivo.

Já no ano de 1958, dentro do julgamento do caso *Wiener v. United States* (CORNELL...,1957),a Suprema Corte entendeu que o Presidente da República não poderia efetuar dispensa dos dirigentes das agências que desenvolviam atividades de produção normativa e que possuíam função judicante livremente.

O pano de fundo que deu norte a mencionada decisão foi o fato de que a intenção por trás da legislação que regulamentava as agências nos Estados Unidos era que fosse formado um corpo técnico apolítico e que não sofresse influência por parte do poder que os nomeava.

Em última análise, após longos anos de discussão, o precedente judicial da Suprema Corte americana que estabilizou o assunto sobreveio apenas no ano de 1988, no caso *Morrison v. Olson* (JUSTIA, 1988).

A Suprema Corte americana entendeu que o Presidente da República ainda permanecia com poderes para efetuar a retirada de um dirigente de uma agência reguladora. No entanto, para que o referido poder fosse exercido deveria haver o preenchimento da chamada *good cause*.

Isso significa que deveria existir uma justa causa prevista em lei para que houvesse a exoneração. A Suprema Corte também afirmou que a previsão dessas hipóteses de justa causa em lei era legal, e tratava-se apenas de uma limitação ao poder de exoneração que era conferido ao Presidente da República.

Mesmo diante da estabilidade conferida aos seus dirigentes, se intensificou um processo de controle mais rígido da atuação das agências reguladoras em território norte americano.

Dentre as formas de maior controle das quais as *agencies* foram submetidas, podemos destacar a criação de dois escritórios vinculados ao poder executivo dos Estados Unidos que receberam, entre outras, funções de controle prévio das medidas regulatórias adotadas pelas agências reguladoras norte americanas.

Um dos escritórios é o *Office of Management and Budget – OMB* (WHITE..., 2015). O outro é o *Office of information and Regulation Affairs - OIRA*. A atuação de ambos os escritórios fora regulamentada pelas Ordens Executivas 12.291/81 e 12.498/85. Em seguida, mais duas Ordens Executivas aperfeiçoaram o tema, foram elas a 12.886/93 e a 13.422/07.

As Ordens Executivas 12.291/81 e 12.498/85, expedidas pelo Presidente Ronald Reagan, submeteram os atos das Agências Reguladoras ao controle prévio do OMB.

Tais medidas determinavam, em síntese, que uma ação regulamentar do Estado não deveria ser empreendida a menos que o potencial benefício a ser criado com a regulação supere os custos potenciais para a sociedade. Esse controle é realizado pela OMB.

Já as Ordens Executivas 12.886/93, expedida pelo Presidente Bill Clinton, e 13.422/07, expedida pelo Presidente George W Bush, fixaram para a OIRA o papel tanto de controlador dos procedimentos regulatórios realizados pelas *agencies* bem como o papel de fiscalização da adequação das normas propostas pelas agências com as políticas públicas do governo.

Por outro lado, não fora tão-somente as medidas de controle administrativo que se intensificaram em face das agências reguladoras norte americanas. O controle judicial dos atos editados pelas *agencies* também sofreu uma grande ampliação.

Além do exame de legalidade dos procedimentos adotados pelos entes reguladores, o Judiciário passou a verificar a razoabilidade dos comandos regulatórios proferidos por tais entidades. Tudo isso com base na *hard-look doctrine*.

Os Tribunais Norte Americanos, de acordo com a doutrina da *hard-look review*, buscam primeiramente avaliar se a agência reguladora agiu de forma razoável. Em seguida há uma avaliação dos argumentos e provas que foram utilizados pelas *agencies* para a edição do ato regulador (STEPHENSON, 2006).

Todo este procedimento é realizado de uma forma muito profunda, visando esgotar todos os argumentos favoráveis e contra a regulamentação editada pelo ente regulador. Tal procedimento traz uma maior legitimidade à norma de regulação editada pelas *agencies*.

Desta forma, da sua criação até os dias atuais, as Agências Reguladoras Norte Americanas passaram por um processo de amadurecimento bastante interessante. Da total autonomia para criação de normas de regulação, no seu nascimento, para um rígido controle de sua atuação, seja via Poder Executivo, seja por via do Poder Judiciário, nos dias atuais.

Ressalte-se que o controle jurisdicional das agências norte americanas será abordado de forma mais profunda no último capítulo dessa dissertação.

4 CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

O presente capítulo visa abordar as características das agências reguladoras pátrias bem como a forma como foram concebidas no ordenamento jurídico brasileiro.

Também serão abordadas as formas de controle dessas entidades, entretanto o controle judicial será melhor desenvolvido no último capítulo dessa dissertação.

4.1 A NATUREZA JURÍDICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Conforme dito no primeiro capítulo dessa dissertação, o modelo de gestão administrativa implementado no Brasil buscou atribuir ao Estado um papel com mais ênfase na regulação e na fiscalização das atividades que não fossem consideradas como exclusivas de Estado, sendo tais atividades realizadas predominantemente pela iniciativa privada.

Desta forma, o Estado entendeu que deveria criar entidades especializadas dotadas de autonomia, independência e corpo próprio para que a regulação e fiscalização das atividades exercidas por entes privados fossem realizadas com a devida excelência técnica.

Sendo assim, visando atender os primados acima descritos, entendendo-se que deveria existir a descentralização administrativa nesses casos, se optou por modelar as agências reguladoras como autarquias em regime especial.

As autarquias surgiram no Brasil no ano de 1943 com a edição do Decreto-Lei nº 6.016/43, e foram conceituadas em seu artigo 2º (BRASIL, 1943).

As referidas entidades foram inspiradas no conceito de autarquias estabelecido no Direito Italiano. De acordo com Cretella Júnior, as autarquias poderiam se conceituadas da seguinte forma:

forma específica da capacidade de direito público, peculiar aos sujeitos auxiliares do Estado, que exercem funções públicas por um interesse próprio, que seja igualmente público, e não daqueles que exercem funções públicas, na qualidade de particulares, com ou sem interesse próprio (CRETELLA JR, 1975, p. 112).

O nosso ordenamento pátrio, em que pese à criação das autarquias no ano de 1943, o Decreto-Lei 200/67, através do inciso I do seu artigo 5º, aprofundou a definição das autarquias da seguinte forma:

Artigo 5º.

I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada. (BRASIL, 1967)

Com a junção dos conceitos trazidos pela legislação bem como com a definição dada pelo autor italiano acima citado, podemos concluir que as autarquias possuem natureza jurídica de direito público o que faz com que a atividade que lhe seja atribuída se qualifique como atividades típicas da Administração Pública.

Em razão de tais conceitos, foram dadas as agências reguladoras a natureza jurídica de entidades autárquicas. Isso ocorreu em virtude de se entender que as agências seriam dotadas de personalidade jurídica de direito público, com competências estatais descentralizadas e específicas e com estrutura própria.

O procedimento de criação de uma autarquia no Brasil obedece à regra disposta no inciso XIX do artigo 37 (BRASIL, 1988) da Constituição Federal de 1988. De acordo com tal regramento, apenas por lei específica se criam as autarquias.

As autarquias, como regra geral, possuem administração, pessoal, receitas e patrimônio próprios. Também como regra geral as autarquias possuem autonomia, que pode ter seu grau variado, e se submetem ao chamado controle por via de supervisão ministerial, não havendo que se falar em controle hierárquico.

Não há controle hierárquico em virtude de não existir hierarquia entre a autarquia e a entidade a qual ela é vinculada. A hierarquia, como bem observado por Gasparini (2003), apenas é compatível com órgãos e agentes da mesma entidade.

O controle por supervisão ministerial significa que a administração pública direta que criou a autarquia poderá averiguar o cumprimento dos objetivos estabelecidos na lei de criação da entidade autárquica.

Os padrões para o controle através de supervisão ministerial foram estabelecidos no Brasil através do parágrafo único do artigo 20º do Decreto-lei 200/67, onde fora determinado que tal controle se daria através da orientação e coordenação das atividades de órgãos subordinados ou vinculados a um Ministério.

De acordo com os ensinamentos de Mello (2009), a supervisão ministerial visa assegurar o cumprimento de objetivos fixados para as entidades em seu ato de criação.

Do mesmo modo, tal controle visa harmonizar a atuação da autarquia com a política e programação do Governo no correspondente setor de atividade. Por óbvio que o referido controle também tem por fim zelar pela obtenção de eficiência administrativa e pelo asseguramento de autonomia administrativa, operacional e financeira em favor das mencionadas entidades.

Num panorama geral, seriam essas as características mais marcantes das autarquias. Mas no caso das agências reguladoras, o entendimento pátrio é de que se tratam de autarquias em regime especial, nomenclatura esta que agrega outros predicados as referidas agências, lhes diferenciando das demais entidades autárquicas.

Nesse sentido, importa transcrever os ensinamentos de Aragão que assim definiu as agências reguladoras:

autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à administração centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiados cujos membros são nomeados pelo Presidente da República, após prévia aprovação do Senado Federal. (2013, p. 276)

No que atine ao regime especial atribuído às agências reguladoras, este serviria para que sua finalidade fosse atingida de uma forma mais exitosa. O regime especial mencionado traria a estas entidades privilégios específicos visando à busca de aumento de autonomia.

Os privilégios específicos de cada agência reguladora deverão ser estabelecidos na sua Lei de criação. Sendo assim, os limites à competência regulatória, as características das funções normativas e judicantes, os parâmetros de autonomia financeira e orçamentária, a forma de organização e por fim sua independência decisória devem ser tratados no âmbito da Lei que determina sua criação.

Os referidos privilégios serão objeto do tópico seguinte do presente capítulo.

4.2 A AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PÁTRIAS

Consoante dito acima, as agências reguladoras pátrias são consideradas autarquias em regime especial, o que lhes empresta a personalidade jurídica de direito público, devendo sua lei de criação especificar quais características devem fazer parte do seu arcabouço estrutural.

Esse regime especial significa que as agências podem receber características distintas das autarquias comuns, o que lhes assegura maiores prerrogativas para desenvolver suas funções visando à boa regulação do setor sob sua supervisão.

Uma importante prerrogativa das agências reguladoras é a sua autonomia. De antemão é importante esclarecer que a autonomia não se confunde com independência. Isto porque a independência das agências reguladoras poderia nos induzir a acreditar que as agências poderiam ocupar uma posição fora dos três poderes constitucionalmente constituídos.

Em que pese tal distinção, é salutar trazer à baila que o termo independência no âmbito das agências reguladoras é utilizado por parte da Doutrina pátria. Mesmo assim, o referido termo é utilizado com restrições. Nessa linha Sundfeld (2006, p. 23) afirma que:

As agências vêm sendo dotadas de alguma 'independência', que a legislação menciona ser características importante de várias delas. Independência é uma expressão certamente exagerada. No mundo jurídico, preferimos falar em autonomia. Mas garantir a independência é fazer uma afirmação retórica com o objetivo de acentuar o desejo de que a agência seja ente autônomo em relação ao Poder Executivo.

A autonomia mencionada das agências reguladoras diz respeito principalmente a questões afeitas aos temas orçamentários e de estrutura.

A autonomia orçamentária das agências reguladoras tem relação com os recursos recebidos pelas entidades para a realização de suas atividades e a elaboração de sua estrutura.

Essa autonomia que também pode ser vista como uma autonomia econômico-financeira é um requisito essencial para que as agências reguladoras exerçam de forma eficiente e eficaz sua atividade fiscalizadora e normativa.

Sendo assim, as referidas agências na sua lei inaugural podem ser dotadas, com a devida consignação no orçamento do ente federativo criador, de fontes de recursos próprios, inclusive havendo a possibilidade de abastecer essas autarquias com as taxas de fiscalização ou ainda por meio de acordos e convênios gerados no setor regulado.

Um exemplo interessante dessas fontes pode ser extraída do artigo 11 da Lei nº 9427 de 1996, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Veja-se:

Art. 11. Constituem receitas da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL:

I - recursos oriundos da cobrança da taxa de fiscalização sobre serviços de energia elétrica, instituída por esta Lei. (BRASIL, 1996)

A autonomia financeira garantida por tais recursos confere as agências reguladoras disponibilidade de recursos materiais necessários para o bom desempenho de suas atividades.

Desta forma, as agências reguladoras poderão de fato exercer uma espécie de autogestão administrativa, lhes permitindo conduzir seus próprios recursos e realizar seus planejamentos de forma mais ágil. Em última análise, tal situação termina por desvincular as referidas agências da burocracia existente na administração direta.

Outra visão da autonomia das agências reguladoras no Brasil diz respeito à estabilidade de seus dirigentes.

Isso significa que para que as agências no Brasil desenvolva sua atividade de forma satisfatória e com confiabilidade, seus dirigentes devem ser investidos por tempo certo no cargo, ou seja, seus mandatos devem ser por tempo fixo.

Tal situação é extremamente importante para a tomada de decisões técnicas a serem produzidas pelas agências reguladoras. Essa estabilidade garante que as referidas decisões sejam tomadas sem que por trás delas haja algum supedâneo político-eleitoral, com a submissão da agência aos interesses de quem nomeia seus dirigentes.

A escolha desses dirigentes, em âmbito federal, se dá através da indicação pelo Presidente da República num primeiro momento, e em seguida o nome indicado é sabatinado pelo Senado Federal que poderá concluir pela aprovação do nome apontado pela Presidência.

Uma vez nomeados, os dirigentes terão, como dito anteriormente, um mandato com tempo fixo para desempenhar suas funções, ficando vedado à dispensa imotivada dos sobreditos dirigentes de suas funções, ou seja, não cabendo nesses casos à chamada exoneração *ad nutum*.

A exoneração *ad nutum* significa que os dirigentes poderiam ser dispensados sem que houvesse qualquer justificativa ou motivação para tal dispensa.

A inspiração pela vedação à dispensa imotivada dos dirigentes das agências reguladoras pode ser buscada no direito norte americano. Naquele país, desde a década de 1920 já se discutia a respeito da possibilidade de dispensa imotivada dos dirigentes assentados nas *agencies* existentes à época.

Conforme mencionado no capítulo anterior, ao Presidente americano caberia a escolha dos dirigentes das agências para a execução das políticas públicas, e do mesmo modo o Presidente poderia efetuar a dispensa dos dirigentes sem que houvesse necessidade de apresentar qualquer justificativa (CASE..., 1926).

Também conforme explicado no capítulo anterior, no caso *Humphrey's Executor v. United States* (JUSTIA, 1935), ficou definido que apenas os diretores que faziam parte de agências com características executivas, que não produziam atos normativos e nem exerciam funções jurisdicionais, poderiam ser removidos livremente pelo Presidente que os nomeou.

Em seguida, a Suprema Corte Americana no ano de 1957 (CORNELL..., 1957) assentou que era importante que não houvesse a dispensa imotivada de diretores de agências reguladoras. Isto porque, pelo fato das agências serem formadas por um corpo exclusivamente técnico, era importante que não existissem influências políticas em suas decisões.

Por fim, num caso mais recente, a Suprema Corte americana entendeu que o Presidente da República poderia realizar a dispensa de um dirigente de uma agência reguladora desde que o fizesse através de forma motivada, havendo de ser configurada a existência de uma *good cause* (JUSTIA, 1988).

Do mesmo modo, a chamada *good cause*, ou justa causa, deveria estar prevista em numa lei para que fosse legítima a dispensa dos dirigentes que com seus comportamentos afrontassem regra legais.

Desta forma, percebe-se que a estabilidade dos dirigentes confere as agências reguladoras uma maior tranquilidade no que diz respeito a sua produção normativa e fiscalizatória, sem que haja interferência nos trabalhos que porventura venha a ser realizados por ela.

Em território brasileiro, a questão da estabilidade de dirigentes de autarquias foi enfrentada inicialmente no ano de 1962 pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Mandado de Segurança nº 8693/DF (BRASIL, 1962).

No referido caso, a medida judicial foi apresentada pelo Conselheiro do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários, Murillo Gondim Coutinho, que havia sido nomeado para o referido conselho pelo então Presidente Juscelino Kubitschek para um mandato de 4 anos.

No entanto, quando o Presidente Jânio Quadros tomou posse na presidência, houve a dispensa imotivada do conselheiro Murillo Coutinho dos quadros do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários. Por tal fato o Mandado de Segurança fora impetrado.

O sobredito Mandado de Segurança teve o julgamento estabelecido por acórdão assim ementado:

INSTITUTOS AUTÁRQUICOS. NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO DE MEMBROS DE SUAS DIRETORIAS, PRESIDENTES E CONSELHEIROS. CONSTITUIÇÃO FEDERAL VIGENTE, ART. 87, Nº V; DISPOSITIVOS EQUIVALENTES DA CARTA DE 1937 E DA CONSTITUIÇÃO DE 1934. INTELIGÊNCIA. PODER DE EXONERAR IMPLÍCITO NO DE NOMEAR. MANDATO POR TEMPO CERTO. INOCORRÊNCIA. CARGOS EM COMISSÃO OU DE CONFIANÇA. DEMISSIBILIDADE AD NUTUM. PROGRAMA POLÍTICO, SOCIAL E ECONÔMICO DO GOVÊRNO. EXECUÇÃO E CONTRÔLE DO PODER EXECUTIVO. DENEGAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA. (BRASIL, 1962)

De se dizer, entretanto que, o julgamento acima mencionado não ocorreu de forma unânime. No decorrer do referido julgamento, o então Ministro Victor Nunes Leal havia realizado um pedido de vistas para efetuar uma melhor análise do caso concreto.

Em seu voto-vista, o Ministro Victor Nunes Leal se utilizou dos precedentes americanos ocorridos nos casos *Humphrey v. United States* e *Wiener v. United States* para asseverar que a lei que dava autonomia as autarquias, dentro dos limites que o legislador considerasse conveniente, tinha como um dos seus objetivos tornar os dirigentes dessas entidades independentes da interferência do Chefe da Administração Federal.

Nas palavras do Ministro em seu voto-vista no Mandado de Segurança nº 8693/DF ele afirmou que:

O objetivo do legislador, com a investidura de prazo certo, é justamente tornar o titular do cargo independente das injunções do Chefe do Poder Executivo. Se o que visa o legislativo é, justamente, tornar determinado funcionário independente, no exercício de suas atribuições, como podemos nós dizer, ao contrário da lei, que esse funcionário exerce função de confiança, que o tornaria inteiramente submetido ao Chefe do Governo? (BRASIL, 1962)

Em que pese esse posicionamento não ter sido o vencedor no julgamento do Mandado de Segurança acima mencionado, o Supremo Tribunal Federal revisitou o tema 37 anos depois, sendo adotado o entendimento que conferia a estabilidade dos dirigentes das agências reguladoras.

Isso ocorreu Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 1.949 (BRASIL, 2015) oriunda do Rio Grande do Sul.

O caso mencionado tratava da Lei nº 10.931/97 do Estado do Rio Grande do Sul, que estabelecia que a nomeação e posse dos dirigentes das suas agências reguladoras deveriam ser indicados pelo Governador e submetidos a sabatina junto a Assembleia Legislativa daquele Estado para em seguida, acaso houvesse aprovação dos nomes, fossem nomeados para o cargo.

No entanto, a norma em questão estabelecia que a exoneração dos dirigentes ficaria a cargo única e exclusivamente da Assembleia Legislativa, sem que houvesse qualquer participação do Chefe do Poder Executivo no procedimento.

O Supremo Tribunal Federal então entendeu que tal previsão não feriria o princípio da simetria constitucional num primeiro momento, eis que o procedimento para a nomeação dos dirigentes das agências reguladoras no âmbito do Poder Federal se dava da mesma forma.

Entretanto, o comando normativo que regulamentava o procedimento de exoneração dos dirigentes das agências reguladoras e que não previa a participação do Chefe do Executivo no referido ato fora considerado inconstitucional.

Após essa análise, a Corte Constitucional também garantiu a estabilidade dos dirigentes dessas agências. O fez de modo semelhante ao procedimento das agências reguladoras nos Estados Unidos, que previa que deveriam existir hipóteses de justa causa que motivassem o pedido de exoneração dos dirigentes realizado pelo Chefe do Poder Executivo.

Sendo assim, o Supremo optou por não conferir ao Chefe do Poder Executivo a faculdade de exonerar os dirigentes das agências a qualquer tempo e sem qualquer fundamento.

O fez por entender que a autonomia concebida para as agências reguladoras restaria bastante enfraquecida acaso a exoneração dos seus dirigentes ficasse ao livre talante do Poder que lhes indicou. Se não existisse vedação a demissão *ad nutum* dos dirigentes das agências, haveria risco de o Poder que os indicou influenciar as decisões técnicas que devem emanar do órgão regulador.

É salutar assim mencionar o seguinte trecho do Acórdão do Supremo Tribunal Federal onde há o tratamento da questão que envolve a impossibilidade da

exoneração dos dirigentes das agências sem que haja justo motivo para tanto. Veja-se:

A natureza da investidura a termo no cargo de dirigente de agência reguladora, bem como a incompatibilidade da demissão ad nutum com esse regime, haja vista que o art. 7º da legislação gaúcha prevê o mandato de quatro anos para o conselheiro da agência, exigem a fixação de balizas precisas quanto às hipóteses de demissibilidade dos dirigentes dessas entidades. (BRASIL, 2015)

Como dito acima, essa medida fortalece a atuação das agências reguladoras, legitimando seu modo de operar com garantias de que não se submeterá a influências externas que possam afetar tecnicamente as decisões que lhes competem.

Por fim, tão importante quanto a questão da impossibilidade de livre exoneração dos dirigentes das agências reguladoras é a questão do período no qual os referidos dirigentes devem ficar impossibilitados de exercer qualquer atividade no setor onde estavam atuando.

Neste caso, estamos falando do instituto da quarentena. Dentro desse período, que geralmente é fixado nas leis instituidoras das agências reguladoras, os dirigentes afastados sofrem restrições para atuações no âmbito da iniciativa privada, sob pena de sofrerem algumas penalidades.

Tal medida visa evitar que haja posição privilegiada do referido dirigente frente ao setor no qual ele ocupava o cargo, em razão de tal cargo, pela sua própria natureza, ser abastecido de informações importantes e estratégicas.

Sem sombra de dúvidas, tal instituto traz mais seriedade e segurança na atuação dos dirigentes escolhidos para atuarem nas agências pátrias.

4.3 FUNÇÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PÁTRIAS

As agências reguladoras pátrias, para o regular exercício de suas atividades previstas em lei, foram dotadas de funções regulamentares, jurisdicionais e administrativas.

As agências pátrias receberam do legislador amplos instrumentos para o exercício de funções administrativas. De antemão, é importante trazer o conceito de função administrativa proposto por Mello (2008, p. 36) que afirma:

Função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submisso todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

Desta forma, é sabido que as agências pátrias exercitam a função administrativa quando atuam no seu mister de fiscalizar atividades e exigir determinadas condutas dentro de um setor regulado, sendo tais exigências previamente estabelecidas por atos normativos.

A função administrativa flui nas agências reguladoras pátrias principalmente quando do exercício de suas funções fiscalizatórias.

Observamos que nesse campo as agências buscam impedir que empresas pratiquem ações que burlem a concorrência, criem monopólios e cartéis bem como prejudiquem a prestação de serviços aos cidadãos.

Do mesmo modo, a atuação das agências no campo da fiscalização busca a excelência através de normas legais e técnicas entre o binômio prestação eficiente dos serviços e a cobrança justa de tarifa.

Ainda, tais agências exercem a referida função administrativa quando obrigam que os prestadores do serviço no setor regulado forneçam informações técnicas para serem disponibilizadas aos consumidores daquele serviço.

Outra função a ser exercida pelas agências reguladoras pátrias é a já mencionada função jurisdicional ou de resolução de conflitos. De início cumpre destacar que tal função, como bem asseverou Motta (2003), não se confunde com o exercício da função jurisdicional pelo Poder Judiciário.

Isto porque, o exercício de função jurisdicional praticado pelas agências reguladoras não opera a denominada coisa julgada entre as partes litigantes no processo. As decisões proferidas pelas agências que resolvem questões entre agentes regulados e usuários ou consumidores podem ser objeto de apreciação judicial.

A forma como deve ser exercida a função judicante das agências geralmente é descrita na lei que as instituiu. Os meios que buscam a solução de conflitos também podem ser variados.

Como exemplo, podemos citar a Lei nº 9.478, que instituiu a Agência Nacional de Petróleo – ANP e que no inciso X do seu artigo 43 (BRASIL, 1997) estabeleceu meios de solução de controvérsias com possibilidade de utilização de arbitragem.

Dentro da função jurisdicional importa destacar a sua importância na construção da jurisprudência administrativa que eventualmente poderá vir a se tornar norma legal.

Neste caso, teríamos um processo semelhante ao que ocorre no *adjudication* das agências norte americanas, onde as decisões que constroem soluções de conflitos podem se transformar em normas técnicas, consoante fora detalhado no capítulo anterior.

Por fim, a função jurisdicional das agências sob comento é algo muito útil para que haja a constante melhora nos serviços prestados pelos entes regulados. Conforme observou Guerra (2005, p. 127):

Por essa função judicante a Agência Reguladora deve buscar a promoção da competição e, onde houver, a livre concorrência, a não-discriminação e a utilização eficiente e o incremento de investimentos em infra-estrutura voltada para exploração das atividades econômicas e dos serviços públicos, viabilizando que as informações sejam fornecidas de forma precisa, sem criar dificuldades ao acesso de outros interessados pela sua ausência de suficiência.

As agências reguladoras pátrias também foram dotadas de funções normativas. Tal função sem sombra de dúvidas é a mais polêmica das até agora mencionadas.

De início importa distinguir o poder legiferante do poder regulamentar para que se disserte sobre o poder normativo das agências pátrias.

O poder legiferante decorre diretamente da norma constitucional. É um poder primário. Já o poder regulamentar decorre do próprio poder legiferante. É um poder secundário.

Desta forma, o poder regulamentar deve se submeter aos contornos estabelecidos na legislação que é fruto da atividade exercida com base no poder legiferante.

No aspecto do poder regulamentar podemos citar também alguns tipos de regulamento. Primeiramente temos o regulamento autônomo ou independente.

O regulamento autônomo ou independente prescinde de participação do Poder Legislativo para sua elaboração. Tal atividade normativa é em grande parte

repudiada pela doutrina pátria haja vista não ter sido prevista na Constituição de 1988. Desta maneira deve haver uma interpretação restritiva (NETO, 2003, p. 571) do princípio da reserva legal insculpido nos artigos 5, II e 84, III da Carta Magna.

No ordenamento pátrio também temos o regulamento autorizado ou delegado, onde o Poder Legislativo autoriza o Poder Executivo, de forma delimitada na sobredita autorização, a criar e inovar no mundo jurídico.

Por fim temos os regulamentos de execução que são aqueles de competência do Chefe do Poder Executivo e que servem para regulamentar e dar fiel cumprimento a assuntos que foram anteriormente disciplinados em lei.

De início vale mencionar que o poder normativo das agências reguladoras não se amolda perfeitamente em nenhuma dessas possibilidades. Por isso surgem várias correntes doutrinárias que visam enquadrar as normas expedidas por essas agências ao ordenamento nacional.

Primeiramente podemos trazer à baila a tese da deslegalização. De acordo com tal instituto, por opção de política legislativa algumas matérias poderiam sair da esfera legal para serem disciplinadas por normativos secundários.

Tal posicionamento é defendido na doutrina por Aragão (2013, p. 454-455) quando afirma que:

Não há qualquer inconstitucionalidade na deslegalização, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria.

Sendo assim, haveria nessa espécie uma possibilidade de determinadas matérias serem tratadas por outras fontes que não sejam oriundas do Poder Legislativo. Existiria uma delegação normativa (NETO, 2003) em favor das agências reguladoras nos termos do artigo 48 (BRASIL, 1988) da Constituição Federal.

Diante disso, as agências receberiam o poder de editar normas sobre determinadas matérias onde os temas a serem tratados demandem uma especialidade técnica, sem que haja qualquer interferência política na atuação do corpo de especialistas das agências.

Obviamente as agências não receberiam carta branca para a realização da sua produção normativa. A pasta na qual elas estejam vinculadas é quem vai determinar as políticas públicas que devem ser observadas. Neste caso não há

interferência política no trabalho das agências, entretanto deve existir uma linha de atuação definida haja vista que as agências não possuem independência normativa.

Ainda, o Poder Legislativo, no ato da referida delegação, deve estabelecer o quadro normativo através de standards (ARAGÃO, 2013), que são palavras de baixa densidade normativa e genéricas, conferindo as agências certa discricionariedade técnica para que busquem a realização da finalidade pública fixada na sua criação.

Por outro lado, temos o posicionamento que afirma que a edição de atos normativos por parte das agências reguladoras não é concebido por via de delegação legislativa.

A capacidade de edição de tais normas pelas agências reguladoras adviria da própria Carta Magna de 1988 uma vez que não haveria exclusividade do Chefe do Poder Executivo para expedir os regulamentos mencionados no inciso IV do artigo 84 (BRASIL, 1988)⁷ da carta magna.

Como bem disse Justen Filho (2002, p. 540):

A criação das agências destina-se a propiciar o exercício, por um órgão autônomo e diferenciado, de competências e de titularidade do Poder Executivo. Vale dizer, a ausência de existência das agências conduziria a que suas atribuições fossem desempenhadas por outros órgãos integrantes do Executivo. Uma agência não pode fazer algo além ou diverso do que seria reconhecido ao Poder Executivo, em matéria de produção normativa.

Desta forma, por terem sido criadas através de lei advinda do Poder Legislativo haja vista que possuem a natureza jurídica de autarquias com regime especial, a atuação das agências com a finalidade de produzir normas estaria chancelada.

Ademais, obviamente se esclareça que esta atuação deve sempre ser ligada a política pública traçada para a agência, mas sem que haja interferência política na sua atuação técnica.

Por fim, uma última corrente que se afasta um pouco das duas acima mencionadas é a que afirma que o poder normativo técnico das agências reguladoras é inerente ao poder de legislar de que é dotada toda a Administração Pública.

⁷ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV – Sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decreto e regulamentos para a sua fiel execução.

Sendo assim, não teria necessidade de se usar a técnica da deslegalização acima mencionada bem como se usar da interpretação extensiva do inciso IV do artigo 84 da Constituição Federal.

É entendimento comum que as normas gerais e abstratas produzidas pelas agências reguladoras são eminentemente técnicas. Desta maneira, e considerando essa produção como normativa secundária, desde que haja acordo com as normas de criação das agências, essa atividade produtiva legal das agências estaria legitimada.

E tal poder não feriria o princípio da legalidade insculpido no inciso II do artigo 5º da Constituição de 1988 eis que dentro deste princípio também se insere o princípio da reserva de norma, onde estariam embutidos os regulamentos técnicos expedidos pelas agências reguladoras.

O Supremo Tribunal Federal já acolheu tal proposição. O fez no julgamento do HC 85.060, que teve como relator o Ministro Eros Grau. O trecho que se refere ao tema em questão fora assim decidido:

Quando o Executivo e o Judiciário expedem atos normativos de caráter não legislativo --- regulamentos e regimentos, respectivamente --- não o fazem no exercício da função legislativa, mas no desenvolvimento de função normativa. O exercício da função regulamentar e da função regimental não decorrem de delegação de função legislativa; não envolvem, portanto, derrogação do princípio da divisão dos poderes (BRASIL, [2009?])

A questão do poder normativo das agências, como visto, é bastante polêmica. Entretanto a despeito da tese a ser adotada, é ponto comum que é dada as agências a competência para expedir normas, principalmente em razão de sua excelência técnica.

Entretanto, a forma e conteúdo dos seus atos normativos é que sempre estará sujeito ao devido controle, matéria que será tratada no tópico e no capítulo seguinte.

4.4 CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PÁTRIAS

Como dito anteriormente, as agências reguladoras possuem natureza jurídica de autarquias em regime especial. Deste modo, são partes integrantes da Administração Pública Indireta.

Desta maneira, em respeito ao sistema de freios e contrapesos, as referidas estão sujeitas ao controle que são ordinariamente realizados nas autarquias comuns. Sendo assim, são alvos de controle político, judicial, financeiro e social.

No âmbito federal, o controle político das agências reguladoras é realizado através do congresso nacional, mediante o disposto no inciso X do artigo 49 (BRASIL, 1988) da Carta Magna.

O controle político é realizado com o suporte do Tribunal de Contas da União, que auxiliará o congresso no controle de questões financeiras, orçamentarias e contábeis das agências. Em que pese sua maior autonomia em relação às autarquias comuns, as agências reguladoras não escapam desse tipo de controle.

Por fim ressalte-se que o controle político das agências não significará que elas irão receber influências indevidas para produzir suas normas. Seus procedimentos internos para produção das normas é que devem ser investigados.

As agências também sofrem controle do próprio Poder Executivo, dentro do que podemos chamar de controle interno da Administração Pública, através de Supervisão Ministerial e estaria abrangido pela princípio da autotutela da administração Pública. Tal princípio está abarcado o Enunciado 473 do Supremo Tribunal Federal assim disposto:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial (BRASIL, 1969).

Outra forma de controle dentro do próprio Poder Executivo seria através de Recurso Hierárquico. Esse recurso é o meio adequado para que uma instância superior dentro de uma estrutura administrativa reveja o ato ou decisão praticada por uma instância subordinada (GASPARINI, 2003).

No caso das agências, o ponto de discórdia é o cabimento ou não de recurso hierárquico impróprio, que se caracteriza pelo fato de o recorrente se dirigir a uma autoridade estranha àquele de onde se originou o ato impugnado (CARVALHO FILHO, 2009).

No caso das agências, o recurso hierárquico sairia de sua esfera interna para a pasta ministerial onde ela se encontra vinculada.

Aragão e Justen Filho compartilham do entendimento de que não é cabível o sobredito recurso em face das decisões tomadas pelas agências reguladoras. Para o primeiro autor haveria a previsão de tal recurso poderá configurar um prejuízo ao exercício das competências das agências (ARAGÃO, 2013).

Justen Filho vai mais além quando afirma que a produção de atos de competência das agências reguladoras não depende nem de aprovação prévia nem posterior da Administração Direta (JUSTEN FILHO, 2002).

Em que pese tais posicionamentos, vale ressaltar que no âmbito da Advocacia Geral da União, através do Parecer AC 051 AGU (AGU, 2006), foi validada a possibilidade de recurso hierárquico impróprio em face dos atos praticados pelas agências reguladoras.

Estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta.

Além do controle político exercido pelo Poder Legislativo e do Controle Administrativo exercido pelo Poder Executivo, as agências reguladoras também se submetem ao Controle Social.

Como regra, as agências reguladoras vêm oportunizando a toda sociedade a participar através de audiências públicas e consultas prévias no processo de criação de suas normas.

Tal hipótese se assemelha bastante a construção das normas com base no *rulemaking*, que é utilizado pelas agências reguladoras norte americanas.

Vale dizer que a população também poderá recorrer ao Poder Judiciário por meio de ação popular, legitimada no inciso LXXIII do artigo 5º (BRASIL, 1988) da Constituição Federal, visto que tal remédio é cabível quando há prática de atos lesivos ao patrimônio público.

Como dito acima, o controle das agências reguladoras pelo Poder Judiciário é perfeitamente cabível.

Entretanto, o referido controle realizado pelo Poder Judiciário, que é objeto central desta dissertação, e que não fora abordado no presente capítulo, será detalhado de forma mais específica no capítulo seguinte da presente dissertação.

5 O CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Neste capítulo vamos abordar aspectos que dizem respeito ao controle exercido pelo Poder Judiciário sobre o poder normativo que foi conferido às agências reguladoras no Brasil.

O intuito do presente capítulo é abordar num primeiro momento a sistemática utilizada pelo Poder Judiciário no controle de atos administrativos para que em seguida se discuta como é realizado o dito controle em face das mencionadas agências.

5.1 A EVOLUÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL SOB OS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Inicialmente, fazemos menção à adoção no sistema brasileiro do princípio da separação das funções estatais, conforme já fora aludido anteriormente. Inclusive, importante destacar, que o referido princípio é tratado pela atual Constituição da República em seu inciso III do artigo 60º como cláusula pétrea, sendo inclusive vedada tentativa de abolição da comentada separação dos poderes.

O princípio da separação das funções estatais é diretamente relacionado com a garantia da liberdade (DALLARI, 1998) das próprias funções estatais. Isto porque se a execução de todos os poderes estivesse conferida a um só grupo de pessoas, o exercício de tal superpoder poderia ocorrer de forma tirânica, oprimindo a fruição das liberdades dos cidadãos que não fosse parte deste grupo.

Sendo assim, os atos emanados pelos poderes Legislativo e Executivo estarão sujeitos, via de regra, ao controle *a posteriori* a ser realizado pelo Judiciário.

Como já abordado no capítulo inaugural da presente dissertação, o Brasil deixou o sistema de jurisdição administrativa e aderiu ao sistema de jurisdição única no fim do período do Brasil-Império e no início da era republicana, quando fora abolido o Poder Moderador pela Carta Magna de 1891.

Sendo assim, conforme asseverado por Bastos (1999), podemos considerar que de forma implícita, a partir da publicação da carta magna de 1891, e com a

adoção da teoria tripartite dos poderes, cabe ao Poder Judiciário o papel de controlador em último recurso das lesões ao direito ocorridas no sistema jurídico brasileiro.

No entanto, o sobredito controle apenas é previsto de forma expressa no Brasil pela Constituição de 1946. Previa o artigo 141 daquela Carta que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

A mencionada Carta Constitucional de 1946 materializou o que conhecemos por princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou como princípio do direito de ação.

No atual ordenamento pátrio, este princípio está consagrado pelo inciso XXXV do artigo 5º da norma constitucional de 1988, que delinea que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário.

No que tange aos atos administrativos, podemos observar que sua forma de controle foi sendo alterada no decorrer da nossa história. E essas mudanças estão intrinsicamente ligadas aos elementos de formação do ato administrativo.

Os elementos do ato administrativo são a competência, a forma, a finalidade, o motivo e o objeto. Quando há falta de qualquer desses elementos ou quando ocorre algum vício na configuração deles, o ato administrativo construído poderá ser invalidado.

Analisando individualmente cada elemento, temos que a competência sempre decorre de uma norma legal. O agente administrativo recebe por meio legal a atribuição e limites para a prática de um ato administrativo. Caso o agente não respeite esses limites, poderá incorrer em abuso de poder, por conta de um eventual excesso praticado.

A forma do ato administrativo também é prevista numa norma legal. Indica, em suma, como o ato deve ser praticado e quais os requisitos devem ser obedecidos.

No que diz respeito à finalidade, o bem jurídico tutelado por esse elemento é sempre a finalidade pública, representada pelo atendimento ao interesse público, sob pena de existir um desvio de finalidade o que configuraria outra espécie de abuso de poder.

O motivo e o objeto constituem o chamado mérito administrativo. O motivo é a situação fática e de direito que demanda a edição do ato administrativo. Existe um

fato no mundo jurídico administrativo que aliado a uma base legal opera a subsunção, fazendo com que o ato administrativo seja editado.

Por fim, temos que o objeto é o efeito jurídico esperado e que é produzido pelo ato administrativo. O objeto também deve decorrer de uma previsão normativa e deve ser lícito.

Os atos administrativos, no que diz respeito aos elementos competência, forma e finalidade são vinculados ao que é expressamente disposto na norma legal. Isso significa que ao agente que pratica o ato não é dada a liberdade de apreciação da conduta, ou seja, não há subjetivismo ou valoração para realização do ato, pois o agente apenas reproduz os elementos que a lei previamente estabelece (MELLO, 2006).

No que diz respeito ao Motivo e Objeto, estes são discricionários. Isso significa que a lei permite ao agente realizar uma ponderação da conduta, possibilitando desta forma uma valoração acerca do Motivo e do Objetivo do ato administrativo.

O controle judicial, no que se refere às questões vinculadas dos atos administrativos, as quais não possuem margem para valoração, pois são meras subsunções entre fato e norma legal, é o denominado controle de legitimidade.

Nesses casos, o Poder Judiciário, caso seja demandado, poderá realizar o controle do referido ato eis que o bem jurídico a ser tutelado é lei propriamente dita.

Melhor dizendo, o controle dos elementos vinculados dos atos administrativos, quais sejam Competência, Forma e Finalidade, se trata de um controle de legitimidade onde se verifica se o ato controlado se coaduna com o ordenamento jurídico que o regula.

Esse tipo de controle é permitido ao Poder Judiciário de forma irrestrita, sem existir celeuma sobre o tema.

No que se refere ao controle do Motivo e do Objeto, que formam o chamado mérito administrativo, o assunto se torna mais delicado.

O mérito do ato administrativo, conforme dito antes, empresta ao agente público certa margem de liberdade para a realização do ato e, por conseguinte, possui um caráter valorativo na sua elaboração. Tal situação entra na esfera da discricionariedade que administração pública detém para a elaboração do ato.

Nessa esteira podemos citar os ensinamentos de Mello que caracteriza a discricionariedade como:

A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal (MELLO, 2009, p. 427)

O controle dessa atividade discricionária administrativa, diferentemente do controle de legalidade ou legitimidade do ato administrativo, deve ser vista com cautela. Isto porque, na atividade discricionária a administração pública toma suas decisões no exercício de suas funções executivas precípua ou através de valorações políticas.

Um excesso de interferência do controle judiciário na esfera de valoração das razões do administrador público pode ferir o já comentado princípio da separação dos poderes.

Entretanto, o referido controle sempre foi alvo de teorias, que buscavam de uma forma ou de outra legitimar o controle da atividade discricionária da administração pública.

Dentre as teorias podemos destacar a do desvio de poder ou desvio de finalidade. A referida teoria é advinda da jurisprudência francesa, mais especificamente do Conselho de Estado Francês.

A origem da sobredita teoria vem do caso Lesbats (RÉVUE..., 1864). O referido precedente ocorreu em na Prefeitura de Fontainebleau. O Prefeito dessa cidade, no exercício de uma lei que lhe conferia poderes para regulamentar o estacionamento de ônibus em determinada região, proibiu uma empresa de estacionar seus carros naquela área.

No entanto, a real intenção daquele Prefeito era privilegiar outra empresa, e realizou a proibição a pretexto de cumprimento de uma lei. O Conselho de Estado então anulou aquela decisão proibitiva sob argumento de desvio de poder, pois a lei não entregava ao Prefeito o poder de conceder privilégios nem discriminações (MEIRELLES, 1998).

Desta forma, é permitido ao Poder Judiciário invalidar ato administrativo em desacordo com a finalidade da norma, com base na teoria do desvio de poder ou desvio de finalidade.

O mesmo ocorre com a teoria dos motivos determinantes. De acordo com tal teoria, a validade de um ato administrativo depende da correlação entre os motivos nele descritos e a existência concreta dos fatos que possibilitaram a sua edição.

Como bem assinalado por Neto (2003, p. 227),

uma teoria que reconhece a automática vinculação do ato aos motivos, mesmo discricionários, sempre que hajam sido declinados pelo agente como razões de decidir. A motivação, possibilitando a visibilidade intencional do ato e facilitando sua plena sindicabilidade, é, sobretudo, pedagógica, pois põe em evidência que a sede do poder não reside na autoridade do agente, mas no império da ordem jurídica.

Sendo assim, acaso o agente exponha os motivos do ato por ele editado, mesmo que o ato não requeira uma exposição de motivos como, por exemplo, em casos de demissão de cargos de livre nomeação e exoneração, a validade do referido ato dependerá da correspondência dos motivos por ele elencados.

Acaso não haja a referida correspondência, o ato elaborado poderá ser anulado pelo Poder Judiciário com base na referida teoria.

Podemos mencionar também a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados. De acordo com tal teoria, determinadas normas legais que expressem comandos com conteúdo indeterminado, emprestam a administração pública a possibilidade de elaboração do ato de acordo com sua conveniência e oportunidade.

Entretanto, tais normas indeterminadas são sujeitas a interpretações distintas. Sendo assim, atos administrativos que são provenientes de normas de conteúdo indeterminados passariam a ser objeto de controle pelo Poder Judiciário, em que pese estarmos falando de mérito administrativo.

Por fim, podemos mencionar também a questão da constitucionalização do direito administrativo (DI PIETRO, 2012). Com a evolução constitucional ocorrida no Brasil, passando de um Estado Individualista para um Estado Social Democrático, os atos da administração passaram a ser controlados através de um viés constitucional.

De se dizer ainda que, com o novo modelo de Estado Social Democrático, os princípios constitucionais consagrados na nova Carta Magna, sejam ele implícitos ou explícitos, passaram a ser mais fiscalizados nos atos administrativos.

Desta forma, os atos administrativos passaram a sofrer um controle mais amplo e não somente um simples controle positivista da sua legalidade. Assim o controle dos atos administrativo passou a ser feito não apenas sob um ponto de

vista estritamente legal, mas também visando aspectos morais, econômicos, razoáveis, proporcionais dentre outros.

Com isso, o ato administrativo passa a ser mais amplamente controlado, o que pode fazer com que haja uma maior efetividade das garantias previstas constitucionalmente.

Como visto o controle judicial dos atos administrativos, principalmente no que atine ao seu mérito, onde está abrangida a discricionariedade administrativa, é de certa forma ainda polêmico.

No entanto, não há dúvidas de que o Poder Judiciário deve traçar os limites aos quais está submetida à administração pública acerca do uso de seu poder discricionário. Não restam dúvidas que ao Poder Judiciário cabe realizar um exame de legalidade em sentido amplo, sendo buscado o interesse público e a consonância do ato com a lei, princípios vigentes no ordenamento jurídico e a Constituição.

5.2 O CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO AMERICANO

No início do presente capítulo, mencionamos como justificativa para existir o controle jurisdicional dos atos das agências reguladoras o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. Como vimos, tal princípio encontra-se positivado na Carta Constitucional do Brasil de 1988, sendo reconhecido, mesmo que ainda não positivado, desde o final do século XIX, no final da era do Brasil-Império e início da era do Brasil-República.

De se dizer que nos Estados Unidos, o princípio da separação dos poderes fora desenhado pela Constituição Norte-Americana de 1787 nos moldes dos ideais de Montesquieu, existindo uma separação máxima de poderes.

No entanto, era necessário que existisse um mínimo de interligação entre os poderes (CAREY; MCCLELLAN, 2001), isto é, a divisão deveria ser excepcionada por alguns mecanismos institucionais voltados para o controle recíproco entre os poderes, os chamados *checks and balances*, ou o sistema de freios e contrapesos entre os poderes constituídos.

Nessa linha, vale mencionar que a Constituição dos Estados Unidos de 1787, nos seus três primeiros artigos, estabelece atribuições em favor do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário, respectivamente.

No entanto, a supremacia do Poder Judiciário para controlar em última análise a constitucionalidade de atos emitidos por outros poderes através do chamado *judicial review* apenas fora devidamente apreciada no celebre caso *Marbury vs Madison* (JUSTIA, 1803).

No referido caso se discutia a validade do *Judiciary Act* de 1801 que alterou o *Judiciary Act de 1789*. A alteração consistia num aumento relevante do número de juízes federais nos Estados Unidos sob o argumento de que o ato de 1789 previa um Poder Judiciário limitado, com um número reduzido de juízes e com atuação jurisdicional restrita.

Do mesmo modo, naquele momento da história, estava havendo uma transição na presidência norte americana. O presidente Jonh Adams, que era do partido federalista, estava sendo sucedido por Thomas Jefferson, oriundo do partido democrata.

Poucos dias antes de deixar o poder, Adams editou o *Judiciary Act* de 1801, e indicou diversos novos juízes federais, dentre eles William Marbury. Quando Jefferson assumiu a presidência, nomeou James Madison como seu Secretário de Estado, e determinou que não houvesse a efetivação de novos juízes federais anteriormente nomeados, dentre os quais estava William Marbury.

Sendo assim, Marbury ingressou com uma medida junto a Suprema Corte dos Estados Unidos requerendo o cumprimento do *Judiciary Act* de 1801, e sua conseguinte nomeação como juiz.

A decisão dada ao caso se tornou paradigmática. O Chefe de Justiça da Suprema Corte, John Marshall, assentou que o governo norte americano era um governo de leis e não de pessoas. Por isso assegurou que Marbury tinha o direito de ser nomeado como juiz.

Do mesmo modo, a decisão considerou que a Suprema Corte tinha o poder de rever os atos do Congresso, interpretá-los e determinar como os aplicar, podendo ainda os considerar inconstitucionais caso houvesse afronta a Magna Carta americana bem como anulá-los caso entendessem necessário.

Desta forma, restava claro que o Poder Judiciário poderia analisar atos de oriundos de outros poderes, realizando desta forma o *judicial review*.

Superada essa questão, importa mencionar que, como fora explicado no capítulo segundo da presente dissertação, diferentemente do Direito Pátrio, no Direito Norte Americano existe uma norma geral que regulamenta a forma de atuação das *agencies*. Trata-se da denominada *APA – Administrative Procedure Act*.

A referida norma faz referência ao controle da atividade das agências pelo Poder Judiciário. De acordo com o parágrafo 706 do capítulo 5 do título 5 (THE UNITED..., 1946):

§ 706 - Na medida do necessário à decisão e quando lhe for apresentado, o tribunal poderá rever todas as questões de direito relevantes, interpretar as disposições constitucionais e legais, e determinar o significado ou a aplicabilidade dos termos de uma ação da agência.

Sendo assim, com tudo o que já foi exposto até aqui, não restam dúvidas da possibilidade do controle das agências pelo Poder Judiciário Norte Americano. E isso vem sendo feito de forma sistemática.

No entanto, a análise pelas Cortes Julgadoras tomam por base alguns procedimentos para se chegar a uma conclusão se a agência atuou de forma satisfatória ou não.

Podemos mencionar aqui o princípio do *hard look review*, já referido de passagem no capítulo segundo desta dissertação, e *que é bastante utilizado pelos Tribunais no controle judicial dos atos das agências reguladoras*.

Podemos ver como é aplicado esse princípio se no caso *Motor Vehicles Manufactures Association v. State Farm Mutual* (JUSTIA, 1983) de 1983. Neste caso se questionava um regulamento editado pela agência de segurança nas estradas dos Estados Unidos.

O sobredito regulamento revogou uma norma anterior, do ano de 1977, que determinava que os automóveis produzidos nos Estados Unidos após o ano de 1982 deveriam possuir cintos de segurança automáticos ou aibags, visando uma maior segurança aos motoristas em caso de colisão.

O argumento da agência era de que a norma de 1977 fora editada, se estimava que os airbags fossem instalados em cerca de 60% dos carros, e os cintos em cerca de 40%. Entretanto, se verificou que os fabricantes de automóveis

instalaram os cintos em 99% dos carros, o que prejudicava as probabilidades potenciais de salvamento das vítimas em razão da baixa adesão aos airbags.

Ademais, a agência entendeu que os cintos automáticos instalados pelas montadoras eram de fácil remoção, sendo assim a norma não servia para a forma a qual foi concebida e apenas aumentava os custos de produção, com consequente repasse para os consumidores.

No entanto, a Suprema Corte entendeu que a revogação da referida norma pela agência teria sido arbitrária e caprichosa. Isto porque a agência não se preocupou em demonstrar alternativas para solução do problema, apenas revogou o ato anterior, numa atitude precipitada.

De acordo com a Suprema Corte, a agência antes de ter efetuado a revogação do regulamento, deveria ter realizado um olhar mais profundo, o chamado *hard look*, nas razões que a levou a editar a norma revogadora.

Conforme a Suprema Corte, em que pese os Tribunais não poderem exigir que as agências adotem procedimentos fora dos prescritos na *APA – Administrative Procedure Act* ou outras fontes legais, os Tribunais podem exigir que as agências prestem explicações detalhadas do seu comportamento, demonstrando suas práticas costumeiras, alternativas viáveis para solução de problemas e que deem explicações razoáveis para suas escolhas.

Do mesmo modo, as cortes julgadoras americanas examinam no exercício do seu controle jurisdicional se houve uma interpretação razoável por parte da agência para a edição da norma. O referido princípio no direito americano encontra-se explicitado no julgamento *Chevron vs Natural Resources Defense Council, Inc.* ocorrido em 1984 (CORNELL..., 1984).

O referido caso tratava da denominada lei do ar limpo. A referida legislação impunha algumas exigências sobre os Estados que não lograssem êxito em atingir determinados padrões de qualidade de ar. Tais exigências foram estabelecidas através de regulamentos editados pela Agência de Proteção Ambiental americana.

Dentre as exigências, se encontrava a necessidade de autorização prévia junto à referida agência para a construção de novas fontes que pudessem vir a causar poluição no ar. E para que essa autorização fosse dada, condições rigorosas deveriam ser cumpridas pelo solicitante.

Tais condições foram estipuladas por meio de regulamentos que buscavam dar concretude a alguns conceitos indeterminados, que eram passíveis de interpretação. E essa ambiguidade de interpretações gerou a sobredita demanda judicial.

A Suprema Corte entendeu que deveria existir a deferência judicial a interpretação dada pela Administração Pública, no caso em tela a agência ambiental responsável pelo ato.

O Poder Judiciário apenas deveria intervir acaso não houvesse ambiguidade na lei ou se a interpretação dada pela agência não fosse razoável.

Isto porque, tendo em vista que o Presidente e o Congresso tomam as decisões políticas, se a legislação é clara e objetiva, a agência deve segui-la. Caso a lei comporte mais de uma interpretação, as cortes devem acatar a interpretação que a agência confere à lei, desde que tal interpretação seja razoável. Nesse caso, se privilegia a capacidade técnica e científica detida pelas agências.

De se mencionar que a interpretação deve ser razoável, não havendo que se falar em interpretação mais correta, pois a agência estaria praticando sua atividade dentro do exercício de sua discricionariedade.

Portanto, o *judicial review* do caso em tela se tratou em investigar se lei era de fato passível de interpretação. Constatando que havia essa dubiedade, fora analisado se a agência efetuou uma interpretação razoável quando da realização da regulamentação da lei.

Sendo assim, a Suprema Corte acatou a atitude do órgão regulador, privilegiando a interpretação dos conceitos indeterminados efetuada pela agência ambiental com base no princípio da interpretação razoável que restou conhecido como *Chevron Doctrine* e que ainda hoje serve como paradigma para julgamentos semelhantes.

Ficou assentado no julgamento realizado pela Suprema Corte que “Um órgão jurisdicional não pode substituir uma interpretação razoável feita pelo administrador de uma agência por sua própria construção”.

Entretanto, um novo paradigma pode ser retirado do caso *King v. Burwell* (CORNELL..., 2015). Isto porque, os princípios adotados no caso *Chevron* foram de certa forma superados e a Suprema Corte dos Estados Unidos mudou seu pensamento acerca do controle judicial das agências reguladoras

O referido caso tratava de um subsídio concedido pelo Estado Americano através do *Affordable Care Act (Lei de Saúde Acessível)*, também conhecido como o *Obamacare*, para aumentar o número de americanos cobertos por seguro saúde.

O *Obamacare* prevê uma regulamentação para os seguros de saúde tomando por base algumas premissas. Entre elas estão previstas a universalidade de cobertura.

Do mesmo modo existe a premissa que deve haver um auxílio para pessoas de baixa renda por meio de créditos fiscais. Por fim, a sobredita lei objetiva a regulação dos mercados de saúde pelos Estados.

Ocorre que, de acordo com a norma legal, todos os cidadãos dos Estados Unidos teriam que adquirir um seguro saúde, o que diminuiria os custos do governo, sob pena de multa. Excepcionaram-se alguns grupos religiosos e pessoas incapazes financeiramente de arcar com os custos. Estes últimos receberiam subsídios fiscais para arcar com a compra.

Especificamente nesse ponto, o texto da lei diz que os cidadãos terão acesso a subsídios para pagar o seguro médico quando este for proporcionado pelo Estado, através de intercâmbios com o governo federal.

No entanto, um grupo de pessoas do Estado da Virgínia, liderados por David King, questionou judicialmente a obrigatoriedade do plano bem como questionaram interpretação do termo “proporcionado pelo Estado”.

Eles alegavam que “Estado” se refere a cada um dos 50 governos estatais do país. Para o governo federal, haveria uma atuação por parte deste como substituto no caso dos 36 estados que se negaram a participar do sistema, dentre eles o Estado da Virgínia, sendo inclusive essa interpretação adotada pela Agência Reguladora da Receita Federal em seus regulamentos.

Do mesmo modo, foi questionada a possibilidade de o governo federal subsidiar os custos do seguro saúde, sob o argumento que um dos regulamentos elaborados pela Agência Reguladora da Receita Federal que tratava dos mecanismos de crédito fiscal era arbitrário e contrário à lei, infringindo ainda as disposições legais da *APA – Administrative Procedure Act*.

A Suprema Corte então tomou um direcionamento diferente do que foi feito no caso *Chevron*. Não houve deferência à interpretação realizada pela agência federal. Em que pese a Suprema Corte, em sua essência, decidir de forma favorável à

administração pública, o fez com seus próprios argumentos, substituindo a interpretação dada pela agência pela interpretação judicial, ignorando o princípio da razoabilidade existente no caso *Chevron*.

Isto porque, para a Suprema Corte o caso *King v. Burwell* tinha um significado econômico, político e social fundamental para o País. Desta forma, a interpretação a ser dada teria que ser mais profunda ampla e consistente.

O referido caso ressalta a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário da atividade normativa das agências, inclusive com possibilidade de substituição da vontade das agências pela decisão judicial.

Pelo poderemos observar adiante, o controle jurisdicional da atividade normativa das agências reguladoras realizado no Poder Judiciário do Brasil difere bastante do controle realizado nos Estados Unidos. É o que vai se demonstrar no tópico a seguir.

5.3 O CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO BRASILEIRO

Diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, as Cortes no Brasil adotam um posicionamento cauteloso nos julgamentos acerca da atividade normativa das agências brasileiras. Conforme será demonstrado, os julgamentos carecem de profundidade e de regras de balizamento sobre o que deve ser controlado e como deve ser controlado.

Neste item, foram pesquisados alguns julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores Pátrios que merecem se destacados e que demonstram como atua o nosso Judiciário no controle jurisdicional da atividade regulatória.

De início, é importante mencionar o julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1668/DF (BRASIL, 1998). A referida ação fora ajuizada por diversos partidos políticos e tinha por objeto alguns dispositivos legais da Lei Geral de Telecomunicações (lei nº 9.472/97).

De acordo com os partidos políticos que ajuizaram a referida medida, alguns artigos da lei sob comento estariam legitimando a atuação normativa da Agência Nacional de Telecomunicações- Anatel, o que violaria o princípio constitucional da reserva legal.

Dentre as matérias que sob a ótica dos partidos políticos deveriam receber o tratamento por meio de lei, e não de ato normativo da agência em apreço, estariam questões que tratavam de aspectos institucionais, como por exemplo, a estrutura organizacional da agência, e também a questão da legitimidade da Anatel para a expedição de regulamentos para o tratamento da prestação do serviço de telecomunicação.

O Supremo Tribunal Federal, no que atine à questão normativa das agências, apreciou a questão em sede de medida cautelar e assegurou a legitimidade da Anatel para editar normas técnicas dentro do setor de telecomunicações. Tal medida fora de suma importância para que as agências em geral tivessem respaldo na sua atuação técnica. Na ementa do acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal restou decidido que:

Quanto aos incisos IV e X do artigo 19, sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme a Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado (BRASIL, 1998).

Com essa decisão, podemos afirmar que o Supremo Tribunal Federal autoriza o exercício do poder normativo dentro da esfera de competência das agências pátrias.

Podemos observar também, nas razões de voto dos Ministros, que o assunto do poder normativo foi de certa forma considerado⁸.

Também podemos extrair desse julgamento que o Supremo adotou a corrente que, em que pese exista o reconhecimento do poder normativo das agências, o exercício desse poder deveria ser compatibilizado com o princípio da reserva de lei.

De acordo com o julgamento mencionado, fora sancionada a possibilidade de elaboração de atos normativos pelas agências. No entanto, existe a condição de tais atos sejam decorrentes de regras gerais com previsão em lei.

⁸ Nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence: “nada impede que a Agência tenha funções normativas, desde, porém, que absolutamente subordinadas à legislação, e, eventualmente, às normas de segundo grau, de caráter regulamentar, que o Presidente da República entenda baixar. Assim, [...] entendo que nada pode subtrair da responsabilidade do agente político, que é o Chefe do Poder Executivo, a ampla competência reguladora da lei das telecomunicações. Dou interpretação conforme para enfatizar que os incisos IV e X referem-se a normas subordinadas à lei e, se for o caso, aos regulamentos do Poder Executivo” (BRASIL, 1998)

Os atos normativos teriam que observar os parâmetros legais e gerais trazidos nas legislações afetadas à agência em espécie. Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal no referido julgamento aplicou um entendimento semelhante ao qual a Suprema Corte Americana adota na questão dos *standards*.

No caso dos *standards*, que podemos traduzir como conceitos jurídicos genéricos ou indeterminados, a Suprema Corte Americana entende que as *agencies* devem produzir seus atos regulatórios com observância ao espírito da norma legal principal contida nesses conceitos.

De se dizer ainda que até hoje, a referida Ação Direita de Inconstitucionalidade ainda não fora julgada em seu mérito.

Também podemos mencionar aqui julgamentos importantes acerca da matéria ocorridos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Inicialmente podemos destacar o processo de Suspensão Liminar e de Sentença nº 162 (BRASIL, 2005) do ano de 2005. O processo em apreço tratava-se de uma ação movida pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado de Pernambuco contra a Companhia Energética de Pernambuco - CELPE e contra a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL.

O objeto do referido processo, postulado por ambos os Ministérios Públicos, era a nulidade dos reajustes das tarifas de energia efetuados pela Celpe. De ressaltar que antes de efetuar os reajustes, a Celpe fora devidamente autorizada pela Aneel, agência regulatória responsável pelo setor energético, através de nota técnica por ela elaborada.

No juízo de primeiro grau, fora acatado pedido de antecipação de tutela formulado pelos Ministérios Públicos, sendo suspensos os reajustes das tarifas até a fixação de novos valores. Acrescente-se ainda que o juiz de primeiro grau determinou que a Aneel fixasse de forma provisória novos percentuais para os reajustes.

A Aneel recorreu ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, através de Pedido de Suspensão de Liminar, da decisão acima mencionada. Entretanto, não logrou êxito no referido pedido, o que gerou o recurso acima mencionado para o Superior Tribunal de Justiça.

De ressaltar que em seu recurso a Aneel alegava que a nota técnica de sua autoria, e que deu supedâneo ao reajuste concedido pela Celpe, fora elaborada com observância das suas funções técnicas e regulamentares.

Do mesmo modo, a Aneel argumentou que, de acordo com os estudos realizados na sua esfera técnica, acaso tal aumento não fosse realizado poderia existir um colapso no setor elétrico.

Isto porque, acaso prevalecesse um critério estabelecido pelo Poder Judiciário, que não levava em consideração as políticas energéticas setoriais bem como a especificidade técnica do assunto para a composição do reajuste, haveria a possibilidade de multiplicação de demandas no mesmo sentido.

Numa escala maior, sendo desconsiderada a atuação técnica e normativa da Aneel, poderia existir uma insuficiência de recomposição monetária das concessionárias e por via de consequência uma quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que levaria a uma ausência de investimentos no setor acarretando, em última análise, num esgotamento da capacidade de geração de energia por parte das concessionárias.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado no ano de 2006, não se aprofundou nas questões técnicas mencionadas pela Aneel. Nas suas razões, o relator do voto vencedor apenas se ateve em reproduzir as alegações da Aneel.

No entanto, em um dos trechos de seu voto, que foi o voto condutor no Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 162/PE, o relator, Ministro Edson Vidigal, considerou que:

Destaco que o reajuste tarifário contra o qual se insurgiu o agravante resultou de cálculo feito pela ANEEL, no exercício regular de sua competência legal como agência reguladora que é, sendo fixado, portanto, com base em critérios técnicos indispensáveis à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão vigente (...). Assim, o descumprimento do que foi legalmente pactuado, com a chancela do Judiciário, pode, a meu ver, afetar o seu equilíbrio econômico-financeiro, até porque não há como olvidar a real inflação do País a atingir a quem contrata a longo prazo. (BRASIL, 2005)

De certa forma, o Superior Tribunal de Justiça agasalhou a decisão técnica tomada pela Aneel, em que pese não ter entrado propriamente no mérito da questão objeto da contenda.

Podemos também mencionar o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça do Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1326847/RN (BRASIL, 2012), ocorrido em 2012.

O referido caso tratava de uma demanda ajuizada por uma empresa, que atuava no ramo de carcinicultura, contra a Companhia Energética do Rio Grande do Norte - Cosern. A empresa alegava que por atuar no referido ramo, era enquadrada como consumidora rural e por isso fazia jus a descontos especiais de tarifa, conforme previsão da lei nº 10.438/02.

No entanto a Cosern, com base na resolução 207/2006 produzida pela Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel, cassou o benefício da empresa. Isto porque, a referida resolução determinava que caso houvesse inadimplemento de prestações, os benefícios previstos na lei 10.438/02 poderiam ser suspensos.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu por afastar a resolução da Aneel e confirmar a continuidade do benefício em favor da empresa inadimplente. Para afastar a produção normativa da agência reguladora em apreço o Tribunal Superior, no Acórdão que julgou o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.326.847, decidiu da seguinte forma:

Logo, o art. 2º da Resolução 207/2006 da ANEEL exorbitou o poder de regulamentar a Lei n. 10.438/2002, o que o torna ilegal, ao estabelecer requisito não previsto na referida lei, para se fazer jus ao benefício nela disposto. (BRASIL, 2012)

No relatório do voto do relator, não há qualquer análise profunda acerca da forma de elaboração da resolução da Aneel. Para o relator do caso em questão, apenas por introduzir o requisito de adimplência para que se faça jus aos descontos tarifários, a Aneel teria exorbitado o seu poder regulamentar.

Outro caso interessante, também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é o ocorrido no Recurso Especial 806304/RS (BRASIL, 2008), julgado em 2008.

O caso acima mencionado, originariamente tratava-se de uma ação civil pública onde o Ministério Público Federal do Estado do Rio Grande do Sul se insurgia contra uma resolução produzida pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel.

A Resolução de nº 316/2002, elaborada pela referida agência reguladora, determinava o prazo de noventa dias para que houvesse a utilização, pelos usuários, dos créditos na esfera da telefonia celular pré-paga, sob pena de prescrição dos referidos créditos.

A ação civil pública obteve sentença desfavorável em primeiro grau. O Parquet Federal apresentou recurso junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que também não deu acolhida às razões apresentadas pelo ente público.

Sendo assim, o Ministério Público apresentou Recurso Especial e a contenda foi parar no Superior Tribunal de Justiça.

O Tribunal Superior manteve a decisão originária dada na ação civil pública, ou seja, de certo modo atuou com deferência à regulamentação produzida pela Anatel. Esse julgado trouxe algumas conclusões importantes acerca da atuação normativa das agências reguladoras.

Nas razões de voto do Relator do recuso em análise, mais uma vez ficou registrado que as agências reguladoras, dentro da sua especialidade de atuação, neste caso nos serviços de telefonia, possuem legitimidade para expedir seus normativos técnicos.

Restou reconhecido que, compete a agência de regulação de serviços de telecomunicações estabelecer as estruturas tarifárias que melhor se ajustem aos serviços de telefonia oferecido pelas empresas concessionárias do serviço público.

O Superior Tribunal de Justiça, embora mais uma vez não tenha se preocupado com as razões que levaram a Anatel a produzir a referida resolução, entendeu que com esse tipo de atuação, a agência em apreço busca o aprimoramento do serviço para assegurar o seu funcionamento em condições de excelência tanto para o consumidor como para o concessionário.

Do mesmo modo, a Corte Superior asseverou que se não ocorresse alguma situação que tornasse o ano nulo, o Poder Judiciário não deveria intervir na situação. Isto porque, acaso houvesse tal intervenção, poderia se considerar que o judiciário invadiu aspectos da seara administrativa e, desta maneira, poderia restar configurada uma afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes.

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça, no Acórdão que julgou o Recurso Especial nº 806304/RS, determinou que:

O Judiciário sob pena de criar embaraços que podem comprometer a qualidade dos serviços e, até mesmo, inviabilizar a sua prestação, não deve intervir para alterar as regras fixadas pelos órgãos competentes, salvo em controle de constitucionalidade (BRASIL, 2008).

Da análise de todos os julgamentos aqui citados, percebemos que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça, reconhecem a

competência das agências reguladoras para que estas editem atos com natureza normativa.

Entretanto, é de se estabelecer que no processo de edição dos mencionados atos, as agências devem primar pela observância dos conteúdos gerais delineados nas leis que dão supedâneo para a atuação das referidas entidades reguladoras.

Do mesmo modo, podemos concluir que os Tribunais Superiores se abstêm de enfrentar as questões técnicas elaboradas pelas agências reguladoras.

Percebemos que a atuação dos Tribunais, no que se refere aos aspectos normativos das agências, se limita a aferir questões de legalidade do ato em si próprio. As altas Cortes Pátrias não abordam os relevantes temas técnicos abordados pelas agências.

Numa forma geral, há de certo modo uma deferência dentro do controle jurisdicional dos atos normativos praticados no âmbito das agências reguladoras, mesmo que não haja um exame profundo das razões que levaram os entes reguladores a propor as medidas que lhe competem.

Quando não houve deferência ao ato normativo elaborado pela entidade reguladora, o Superior Tribunal de Justiça anulou o referido ato afirmando que o poder regulamentar havia sido exorbitado. No entanto, o fez com razões bem simplórias, sem se aprofundar em questões de motivação ou finalidade do ato propriamente dito.

5.4 DAS DISTINÇÕES NOS MÉTODOS DE JULGAMENTO ADOTADOS PELAS CORTES BRASILEIRAS E CORTES AMERICANAS

No que atine a forma de controle jurisdicional da produção normativa da atividade das agências, é perceptível que há uma grande diferença na maneira como se dá a atuação dos Tribunais no Brasil e das Cortes Norte Americanas.

Ficou claro que as Cortes Norte Americanas buscam dissecar a elaboração como um todo do ato normativo regulatório criado pela agência reguladora, e o faz isso através do princípio do *hard look review*.

Nos casos que serviram de estudo no item anterior deste capítulo, pode-se observar que, de certa maneira, o mérito do ato regulatório com conteúdo normativo é analisado de forma profunda apenas pelas Cortes Americanas.

E isso é feito quando o Poder Judiciário, em fase anterior ao julgamento, requer à agência que justifique sua atuação. A justificativa das *agencies* ocorre através da apresentação dos estudos técnicos que basearam a elaboração da norma, das soluções possíveis, das audiências realizadas juntamente com a sociedade para a construção das normas dentre outras maneiras.

Com base nessa análise é que o Judiciário chega a sua conclusão. Em que pese as Cortes fossem reticentes em substituir a vontade do administrador pela vontade jurisdicional, podemos perceber que esse entendimento seguirá um rumo distinto com o julgamento do caso *King v. Burwell*.

Já no território brasileiro, fora observado que as Cortes são muito tímidas ao julgar demandas que questionam atos normativos das agências reguladoras. Infelizmente, como se viu das decisões que serviram de base de pesquisa nessa dissertação, a atuação do Poder Judiciário brasileiro ainda é bastante superficial.

Em que pese reconhecer legitimidade para as agências reguladoras editarem atos com conteúdo normativo, o Poder Judiciário no Brasil não enfrenta questões meritórias trazidas na atividade legiferante das referidas agências.

Do mesmo modo, não há uma forma padronizada para análise de demandas que tratem dos atos normativos das agências reguladoras, o que difere do sistema judicial americano que toma por base o *hard look review* para julgar contendas que envolvam atos normativos de suas agências.

Pior do que não existir um parâmetro para os julgamentos de demandas que envolvam agências reguladoras é o fato do Poder Judiciário não enfrentar diretamente e de forma profunda as questões meritórias do ato em si.

Do conteúdo extraído das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores brasileiros, se percebeu que não há uma efetiva investigação da motivação das agências quando da realização do seu ato regulatório.

Os Tribunais Pátrios, nas análises de casos que envolvam a atuação normativa de agências reguladoras, decidem de maneira reducionista e às vezes apenas com a mera repetição de argumentos trazidos pelas agências em suas peças de defesa processual.

É certo que no nosso sistema, em respeito ao princípio da separação dos poderes, o Poder Judiciário, com regra geral, não deva se imiscuir em questões que envolvam o núcleo do ato administrativo, que envolve a motivação e a finalidade.

Entretanto, podemos notar que as agências, no que diz respeito a sua atividade de produção normativa, devem atuar sob as diretrizes das normas que as criaram, obviamente, em conformidade com as políticas públicas do setor regulado.

Ora, para chegar numa conclusão se as agências reguladoras estão obedecendo fielmente tais direcionamentos, o Poder Judiciário deveria, sem sombra de dúvidas, realizar um controle mais rigoroso sobre os atos de conteúdo normativo das agências.

E isso envolveria a criação de certos parâmetros, com certas rotinas de análise para que houvesse um aprofundamento na análise dos atos normativos.

Tal situação poderia até mesmo influenciar as agências visto que, antes de efetivamente confeccionar seus atos normativos, elas se veriam obrigadas a obedecer alguns critérios para garantir posteriormente que seus atos fossem deferidos pelo Poder Judiciário.

Do mesmo modo, sendo estabelecido um parâmetro para o julgamento de contendas envolvendo as agências reguladoras, poderia se garantir a segurança jurídica necessária no setor regulado.

Infelizmente, isso não vem sendo realizado. Há apenas o reconhecimento da legitimidade das agências de uma forma genérica, sem impor os limites necessários na atuação delas.

Outro benefício de se estabelecer esses mecanismos de controle citados é o de legitimar uma futura troca da motivação administrativa pela motivação judicial como fundamento do ato normativo.

Melhor explicando, a partir do momento que o Poder Judiciário cria padrões de controle desses atos, estabelecendo que para que exista a chamada deferência ao ato regulador sejam preenchidos tais padrões, se não houver essa obediência por parte das agências o ato quedará anulado ou até mesmo substituído por uma manifestação de vontade do próprio Poder Judiciário.

O modelo americano é interessante, pois a Suprema Corte proporciona uma análise exaustiva das razões que motivaram as agências a tomar às decisões que dão apoio aos seus atos normativos.

A Suprema Corte americana adotou por muito tempo a tese de que se após o tal olhar profundo e exaustivo, se chegar à conclusão de que a agência tomou uma decisão razoável, o ato deveria sofrer deferência por parte do Poder Judiciário.

Entretanto, como já observado, há de fato uma análise do mérito do ato produzido pela agência. É sopesada a aderência do ato praticado pela agência com as políticas públicas determinadas pelo Governo.

E mais, após anos adotando esse entendimento, a Suprema Corte decidiu que pode substituir a vontade do administrador pela vontade judicial.

De ressaltar, no entanto, que em que pese a substituição realizada no caso *King v. Burwell*, apenas houve adequação dos motivos dos atos, pois a finalidade da norma questionada fora preservada.

Sendo assim, talvez seja recomendado aos julgadores pátrios, buscar no direito comparado a inspiração para que seja realizada uma melhor forma de controle dos atos normativos das agências reguladoras no Brasil.

Nos moldes atuais, a forma de controle dos atos normativos das agências reguladoras utilizada no direito Norte Americano se apresenta mais completa, efetiva e proporcionando uma maior segurança jurídica para todo o setor regulado.

Talvez seja a hora de o Poder Judiciário brasileiro repensar sua forma de atuação nesses casos, com vistas a aperfeiçoar a atuação do Estado como um todo no exercício do seu papel regulador.

6 CONCLUSÃO

Conforme fora exposto, as agências reguladoras foram criadas no Brasil em razão da falência dos modelos de administração patrimonialista e burocrática que vigoraram no país desde sua independência até meados da década 1980.

Entretanto, por influência de ideais neoliberais, um novo modelo de gestão, chamado de modelo gerencial, visou dar ao Estado o papel de ente regulador e fiscalizador de um campo de atividades que era por ele exercido e que passou a ser prestado por entes privados.

Essa atividade fiscalizatória e regulatória ficou a cargo das agências reguladoras. Coube a essas entidades a realização dessas funções, e por ser inerente a tais funções, o exercício de atividade de produção normativa fora encampado.

De ressaltar que o nosso modelo de agência reguladora fora bastante inspirado pelas *agencies* do Direito Norte Americano. Entretanto é de se ressaltar que os contextos fáticos que levaram a criação das agências nos dois países são bastante distintos.

Nos Estados Unidos vigorava nos Estados Unidos um forte regime liberal, com uma quase ausência de Estado. Sendo assim, as *Agencies* brotaram nos Estados Unidos para que o Estado impusesse certas barreiras e limites bem como para fiscalizar a atividade exercida por particulares.

Numa situação oposta nasceram as agências reguladoras no Brasil, que tiveram outro papel. Elas foram concebidas numa tentativa de dar mais eficiência a Administração Pública Estatal.

No que atine ao controle da produção normativa da atividade das agências, percebemos uma grande diferença na forma de atuação entre os Tribunais no Brasil e as Cortes Norte Americanas.

Como vimos, as Cortes Norte Americanas buscam dissecar a realização do ato normativo regulatório pela agência reguladora através do princípio do *hard look review*.

Com base em tal princípio, o Poder Judiciário requer à agência que justifique sua atuação. A justificativa se dar através da apresentação dos estudos técnicos que basearam a elaboração da norma, das soluções possíveis, das audiências

realizadas juntamente com a sociedade para a construção das normas dentre outras maneiras.

Com base nessa análise é que o Judiciário chega a sua conclusão. Em que pese as Cortes fossem reticentes em substituir a vontade do administrador pela vontade jurisdicional, podemos perceber que esse entendimento seguirá um rumo distinto com o julgamento do caso *King v. Burwell*.

Já no território brasileiro, percebemos que as Cortes são muito tímidas ao julgar demandas que questionam atos normativos das agências reguladoras. Infelizmente, como observamos das decisões que serviram de base nessa dissertação, percebemos que a atuação do Poder Judiciário ainda é bastante superficial.

Em que pese reconhecer legitimidade para as agências reguladoras editarem atos com conteúdo normativo, o Poder Judiciário no Brasil não enfrenta questões meritórias trazidas na atividade legiferante das agências.

Do mesmo modo, não há uma forma padronizada para análise de demandas que tratem dos atos normativos das agências reguladoras, o que difere do sistema judicial americano que toma por base o *hard look review* para julgar contendas que envolvam atos normativos de suas agências.

Pior do que não existir um parâmetro para os julgamentos de demandas que envolvam agências reguladoras é o fato do Poder Judiciário não enfrentar diretamente e de forma profunda as questões meritórias do ato em si.

Entretanto, podemos notar que as agências, no que diz respeito a sua atividade de produção normativa, devem atuar sob as diretrizes das normas que as criaram, obviamente, em conformidade com as políticas públicas do setor regulado.

Ora, para chegar a conclusão se as agências reguladoras estão obedecendo fielmente tais direcionamentos, o Poder Judiciário deveria, sem sombra, de dúvidas efetuar um controle mais rigoroso sobre os atos de conteúdo normativo das agências.

Infelizmente, isso não vem sendo realizado. Há apenas o reconhecimento da legitimidade das agências de uma forma genérica, sem impor os limites necessários na atuação delas. O modelo americano é interessante pois realizada uma exaustão nas razões que motivaram as agências a tomar suas decisões que gerem atos normativos.

Sendo assim, talvez você recomendado aos julgadores pátrios, buscar no direito comparado essa inspiração para que seja realizado uma melhor forma de controle dos atos normativos das agências reguladoras no Brasil.

No entanto, vale ressaltar que mesmo que seja buscada inspiração na forma de julgamentos realizada pela Suprema Corte americana em casos que envolvam demandas de atividade normativa de agências reguladoras, não podemos simplesmente replicar todas as demais características das *agencies* no modelo brasileiro.

Obviamente que alguns institutos podem ser espelhados, mas sempre se adaptando os conceitos a realidade brasileira. Deve ser levado em conta neste caso o fenômeno conhecido como *trobriand cricket*.

O *Trobriand Cricket*, conforme explanado por Justen Filho (2002), fora uma tentativa realizada por missionários ingleses de introduzir o cricket, famoso esporte inglês, em uma ilha denominada Trobriand situada em Papua Nova Guiné.

Os ingleses tentaram introduzir todos os conceitos e regras do esporte na região, sem se preocupar com a cultura enraizada nos membros da comunidade daquela ilha. No entanto, os nativos daquela pequena ilha não se acostumaram com as normas impostas e instituíram suas próprias regras.

Desta forma, antes de se tentar aplicar de forma açodada e genérica os princípios jurídicos importados das Agências Reguladoras Norte Americanas, é importante que se leve em conta as peculiaridades de cada País, e com isso efetuar de forma mais eficaz a transposição do direito alienígena ao nosso ordenamento pátrio.

Sendo assim, conclui-se que as agências reguladoras detêm a capacidade para elaborar atos com conteúdo normativos, desde que obedeçam as suas leis de criação e estejam em consonância com as políticas públicas adotadas para o setor regulado.

Nessa esteira, é importante que haja um efetivo controle pelo Poder Judiciário do mérito dos atos normativos produzidos pelas agências, algo que não é feito de forma satisfatória atualmente.

Os Tribunais devem perder sua superficialidade e enfrentar de forma profunda o processo de elaboração das normas regulatórias, fazendo, acaso seja necessário,

as alterações devidas na hipótese dos atos não se encontrarem em consonância com os preceitos que as agências devem seguir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU). Pareceres. **Processo nº 50000.029371/2004-83**. Interessado: Ministério dos Transportes. Assunto : Deliberação da ANTAQ. Agência Reguladora. Competência e recurso hierárquico impróprio. Divergência entre o Ministério e a Agência. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/8453>> Acesso em: 05 out 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

ARAÚJO, José Guilherme de. A justiça administrativa no Brasil. **Cadernos de Administração Pública FGV**, Rio de Janeiro, nº 25, p. 12, 1955.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BELTRÃO, Hélio. **Descentralização e liberdade**. Rio de Janeiro: Record, 1984.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

BLUCHE, Frederic; RIALS, Stephane; TULARD, Jean. **A revolução francesa**. Tradução Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 1989.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1668/DF - Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 20 agosto 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADI&numero=1668&origem=AP>>. Acesso em 23 dez 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.949/RS. Relator: Ministro Dias Toffoli. **Pesquisa de Jurisprudência**, Processo físico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1748405>>. Acesso em 22 set 2015.

BRASIL. **Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990**. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm> Acesso em: Acesso em 8 dez 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 28 set 2015.

BRASIL. **Decreto nº 608, de 16 de agosto de 1851.** Autorisa o Governo para dar novos Estatutos aos Cursos Jurídicos e às Escolas de Medicina; assim como a criar mais duas Cadeiras, huma de Direito Administrativo, e outra de Direito Romano. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-608-16-agosto-1851-559297-publicacaooriginal-81461-pl.html>>. Acesso em 5 dez 2014.

BRASIL. **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.** Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em 15 set 2015.

BRASIL. **Decreto-lei nº 6.016, de 22 de novembro de 1943.** Dispõe sobre a imunidade dos bens, rendas e serviços das autarquias, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-6016-22-novembro-1943-416115-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 15 set 2015.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. **Habeas Corpus nº 85060.** [2009?] Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2254201>> Acesso em 30 set 2015.

BRASIL. **Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834.** Faz algumas alterações e adições à Constituição Política do Império, nos termos da Lei de 12 de Outubro de 1832. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM16.htm>- Acesso em 4 dez 2014.

BRASIL. **Lei nº 234, de 23 de novembro de 1841.** Criando um Conselho de Estado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM234.htm>. Acesso em 4 dez 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.** Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9427cons.htm>. Acesso em 17 set 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm>. Acesso em 27 set 2015.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Empresas estatais federais privatizadas desde 1990.** 2011. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/dest/empresas_estatais/univest_privatizadas.pdf/view> Acesso em: 3 dez 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. **Acórdãos.** Relator: Ministro Ribeiro da Costa. 17 nov 1962. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24.SCLA.+E+8693.NUME.%29+OU+%28MS.ACMS.+ADJ2+8693.ACMS.%29&base=baseAco rdaos&url=http://tinyurl.com/h8rwh79>> Acesso em 21 set 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 473**. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque dêles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. 3 dez 1969. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500->. Acesso em 03 out 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no recurso especial 1326847/RN**. 20 nov 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22816904/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1326847-rn-2012-0115210-8-stj>> Acesso em 3 dez 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 806304/RS**. 17 dez 2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2351987/recurso-especial-resp-806304-rs-2005-0212409-1?ref=juris-tabs>> Acesso em 3 dez 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Suspensão de liminar e de sentença nº 162/PE**. 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2663851&num_registro=200501267439&data=20061211&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 27 dez 2015.

CASE BRIEFS. **Myers v. United States**. 1926. Disponível em: <<http://www.casebriefs.com/blog/law/administrative-law/administrative-law-keyed-to-strauss/agencies-and-the-structural-constitution/myers-v-united-states/>>. Acesso em 21 set 2015.

CAREY, George W; MCCLELLAN, James. **The Federalist: a collection by Alexander Hamilton, John Jay & James Madison**. Indianapolis: Liberty Fund, Inc., 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. **Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.**, U.S. 1984. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/467/837>> Acesso em: 19 dez 2015.

CAVALCANTI, Francisco Queiroz Bezerra. Contexto histórico do direito administrativo brasileiro e os atos administrativos. **Revista Acadêmica – Faculdade de Direito do Recife**, Recife, vol. 84, 2012.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Instituições de direito administrativo brasileiro**. II Volume. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1938.

CCC LEGACY. **Civilian Conservation Corps Legacy**. 2014, Edinburg. Disponível em: <<http://www.ccclegacy.org/>>. Acesso em 22 dez 2014.

CONSTANT, Benjamin. **Princípios políticos constitucionais**. Org. Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Ed Freitas Bastos, 2014

CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. **Wiener v. United States**. 1957. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/357/349>>. Acesso em 21 set 2015.

CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. **King v. Burwell**. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/14-114>>. Acesso em 21 dez 2015.

CRETELLA JR., José. **Direito municipal**. Rio de Janeiro: Ed. Universitária de Direito, 1975.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. **Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**, ano 2, número 2, Belo Horizonte. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

DE JESUS, Jorge Miguel Cardoso Ribeiro. A economia de John Maynard Keynes: uma pequena introdução. **Textos de Economia**, v. 14, n. 1, p. 118-137, 2012.

FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION. **What we do**. Washington, 2014. Disponível em: <<http://www.fcc.gov/what-we-do>>. Acesso em 23 dez 2014.

FEDERAL DEPOSIT INSURANCE CORPORATION (FDIC). **History of the FDIC**. 2014. Disponível em: <<https://www.fdic.gov/about/history/>>. Acesso em 22 dez 2014.

FEDERAL REGISTER. **Interstate Commerce Commissions**. Disponível em: <<https://www.federalregister.gov/agencies/interstate-commerce-commission>> Acesso em: 05 dez 2014.

FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). **About the FTC**. Washington, 2016. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/about-ftc>>. Acesso em 15 dez 2014.

FILHO, Marçal Justen. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

FREEMAN, Joshua B. **American Empire**. New York: Peguin Books, 2013.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUERRA, Sérgio. **Controle judicial dos atos regulatórios**. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

HARRIMAN, Edward A. The development of administrative law in the united states. **The Yale Law Journal Company**. v. 25, nº 8, 1916.

HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. Tradução Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 5º Ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

HIMMELBERG, Robert F. **The great depression and american capitalism**. Boston: Heath, 1968.

HOBSBAWM, Eric J. **A era das revoluções (1789-1848)**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2013.

ISRAEL, Jean-Jacques. **Direito das liberdades fundamentais**. Tradução Carlos Souza. São Paulo: Ed Manole, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Editora Dialética, 2002.

JUSTIA. US Supreme Court. **A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States**. 1935. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/295/495/case.html>>. Acesso em 22 dez 2014.

JUSTIA. US Supreme Court. **Humphrey's Executor v. United States**, 1935. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/295/602/case.html>>. Acesso em 21 set 2015.

JUSTIA. US Supreme Court. **Morrison v. Olson**. 1988. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/654/>>. Acesso em 21 set 2015.

JUSTIA. US Supreme Court. **Motor Veh. Mfrs. Ass'n v. State Farm Ins.** 1983. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/463/29/case.html>>. Acesso em 18 dez 2015.

JUSTIA. US Supreme Court. **Munn v. Illinois**. 1876. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/94/113/case.html>>. Acesso em: 03 dez 2014.

JUSTIA. US Supreme Court. **Marbury v. Madison**. 1803. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>>. Acesso em: 19 dez 2015.

KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. Antitrust policy: A century of economic and legal thinking. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 14, n. 1, p. 43-60, 2000.

LE CONSEIL D'ÉTAT ET LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE. **Tribunal des conflits - 8 février 1873 - Blanco**. 1 jan 1970. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/Tribunal-des-conflits-8-fevrier-1873-Blanco>>. Acesso em 30 nov 2014.

LEGIS WORKS. **Sixty-third Congress**. 1914. Disponível em: <<http://legisworks.org/congress/63/publaw-203.pdf>>. Acesso em 15 dez 2014.

LEGIS WORKS. **Forty-ninth Congress**. 1887. Disponível em: <<http://legisworks.org/congress/49/session-2/chap-104.pdf>> Acesso em: 05 dez 2014.

LOPEZ, Eduard A. Constitutional Background to the Social Security Act of 1935. **Social Security Bulletin**, January 1987, v. 50, nº 1. Disponível em: <<http://www.ssa.gov/policy/docs/ssb/v50n1/v50n1p5.pdf>>. Acesso em 22 dez 2014.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Editora RT, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23ª Ed. São Paulo: Editora RT, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e Controle Jurisdicional**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 26ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

METZLER, Edward L. The growth and development of administrative law. **Marquette Law Review**, v. 19, 1935.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, **The spirit of laws**. London: Forgotten Books, 2013.

MORRIS, Charles R. **Os magnatas**: como andrew carnegie, john d. rockefeller, jay gould e j.p. morgan inventaram a supereconomia americana. Porto Alegre: L&PM, 2010.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de direito administrativo**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Direito regulatório**. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Nacionalismo e o novo desenvolvimentismo**. 2013. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/2014/335-Nacionalismo-ndesenvolvimentismo-Introd.pdf>>. Acesso em: 07 dez 2014.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Plano diretor da reforma do aparelho do estado**. 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 07 dez 2014.

PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antônio S. de (Org.). **Manual de Economia**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PINHO, José Antônio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. Accountability: já podemos traduzi-la para o português? **Revista de Administração Pública RAP/FGV**, nov/dez. Rio de Janeiro, 2009.

POSNER, RICHARD A. **Theories of economic regulation**. 1974.

REVUE GÉNÉRALE DU DROIT. **Conseil d'Etat**. 25 fevereiro 1864. Disponível em: <<http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/conseil-detat-25-fevrier-1864-lesbats-rec-p-210/>>. Acesso em: 18 dez 2015.

SCHWARTZ, Bonnie Fox. **The civil works administration, 1933-1934**. New Jersey: Princeton Legacy Library, 1984.

SMITH, Adam. **Wealth of nations**. Oxford University Press. United Kingdom, 2008.

SOUSA, Paulino José Soares. **Visconde do Uruguai**. Org. José Murilo de Carvalho. São Paulo: Editora 34, 2002.

STEPHENSON, Matthew C. A costly signaling theory of “hard look” judicial review. **Administrative Law Review**, v. 58, nº 4, Fall, 2006.

STIGLER, George J. The theory of economic regulation. **The Bell journal of economics and management science**, p. 3-21, 1971.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

TÁCITO, Caio. **Perspectivas do direito administrativo no próximo milênio**. Revista de Direito Administrativo FGV. v. 212. Rio de Janeiro, 1998.

TELSER, Lester G. et al. **Genesis of the Sherman Act**. Chicago-Center for Study of Economy and State, 1982.

THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. **Administrative Procedure Act**. 1946. Disponível em: <<http://www.justice.gov/sites/default/files/jmd/legacy/2014/05/01/act-pl79-404.pdf>>. Acesso em 28 dez 2014.

U.S. DEPARTMENT OF HOUSING AND URBAN DEVELOPMENT (HUD.GOV). **The Federal Housing Administration (FHA)**. Washington, 2014. Disponível em: <http://portal.hud.gov/hudportal/HUD?src=/program_offices/housing/fhahistory>. Acesso em 22 dez 2014.

U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. **What we do**. Washington, 2013. Disponível em: <<http://www.sec.gov/about/whatwedo.shtml>>. Acesso em 22 dez 2014.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução Regis Barbosa e Karen Barbosa. II Volume. São Paulo: Ed. Universidade de Brasília, 1999.

WHITTINGTON, Keith E. **Political foundations of judicial supremacy**: The presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in US history. Princeton University Press, 2009.

WHITE HOUSE. **OMB**. Washington, 2015. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/omb/oira>>. Acesso em 02 jan 2015.

WORK PROGRESS ADMINISTRATION. Final Report on the WPA Program. 1946. Disponível em: <<http://lcweb2.loc.gov/service/gdc/scd0001/2008/20080212001fi/20080212001fi.pdf>> Acesso em: 22 dez 2014.