



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

ALTHAIR FERREIRA DOS SANTOS JUNIOR

**PRESSUPOSTOS DO NEOLIBERALISMO, REFORMA DO
ESTADO E AGÊNCIAS REGULADORAS**

Londrina
2012

ALTHAIR FERREIRA DOS SANTOS JUNIOR

**PRESSUPOSTOS DO NEOLIBERALISMO, REFORMA DO
ESTADO E AGÊNCIAS REGULADORAS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito à obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci.

Londrina
2012

Catálogo na Publicação elaborada pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da Universidade Estadual de Londrina.

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

S237p Santos Junior, Althair Ferreira dos.

Pressupostos do neoliberalismo, reforma do estado e agências reguladoras / Althair Ferreira dos Santos Junior. – Londrina, 2012.
97 f.

Orientador: Elve Miguel Cenci.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2012.

Inclui bibliografia.

1. Concorrência – Regulação – Teses. 2. Direito econômico – Teses. 3. Agências reguladoras de atividades privadas – Teses. 4. Direito administrativo – Teses. 5. Estado – Reforma – Teses. I. Cenci, Elve Miguel. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 345.78

ALTHAIR FERREIRA DOS SANTOS JUNIOR

**PRESSUPOSTOS DO NEOLIBERALISMO, REFORMA DO ESTADO E
AGÊNCIAS REGULADORAS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito à obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Elve Miguel Cenci
UEL – Londrina - PR

Profa. Dra. Marlene Kempfer
UEL – Londrina - PR

Prof. Dr. Gustavo Silveira Siqueira
UERJ – Rio de Janeiro - PR

Londrina, 18 de dezembro de 2012.

À minha família.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por seu amor incondicional.

A toda minha família, especialmente a meus pais, Althair e Mirian, por tudo.

A Maysa, meu amor, pela compreensão e motivação.

Aos professores Dr. Elve Miguel Cenci e Dr^a. Marlene Kempfer, pela inestimável ajuda na confecção deste trabalho e pelo exemplo acadêmico que representam.

Ao professor Dr. Gustavo Silveira Siqueira, por gentilmente aceitar o convite de participar de minha banca.

A todos que conviveram comigo durante a elaboração deste trabalho.

A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo.

Albert Einstein

SANTOS JÚNIOR, Althair Ferreira dos. **Pressupostos do neoliberalismo, reforma do estado e agências reguladoras**. 2012. 97 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2012.

RESUMO

Analisa os fundamentos político-econômicos do neoliberalismo a partir das obras de Friedrich Hayek e Milton Friedman. Examina o processo de formação do Estado Moderno com a afirmação da soberania, a delimitação do poder decisório e a dicotomia público-privada e como estas bases influenciaram o desenvolvimento do Direito Administrativo. Investiga a crise com a qual o Estado Moderno se deparou a partir da década de 70 do século XX, diante dos fenômenos da globalização e da desagregação social. Avalia as propostas da ideologia neoliberal para solucionar a crise do Estado e como esta ideologia influenciou o processo de reformulação do papel do Estado perante a ordem econômica. Demonstra como a estagnação econômica das décadas de 70 e 80 e a crise do Estado abriram caminho para a implementação do ideário neoliberal nos países ocidentais. Trata do processo de reforma do Estado brasileiro na década de 90 e examina a influência neoliberal nos novos contornos regulatórios estatais. Relata a reforma administrativa a partir da qual se pode outorgar ao Estado maior grau de governança e governabilidade. Examina o regime constitucional brasileiro de intervenção do Estado sobre o domínio econômico. Constata que os ideais neoliberais influenciaram consideravelmente a reformulação do papel interventivo do Estado no Brasil. Indica que o Estado precisa ser republicado a partir da substituição da intervenção direta pela função reguladora por meio da qual promove a composição e a mediação dos diferentes interesses e protege os interesses difusos. Demonstra que o surgimento das Agências Reguladoras visa a atender aos anseios por uma nova estrutura administrativa do Estado. Examina o regime jurídico das Agências Reguladoras Brasileiras, seu poder normativo e independência.

Palavras-chave: Estado. Intervenção. Agências reguladoras.

SANTOS JÚNIOR, Althair Ferreira dos. **Assumptions of neoliberalism, reform of state and regulatory agencies**. 2012. 97 p. Essay (Masters in Negotiation Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2012.

ABSTRACT

Analyzes the political and economical foundations of neoliberalism from the works of Friedrich Hayek and Milton Friedman. Examines the formation process of the Modern State from the statement of sovereignty, decision-making delimitation and public-private dichotomy and how these foundations influenced the development of Administrative Law. Investigates the crisis with which the modern state faced from the 70s of the twentieth century, before the globalization phenomena and the social breakdown. Evaluates proposals of the neoliberal ideology to resolve the crisis of the state and how this ideology has influenced the process of recasting the role of the state before the economic order. Demonstrates how the economic stagnation of the 70s and 80s and the crisis of the state gave way to the implementation of neoliberal ideas in Western countries. It is about the Brazilian's state reform process in the 90s and examines neoliberal influence on the new state regulatory contours . Reports the administrative reform from which the state can be granted greater degree of governance and governability. Examines the constitutional regime Brazilian state of intervention on the economic domain. Notes that neoliberal ideals influenced considerably recasting the active role of the state in Brazil. Indicates that the state needs to be publicized from the replacement of direct intervention by the regulatory function by which promotes the composition and mediation of the different interests and protects the interests. Demonstrates that the emergence of Regulatory Agencies aims to meet the needs of a new administrative structure of the state. Examines the legal Brazilian Regulatory Agencies, its normative power and independence.

Keywords: State. Intervention. Regulatory Agencies.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANA	Agência Nacional das Águas
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional de Petróleo
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CF	Constituição Federal
FMI	Fundo Monetário Internacional
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
INMETRO	Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A REFORMA DO ESTADO A PARTIR DOS FUNDAMENTOS DO NEOLIBERALISMO	13
1.1 PRESSUPOSTOS NEOLIBERAIS DE HAYEK EM “O CAMINHO DA SERVIDÃO”	13
1.2 O NEOLIBERALISMO DE MILTON FRIEDMAN EM “CAPITALISMO E LIBERDADE”	18
1.3 FORMAÇÃO E CRISE DO ESTADO MODERNO	24
1.3.1 O Direito Administrativo a partir dos Pressupostos do Estado Moderno	30
1.3.2 Crise do Estado Moderno e a Aplicação das Teorias Neoliberais	33
1.3.2.1 Impactos causados pela globalização econômica	33
1.3.2.2 Impulsos da desagregação social	37
1.3.2.3 A soberania estatal absoluta desafiada	40
1.3.2.4 A mitigação da separação público/privado	45
1.3.2.5 O redimensionamento dos interesses públicos	47
2 REFORMA DO ESTADO NO BRASIL	51
2.1 REGIME CONSTITUCIONAL DE INTERVENÇÃO SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO	57
2.2 REPUBLICIZAÇÃO DO ESTADO: O MARCO INTERVENTIVO DO ESTADO REGULADOR POR MEIO DO PODER NORMATIVO	66
3 AS AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES	70
3.1 O NOVO SENTIDO CONSTITUCIONAL À REGULAÇÃO	71
3.2 ASPECTOS DA REGULAÇÃO NOS EUA E EUROPA	73
3.3 CARACTERES DAS ENTIDADES REGULADORAS INDEPENDENTES E O REGIME JURÍDICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS	75
3.3.1 O Objeto	76
3.3.2 A Natureza Administrativa e a Independência	79
3.3.4 Neutralidade e Imparcialidade	83
3.3.5 O Controle das Agências Reguladoras	85
3.5.1 A Função Normativa	88
CONSIDERAÇÕES FINAIS	91
REFERÊNCIAS	95

INTRODUÇÃO

O tema atinente às possibilidades de intervenção do Estado sobre a ordem econômica tem sido discutido já há algumas décadas em razão, sobretudo, das rápidas transformações que o mundo tem enfrentado no campo socioeconômico.

A partir da segunda metade do século XX, o Estado passou a ser confrontado por problemas com os quais não havia se deparado antes, pelo menos de forma tão contundente. Tais problemas tiveram gênese nos processos de globalização e de desagregação da sociedade, os quais impactaram as premissas em que se arrimava o Estado Moderno, mormente a soberania e a dicotomia público/privado.

A discussão acerca do papel do Estado frente às dinâmicas econômicas ganhou ainda mais força com a eclosão da crise financeira e imobiliária que abalou todo o globo a partir de 2008, nos Estados Unidos da América, trazendo prejuízos incontáveis às economias nacionais e mundial. A origem desta crise está relacionada a concepções acerca do papel interventivo do Estado, especificamente o papel regulatório.

A economia mundial está a cada dia mais interligada e interdependente, demandando tecnologia não apenas das empresas e sistemas financeiros, mas também do Estado no que concerne ao seu papel de intervenção sobre as relações econômicas. Neste sentido, mostra-se crucial para o aprimoramento do papel estatal, à luz do que preceitua o direito pátrio, a análise e compreensão do contexto de transformações havidas no mundo e no Brasil, no que se refere à economia e, principalmente, as implicações que delas advieram.

A noção de intervenção estatal é rediscutida no sentido de adequar a atividade do Estado às demandas de uma ordem global marcada pela interligação e pela interdependência dos Estados e na tentativa de atender também às necessidades de maior democratização no processo decisório estatal.

Importa analisar este contexto de mudanças do Estado Moderno a partir da década de 70 do século passado, para que se compreendam as suas consequências sobre a atividade administrativa e interventiva do Estado, inclusive no Brasil, relativamente à seara econômica da vida da sociedade.

As reformas pelas quais o Estado brasileiro passou ao longo da década de 90 refletem traços marcantes do ideário neoliberal, que emergiu a partir

dos trabalhos de Friedrich Hayek e Milton Friedman, e que começou a ser implementado no final da década de 70 na Europa e EUA, com a assunção de comando por Margaret Thatcher (Inglaterra), Helmut Kohl (Alemanha) e Ronald Reagan (EUA). Daí estudar-se no capítulo primeiro os fundamentos políticos e econômicos do neoliberalismo, sobretudo a partir das ideias de Friedman em “Capitalismo e Liberdade”.

Esta noção é importante para a análise das reformas havidas no Brasil na última década do século XX, que são abordadas no capítulo segundo, a partir de quatro eixos principais, que correspondem: i) à delimitação da área de atuação do Estado; ii) à desregulamentação; iii) à Reforma Administrativa em prol da Governança e iv) à Reforma Política para se garanta a governabilidade. Em seguida, o sentido da regulação adotado no Brasil com a Reforma havida na década de 90 do século XX, principalmente com o surgimento das Agências Reguladoras Independentes.

Mesmo que se afirme que a Constituição de 1988 não é neoliberal em seu todo, é inegável a influência desta corrente político-econômica no texto constitucional, tanto na redação original como nas emendas que a reformou, o que evidencia a relevância da análise.

Estudam-se também os delineamentos que devem ser levados em consideração no processo de reformulação do Estado brasileiro, diante do novo contexto que se lhe apresenta, no sentido de que sejam preservados, em sua atuação, os traços democráticos que o legitimam social e politicamente. Fala-se, neste ponto, na necessidade de republicização do Estado por meio da assunção de novos papéis, ligados mais à intervenção indireta mediante entes descentralizados, que regulam as atividades econômicas, e menos à atuação direta, como um Estado empresário.

As agências reguladoras surgem no Brasil, na década de 90, como uma importante alternativa de substituição das estruturas estatais centralizadas e unitárias que remontam ao modelo do Estado Moderno, podendo exercer com maior capacidade técnica e conhecimentos específicos de cada setor a tarefa de proceder à composição e mediação dos diversos interesses públicos existentes e, ao mesmo tempo, agir na tutela de interesses difusos ou hipossuficientes.

Importa, outrossim, inclinar atenção aos traços caracterizadores destes novos entes reguladores, para se entender a estrutura das Agências

brasileiras, sua função normativa, seu regime jurídico e as atividades econômicas sobre as quais a regulação incide no contexto constitucional de intervenção estatal sobre o domínio econômico.

Busca-se entender como e quanto as políticas neoliberais influenciaram os processos de reforma do Estado nas décadas de 80 e 90, tanto no Mundo quanto no Brasil, e de que forma estas políticas foram implementadas no contexto brasileiro, especificamente em relação à compleição da ordem econômica nacional em relação ao exercício do poder regulatório-normativo, principalmente por meio das Agências Reguladoras Independentes.

1 A REFORMA DO ESTADO A PARTIR DOS FUNDAMENTOS DO NEOLIBERALISMO

A busca pela gênese das Agências Reguladoras no Brasil conduz os estudos para os processos de reforma pelos quais o Estado tem atravessado não só neste país, mas em todo o mundo, desde o final da década de 70. Estas reformas trazem em si delineamentos próprios do ideário político-econômico conhecido como neoliberalismo, que se desenvolveu a partir das obras de Friedrich Hayek, com *O Caminho da Servidão* (1944), e Milton Friedman, com *Capitalismo e Liberdade* (1962).

Este ideário, que se desenvolveu em um contexto de mitigação das bases sobre as quais se erigiu o Estado Moderno, a respeito do que se falará adiante, influenciou sobremaneira o movimento de reforma estatal no sentido de buscar atender às demandas e aos desafios surgidos com a intensificação dos processos de globalização e geração de interdependência econômica a partir da década de 70, revisitando as teorias liberais formuladas no século XVIII e XIX e dando-lhes novas acepções de acordo com o contexto econômico que veio a surgir, de interdependência entre os Estados e de mundialização dos mercados e da economia.

Se as reformas estatais levadas a efeito sofreram consideráveis influências das bases da teoria neoliberal, ganha relevância o estudo dos fundamentos desta corrente de pensamento para que se possa compreendê-la e identificar em que medida seus preceitos foram adotados e implementados, principalmente, no contexto político-econômico brasileiro.

1.1 PRESSUPOSTOS NEOLIBERAIS DE HAYEK EM “O CAMINHO DA SERVIDÃO”

Friedrich A. Hayek foi um dos mais célebres precursores do neoliberalismo. Algumas das bases da teoria neoliberal foram disseminadas por ele na obra “O Caminho da Servidão”, lançada pela primeira vez em 1944 – e que lhe renderia o prêmio Nobel de Economia trinta anos mais tarde, em 1974 –, por meio da qual ele buscou rebater o programa socialista do Partido Trabalhista inglês.

Em sua empreitada contra o socialismo que arregimentava adeptos na Inglaterra nas décadas de 30 e 40, Hayek se opôs à ingerência do Estado sobre a economia e invocou ideais de uma tradição individualista que havia sido deixada de lado e, com isso, abriu espaço para coletivismos que desaguaram na formação de Estados totalitários, como o nazismo, por exemplo. Hayek preocupava-se com o risco de os ingleses cometerem erros similares aos dos alemães de alguns anos atrás.

Esta é, aliás, uma das principais ideias de Hayek na referida obra: os coletivismos (nazismo, socialismo, fascismo) possuem uma matriz comum, que é justamente a planificação econômica e a intervenção excessiva do Estado sobre a Economia. No capítulo sétimo (1990), o prêmio Nobel de 1974 expõe a sua visão de que controle econômico e planificação centralizada da economia redundam sempre no totalitarismo.

Isto porque os valores econômicos não seriam secundários ou marginais na vida dos indivíduos. Ao contrário, são eles que garantem que os indivíduos decidirão de forma livre a respeito da alocação de seus escassos recursos bem como dos fins para os quais estes recursos serão destinados. Retirar do indivíduo este controle e passá-lo ao Estado configuraria uma afronta à própria liberdade, e importaria na transferência do domínio de quase toda a vida do homem à coletividade e, conseqüentemente, aos seus representantes, pois os indivíduos dependem quase que totalmente dos meios e dos recursos proporcionados pelos seus concidadãos.

O controle econômico não é apenas o controle de um setor da vida humana, distinto dos demais. É o controle dos meios que contribuirão para a realização de todos os nossos fins. Pois quem detém o controle exclusivo dos meios também determinará a que fins nos dedicaremos, a que valores atribuiremos maior ou menor importância - em suma, determinará aquilo em que os homens deverão crer e por cuja obtenção deverão esforçar-se. Planejamento central significa que o problema econômico será resolvido pela comunidade e não pelo indivíduo; isso, porém, implica que caberá à comunidade, ou melhor, aos seus representantes,, decidir sobre a importância relativa das diferentes necessidades (HAYEK, 1990, p. 101).

Ao controlar, planificar e centralizar a economia, o Estado não estaria dominando apenas uma das searas da vida dos indivíduos, mas estaria sim determinando aquilo em que eles deveriam crer, quais os valores teriam mais relevância e quais os esforços haveriam de ser empenhados para a consecução dos

fins coletivos administrados pela elite estatal. Aquele que controla os meios determina os fins a serem buscados. Daí o título da obra fazer referência a um caminho de servidão traçado pelo socialismo, que deveria ser interrompido para que não ocorresse na Inglaterra o mesmo que se sucedeu com a Alemanha a partir do nacional-socialismo, que erigiu ao poder na década de 30, e é objeto de um capítulo próprio da obra de Hayek – capítulo 12, em que são analisadas as origens socialistas do nazismo alemão.

Hayek aponta que os progressistas converteram-se ao socialismo a partir do ilusório discurso segundo o qual este novo paradigma econômico nasceu justamente para garantir a liberdade econômica dos indivíduos por meio da atenuação das restrições sociais que o sistema econômico infligia em razão do “despotismo da necessidade material”. Porém, na prática, o discurso socialista da liberdade não representava nenhuma novidade, apenas uma “velha reivindicação de uma distribuição equitativa de riqueza (1990, p. 49)”.

O economista austríaco pontua que não é possível a um Estado alcançar a liberdade e a igualdade mediante o marxismo ou o socialismo. Esta impossibilidade fica demonstrada com a transformação da Rússia e da Alemanha em sociedades totalitárias na primeira metade do século XX, não afeitas à economia e, pior que isso, sem igualdade e sem liberdade. O socialismo democrático não seria realizável e muitos dos que o propagam não aceitariam, na visão de Hayek, permanecer sob o jugo de suas consequências, vez que, com a centralização e a planificação da produção e do consumo, o cidadão perderia o poder decisório, inclusive quanto à escolha do que lhe é de maior ou de menor importância.

A planificação e a intervenção do Estado nos assuntos econômicos são vistas como desencadeadoras dos grandes males. A perda da liberdade econômica ensejaria a perda da própria liberdade do indivíduo no que se refere às escolhas que vão desde o que produzir, consumir até qual profissão exercer. Contra esses males, o antídoto sugerido por Hayek é a defesa da concorrência.

Pugnar pela proteção da concorrência importa em estabelecer que não é a vontade de poucos que vai decidir a respeito do quinhão de cada um, mas sim que este quinhão dependerá, em grande medida, da habilidade e da iniciativa dos indivíduos, embora esta porção possa advir, excepcionalmente, de circunstâncias imprevisíveis. A respeito da crítica segundo a qual o regime de concorrência não dá as mesmas possibilidades aos pobres como as dá aos ricos,

Hayek rebate (1990, p. 110) com o argumento de que, mesmo neste regime de diferentes oportunidades – uns com mais, outros com menos –, mesmo nestes casos, o indivíduo caracterizado como pobre teria maior grau de liberdade do que a que poderia gozar um sujeito considerado rico em um modelo estatal diferente. No modelo de livre concorrência, as decisões sobre a alocação dos recursos cabe a cada um e depende das escolhas e valores de cada um.

Para que se garanta a livre concorrência, é primordial também que se proteja a propriedade privada. Defender a propriedade corresponde a defender a própria liberdade tanto dos proprietários como de terceiros. Se a propriedade e os meios de produção forem concentrados nas mãos da sociedade, na figura de seu representante ou ditador, este teria o poder de controle sobre todos, configurando-se um típico regime totalitário.

Ainda sobre a concorrência, observa-se que Hayek não deseja a retirada total do Estado da seara econômica, mas ele, Estado, deve criar um sistema legal que garanta a homogeneidade e afaste os privilégios de classe – remetendo à ideia de que a concorrência possibilita a realização da justiça em relação aos beneficiários das trocas econômicas segundo as suas habilidades e iniciativas.

Além disso, o Estado deve adotar uma compleição estrutural que afiance a concorrência por meio do combate aos monopólios, tão prejudicial que é àquela. Hayek, neste ponto, expõe que o fortalecimento dos sindicatos é um mal que resulta justamente do monopólio de mercado e impede que as empresas paguem melhores salários aos seus empregados para evitar que eles se evadam com vistas a trabalhar em empresas concorrentes. O combate aos monopólios mostra-se essencial tanto para a concorrência de mercado quanto para a liberdade no mercado de trabalho.

Contrária à livre concorrência, a planificação mostra-se inviável na medida em que não possui suporte para antever todos os fatores que integram a economia. Na economia complexa e descentralizada que se formou após a revolução industrial, a orientação dos agentes econômicos depende de que se garanta a liberdade de preços, de concorrência, de consumo e de produção.

Hayek também afirma que o único habitat em que a democracia pode existir é aquele em que se pode verificar um arcabouço de concorrência que se fundamenta no direito de disposição, de forma livre, da propriedade privada. Se a este arcabouço se dá o nome de capitalismo, então é apenas em uma sociedade

capitalista que a democracia pode se desenvolver (1990, p. 83). Neste ponto, o autor de *O Caminho da Servidão* evoca a doutrina liberal para concluir que seu grande mérito foi ter reduzido “a gama de questões que dependem de consenso a proporções adequadas a uma sociedade de homens livres”. Ao contrário, no Estado de economia planificada, cujo controle é exercido de forma centralizada, não se pode alcançar um acordo de maioria e a vontade de uma minoria muitas vezes haverá de ser imposta.

Por outro lado, o pensamento de Hayek relativiza a própria democracia, alocando-a como um instrumento a serviço do valor político supremo, que é a liberdade. Democracia e liberdade são descoladas uma da outra e o valor está na liberdade e não na democracia. Esta se presta a buscar a realização daquela. Para Hayek, a planificação econômica afasta a democracia na medida em que conduz o Estado para o totalitarismo; e a democracia é um instrumento na busca pela liberdade, valor supremo em um ambiente de livre concorrência.

Ademais, não se poderia falar em Estado de Direito fora do liberalismo, haja vista que toda política socializante e centralizada é hostil a um sistema de normas duradouras e aptas a gerar a estabilidade e a segurança jurídica. Um sistema de economia planificada demanda que o Estado esteja permanentemente monitorando e controlando a conjuntura econômica e, diante disso, estatuidando normas para situações pontuais, de contingências específicas, o que impossibilita que os cidadãos tenham previsibilidade em relação à política e ao quadro normativo em que vão se desenrolar suas atividades econômicas.

O desemprego também não é visto, sob a perspectiva neoliberal, como um problema a ser combatido a qualquer preço. Não significa dizer, necessariamente, que se deva buscar a manutenção das taxas de desemprego em certos patamares, mas sim de se compreender que a busca do pleno emprego a todo custo pode trazer mais prejuízos à sociedade de mercado (1990, p. 188). Como exemplo, o autor cita o período esperado do pós-segunda guerra mundial, em que os trabalhadores que antes possuíam empregos relacionados aos esforços de guerra estariam sem trabalho. Conseqüentemente, com o fim da guerra, ou os salários abaixariam ou os índices de desemprego seriam elevados. A forma de se evitar estas duas conseqüências simultaneamente seria adotar políticas inflacionárias que buscassem a desvalorização salarial por meios indiretos. A

inflação, neste caso, em um período de crise econômica, seria mais prejudicial para a sociedade do que o desemprego em si.

Estes traços do neoliberalismo, delineados por Hayek, surgem como uma resposta contra a ameaça dos “coletivismos”, conforme dito acima. Para combater esta ameaça, em suma, dever-se-ia proteger a competição econômica, a livre concorrência para que, só desta forma, estivessem presentes os requisitos essenciais para a existência de uma economia ativa e inovadora. É a lógica do mercado e de seus preços que tem a possibilidade de regular os diversos fatores que compõem o prisma econômico-social. O Estado deve intervir minimamente, sobretudo para proteger a concorrência e evitar os monopólios; do contrário, caminhará para a planificação e, fatalmente, haveria de lançar mão de protocolos totalitários. Além disso, caberia a ele garantir a ordem legal, legislar de forma geral e imparcial, sem interferir nas regras do jogo e desempenhar tarefas que a iniciativa privada não detém competência e capacidade para realizar, como a segurança pública, por exemplo (HAYEK, 1990).

1.2 O NEOLIBERALISMO DE MILTON FRIEDMAN EM “CAPITALISMO E LIBERDADE”

Milton Friedman foi um expoente economista da escola monetarista de Chicago que deu ainda maior destaque a não intervenção do Estado na economia, propugnando de forma firme a necessidade de proteção e garantia da liberdade econômica, o valor fundamental para os neoliberais. Tem por obra emblemática o livro “Capitalismo e Liberdade”, publicado pela primeira vez em 1962 e, como observa Miguel Colasuonno ao apresentar a edição brasileira, pode ser considerado o livro-síntese do pensamento de Friedman (1984, p. XIV).

Diferentemente do que faz Hayek, Friedman não enfatiza a livre competição, a livre concorrência, mas sim aquilo que chama de “cooperação voluntária”, que traz em seu conteúdo a ideia de que o mercado não corresponde a um lugar de disputas nas quais sempre se poderá identificar vencedores e perdedores e que depende da intermediação e ingerência de um ente central que detenha o papel de coordenação. Ao contrário, o mercado é um ambiente em que todos os que dele participam o fazem voluntariamente, mediante transações abstratas em que todos saem, de alguma forma, ganhando.

Friedman também destaca que a liberdade econômica, como parte da liberdade em um sentido mais amplo, é um fim em si próprio e é um instrumento para a realização da liberdade política. Só haveria, em sua visão, duas formas de coordenação das atividades econômicas: ou por meio da cooperação voluntária ou por meio da coerção e do Estado totalitário.

A possibilidade da coordenação, por meio da cooperação voluntária, está baseada na proposição elementar – no entanto frequentemente negada – de que ambas as partes de uma transação econômica se beneficiam dela, desde que a transação seja bilateralmente organizada e voluntária. A troca pode, portanto, tornar possível a coordenação sem a coerção. Um modelo funcional de uma sociedade organizada sobre uma base de troca voluntária é a economia livre da empresa privada – que denominamos, até aqui, de capitalismo competitivo (FRIEDMAN, 1984, p. 22).

Fora do capitalismo competitivo, a coordenação se dá pela coerção. A cooperação voluntária, porém, tem na liberdade de troca (transações) a garantia de proteção dos atores econômicos uns em relação aos outros, de modo que, por exemplo, “o consumidor é protegido da coerção do vendedor devido à presença de outros vendedores com quem pode negociar”. Esta proteção é realizada pelo próprio mercado sem a necessidade de que uma autoridade a realize de forma centralizada.

O papel do Estado, neste contexto de liberdade e cooperação entre os agentes privados, segundo Friedman, está na necessidade de estabelecer e aplicar as normas que regem o teatro econômico da liberdade, garantindo o cumprimento dos contratos privados e estatuidando instituições de repressão para a manutenção da ordem estabelecida.

Para que se mantenha a liberdade é necessário que se proceda à desconcentração do poder e à “dispersão e divisão de todo o poder que não puder ser eliminado” (1984, p. 23-24). A liberdade, valor neoliberal supremo, é ameaçada pelo poder concentrado, centralizado. Quanto mais esta centralização for quebrada, quanto mais o núcleo do poder for desmembrado em diversas células, tanto maior estará a liberdade a salvo. Diminuindo-se o acúmulo de poder nas mãos do Estado, coloca-se o indivíduo como verdadeiro protagonista não só da vida econômica, mas acarreta o desenvolvimento cultural, científico e artístico, por exemplo. Por outro lado, a planificação e a padronização gerariam a estagnação destas e outras humanidades, consubstanciando-se em empecilhos à criatividade e ao desenvolvimento humano.

Há de se ter em conta que Friedman é um combatente do Estado de Bem-Estar Social e das ideias intervencionistas propugnadas por John Maynard Keynes. Para o neoliberalismo de Friedman, a adoção de políticas monetárias e fiscais por parte do Estado, uma das facetas do keynesianismo, era totalmente contraproducente à resolução dos problemas econômicos a longo prazo e, quanto mais o Estado se colocasse na posição de interventor no mercado econômico, menos liberdade existiria. Contra a ação interventiva da autoridade monetária, Friedman advogava a tese de que a ela (autoridade – poder executivo) não deveria ser dado poder discricionário sobre a oferta de dinheiro, mas apenas deveria ser criada uma regra que admitisse o aumento do volume de moeda em percentuais fixos, cerca de 4 a 5%.

[...] tal norma cortaria drasticamente o poder discriminatório das autoridades monetárias; mas ainda deixaria um volume indesejável de liberdades nas mãos do Federal Reserve e das autoridades do Tesouro [...]. Reformas bancárias e fiscais adicionais seriam não só necessárias como convenientes. Teriam o efeito de eliminar a atual intervenção governamental nos empréstimos e nos investimentos e de converter as operações governamentais de financiamento, de fonte perpétua de instabilidade e incerteza em atividade razoavelmente regular e previsível. Mas, embora importantes, essas reformas adicionais são menos básicas do que a adoção de uma norma que limite a liberdade das autoridades monetárias no que concerne ao estoque de dinheiro (FRIEDMAN, 1984, p. 57).

A liberdade econômica proposta por Friedman é garantidora da liberdade política. É a livre manifestação dos atores econômicos em um ambiente de cooperação voluntária que promove a liberdade política na medida em que o monopólio do dinheiro não estará nas mãos de quem governa, o que oportuniza o estabelecimento de controles de ambos os lados. Assim, à semelhança de Hayek, Friedman também vê o ambiente capitalista como local ideal para a realização plena da liberdade política.

O economista americano vê moral apenas no indivíduo e, por esta razão, os problemas éticos competem ao foro privado e não podem ser objeto de interferência por parte do Estado, o qual, aliás, só poderia agir diante de assuntos “indivisíveis”, ligados, notadamente, à segurança externa (defesa nacional) – cada cidadão, individualmente considerado, não pode ter a porção de defesa nacional que almejar.

‘No entanto, a teoria de Friedman, embora proponha o Estado Mínimo em termos de intervenção sobre a economia, também não afasta a

necessidade de sua existência, ainda que em termos reduzidos, pois o “o liberal consistente não é um anarquista”. Neste sentido, o autor apresenta algumas funções que devem ser capitaneadas pelo Estado segundo o regime político-econômico do neoliberalismo. Note-se (Friedman, 1984, p. 39):

Um governo que mantenha a lei e a ordem; defina os direitos de propriedades; sirva de meio para a modificação dos seus direitos de propriedade e de outras regras do jogo econômico; julgue disputas sobre a interpretação das regras; reforce contratos; promova a competição; forneça uma estrutura monetária; envolva-se em atividades para evitar monopólio técnico e evite os efeitos laterais considerados como suficientemente importantes para justificar a intervenção do governo; suplemente a caridade privada e a família na proteção do irresponsável [...]; um tal governo teria, evidentemente, importantes funções a desempenhar.

Conforme se registrou acima, a proteção dos atores econômicos se dá no bojo do próprio mercado a partir da cooperação voluntária em que se realizam as transações e trocas de acordo com o que convém a cada indivíduo. Se há liberdade de troca, a técnica de mercado funciona regularmente e atende aos requisitos essenciais do neoliberalismo de Friedman. Porém, há casos em que estas trocas voluntárias mostram-se impossíveis, seja pela dificuldade técnica, seja pela presença de monopólios, que correspondem justamente à falta de possibilidades de escolhas e que elidem a liberdade de efetiva troca.

Nestes casos em que se verifica a presença de monopólios, é dever do Estado combatê-los no sentido de promover a tão esperada competitividade que possibilita o exercício da liberdade segundo os auspícios do neoliberalismo. Neste sentido, há que se destacar a formulação de leis que conformem um sistema hostil à formação de trustes e protetor da normalidade concorrencial. Caso o monopólio decorra da eficiência técnica da empresa que alcançou o status de monopolista, como no caso daquelas que prestam serviços de telefonia, por exemplo, há, nos dizeres de Friedman, três possibilidades de ação: o monopólio privado, o monopólio público ou a regulação pública da prestação do serviço e, deste, o menor dos males seria a formação de monopólios privados.

A primeira e mais urgente necessidade na área da política governamental é a eliminação das medidas que apoiam diretamente o monopólio [...]. Além disso, o passo mais importante e mais efetivo para a redução do poder do monopólio consistiria numa extensa reforma das leis sobre impostos. Os impostos sobre pessoas jurídicas deveriam ser abolidos (1984, p.122).

Outra área que, segundo Friedman, não pode ser tratada em termos de mercado é a que se refere ao papel de legislador e árbitro que o Estado possui, como avalista do sistema capitalista vigente. Como a liberdade não é um valor em si absoluto e as liberdades humanas podem se atritar, exsurge a necessidade de o Estado promover a resolução do conflito a partir de leis e decisões que devem limitar a liberdade de um para preservar a de outro.

Há também o dever do Estado quanto ao patrocínio de políticas chamadas pelo citado economista americano de “paternalista”, dirigidas às crianças e às pessoas portadoras de deficiência mental. Isto em função de que estas pessoas não possuem capacidade de escolha para desfrutar de sua liberdade e remete ao fato de que a teoria liberal se abre para o princípio de que uns podem decidir por outros.

Com relação às taxas de câmbio, Friedman assevera que elas devem ser flutuantes para que se enquadrem no esquema de um mercado verdadeiramente livre. O Estado também não deve interferir na taxa de câmbio de forma exacerbada, mas sim dar condições para que o próprio mercado conduza a formação da taxa segundo as trocas decorrente da cooperação voluntária, permitindo que os preços sejam livres para flutuar.

No tocante à política fiscal, o neoliberalismo friedmaniano condena o expediente de incremento dos gastos públicos para que se tente combater as altas taxas de desemprego. Ele argumenta que qualquer política que aumente as despesas estatais traz poucas consequências sobre o crescimento da economia. A teoria do equilíbrio seria ineficiente para cobrir, com investimentos públicos, as fraquezas do mercado. Por esta teoria do equilíbrio, diante do declínio dos investimentos privados, os investimentos públicos devem ser incrementados para que os níveis de investimento totais permaneçam nos mesmos patamares. Porém, na prática, a teoria do equilíbrio trouxe o infortúnio de ter “estimulado a expansão contínua das atividades governamentais [...] (1984, p. 76)” sem, todavia, solucionar a longo prazo os problemas econômicos contra os quais se insurgira.

A política econômica de Friedman também rechaça a chamada “responsabilidade social” da empresa na medida em que este conceito acaba por subverter com os objetivos das empresas que passariam a se localizar na zona de influência do conceito coletivista de interesse social, o qual ele reputa como um ponto de vista errado sobre a natureza de uma economia de mercado livre, na qual

vige a responsabilidade comprometida unicamente com o capital (responsabilidade social do capital).

Outro ponto incluído na política neoliberal tanto de Friedman como de Hayek corresponde ao fato de que as diferenças na distribuição de rendas são plenamente aceitáveis no bojo de uma economia de mercado. A ideia é que as rendas auferidas por cada indivíduo se devem, em parte, às escolhas, instrumentos e métodos de trabalho de cada um; e, em parte, às diferenças relacionadas à capacidade humana e à propriedade. Mas em qualquer dos casos, o neoliberalismo não vê injustiças nas diferenças de renda. Cada profissão possui uma carga de responsabilidade e complexidade diferente, o que legitima que os salários sigam a mesma proporção do trabalho.

A diferente distribuição de renda seria, neste sentido, uma decorrência natural da liberdade de escolha dos indivíduos e de suas habilidades e iniciativas empenhadas para a aferição de suas receitas. Por isso, é desnecessário ao Estado intervir na seara econômica por meio de políticas de distribuição de renda. Até mesmo as políticas sociais são vistas com ressalvas por Friedman, na medida em que estas políticas sociais e as ações afirmativas atrapalham o mecanismo de liberdade econômica, criando desequilíbrios em seu funcionamento e promovendo injustiças. Friedman despreza as políticas de bem-estar como os programas de habitação, o estabelecimento de pisos salariais por meio de lei (salário mínimo) e, até mesmo, a contribuição obrigatória para o sistema de seguridade social público, pois o indivíduo deveria ao longo de sua vida investir em bens e capitais para, de certa forma, garantir sua aposentadoria. Não cabe ao Estado buscar a correção destas anomalias por meio de políticas públicas. Sempre que o faz, acaba por criar desequilíbrios no sistema de livre mercado e atrapalhar a geração de solução para tais problemas. Na visão neoliberal, a justiça se alcança no seio do mercado livre, em que as trocas se perfazem orientadas pelos interesses individuais, portanto, livres de interferências externas e sem o estabelecimento de privilégios de uma classe em relação à outra.

O principal valor a ser alcançado é a liberdade. E este alcance só é possível em um ambiente em que se pode verificar a liberdade econômica dos indivíduos. Até mesmo a democracia é posta a serviço da liberdade, como um verdadeiro instrumento para o seu alcance. O sistema capitalista é, portanto, condicionante da liberdade política dos cidadãos, ainda que Friedman chegue a

admitir que seja possível um regime totalitário se desenvolver sob a égide do capitalismo.

1.3 FORMAÇÃO E CRISE DO ESTADO MODERNO

As Agências Reguladoras surgiram em um ambiente de reforma estatal e sob a influência do ideário neoliberal que propugna a liberdade como valor supremo, sobretudo a liberdade econômica. Este movimento de reforma corresponde a uma série de mudanças de paradigmas que o modelo estatal desenvolvido na modernidade passou a enfrentar.

Importa analisar as linhas gerais sobre as quais se desenvolveu o Estado Moderno para se entender como e por que este modelo estatal foi confrontado diante de um contexto de mitigação de suas bases mestras para que se possa analisar, então, a medida da influência da ideologia neoliberal nos processos de reforma estatal que desaguaram na elaboração de estruturas reguladoras independentes.

Foi justamente a partir de sua versão moderna que o Estado passou a ser visto como uma instituição detentora exclusiva de poder, exercido de maneira autônoma e livre da influência da Igreja e de seus valores, os quais prevaleceram durante toda a Idade Média.

Não se quer dizer com isso que não houve estruturas das quais emanou poder antes da formação político-social que culminou com a criação do Estado Absolutista, a configuração primitiva do Estado Moderno. Neste sentido, Lourival Vilanova explica que, por exemplo, as cidades medievais livres, os feudos em que os vassallos se subordinavam ao seu senhor, a Igreja e o sacro Império Romano eram estruturas de poder que, contudo, não atingiram “a concentração e a preeminência que caracterizam a estrutura de poder estatal. Estruturas de poder eram, sem que o político confluísse, potenciando-se, em Estados” (VILANOVA, 2003, p. 342).

A concepção de Estado como o espaço em que é exercido, politicamente, o controle e a direção da sociedade exsurge justamente com o Estado Moderno, cujos elementos basilares são o poder soberano, ou o princípio da soberania estatal, governo (exercente do poder), o território delimitado e o povo (STRECK, MORAIS, 2003, p. 24). Com a formação do Estado, as próprias relações

políticas são estatizadas, convergindo as relações de poder para um “poder de decisão em última instância”, conforme as palavras de Lourival Vilanova, que complementa:

Esse poder converte o espaço material em órbita de validade e eficácia de um ordenamento jurídico, transforma a relação fática de mando/obediência em relação jurídica de autoridade/súdito, unifica o espaço físico e monopoliza o direito, em seus momentos de criação e aplicação (VILANOVA, 2003, p. 343).

Faz-se esta observação primeira, pois se pretende analisar o Estado enquanto ambiente decisório, no qual se exerce o poder dentro de uma “perspectiva governativa” de condução e coordenação da sociedade, nos dizeres de Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto (2002, p. 28 e 29). Isto se explica pelo fato de que o objetivo é analisar os reflexos das transformações pelas quais passou o Estado – e, conseqüentemente, a sua Teoria Geral – em sua estrutura jurídico-administrativa.

Neste intento, utiliza-se da sistematização tecida pelo referido autor quanto à consideração de três pontos essenciais que se podem verificar no desenvolvimento do Estado Moderno: i) a concentração do poder decisório, relativamente à afirmação da Soberania estatal; ii) a delimitação do poder decisório, que implica a separação do espaço político entre esferas pública e privada e iii) a legitimação do poder decisório, remetendo a atenção para as finalidades do Estado.

Confirma-se a importância desta abordagem com a similitude que ela apresenta com a lição que José Eduardo Faria aduz sobre o tema do desenvolvimento do conceito de soberania e, por conseguinte, da formulação das bases teóricas do Estado Moderno. Note-se:

A elaboração teórica e o adensamento doutrinário do conceito de soberania decorrem das sucessivas tentativas e esforços de racionalização jurídica desse poder absoluto, tendo em vista pelo menos três objetivos básicos: (a) a transformação da força bruta (*Macht*) em domínio (*Herrschaft*); (b) a conversão do *poder de fato* em *poder de direito*; e (c) a outorga ao processo político de uma estrutura normativa capaz de propiciar a conjugação de *estabilidade com mudança* e de *legalidade com legitimidade*. Espinha dorsal da assim chamada Teoria Geral do Estado [...] (FARIA, 2004, p. 20).

Segue-se, então, à apreciação destes diferentes eventos que corroboraram para a formatação dos caracteres essenciais que o Estado Moderno

adquiriu, os quais serviram de base para toda a estrutura política e jurídica que, em seu âmbito, veio a se formar, quais sejam, a afirmação da soberania, a separação entre os âmbitos público e privado e a delimitação das finalidades estatais visando a atender aos interesses públicos.

Paulo Bonavides (2007, p. 35 e 36) ensina que o Estado Moderno, especificamente em seu modelo absolutista, surgiu baseado na ideia de soberania. Aduz ainda que, em uma primeira fase, a Monarquia Absoluta busca sua legitimidade em concepções de direito divino, em uma visão ligada à religiosidade segundo a qual o poder é fruto da outorga de DEUS. Já em uma segunda fase, que encontra seu referencial teórico no pensamento de Hobbes, a fonte legitimadora do poder soberano do monarca adviria não mais dos desígnios divinos, mas sim da razão humana que se materializaria no Contrato Social. Desta forma, afastavam-se os entraves metafísicos e teológicos que limitavam, de certa forma, o poder do rei.

[...] Haja vista a este respeito o Contratualismo social que introduz com Hobbes uma nova fundamentação do poder, que já não promana da divindade, mas do Homem e de sua razão prática, dos imperativos racionais que afixam a sobrevivência ameaçada da espécie humana, segundo este grande pensador (BONAVIDES, 2007, p. 36).

Mas é a partir do século XVIII, período em que se deram as três grandes revoluções burguesas – inglesa, norte-americana e francesa –, que a nação se torna a fonte da soberania, pois é neste momento da história que os cidadãos são incluídos na nação enquanto participantes de sua construção e de suas atividades governamentais. A soberania é vista como “a consequência concreta do direito de uma dada comunidade ou de um povo de se autodeterminar politicamente e de fazer valer, dentro de seu território, a universalidade de suas decisões [...]” (FARIA, 2004, p. 17).

Vale ressaltar que a estruturação da Teoria Geral do Estado e da Teoria Geral do Direito decorreu da constatação de Bodin a respeito da importância fundamental que a soberania tem, em se tratando de afirmação do Estado como fonte única de poder decisório. Ainda, o poder que deflui do conceito de soberania caracteriza-se como sendo perpétuo e absoluto. Perpétuo, pois não se limita ao tempo de poder do soberano; absoluto na medida em que não reconhece qualquer ente a quem se deva subordinar, seja em âmbito interno ou externo.

Ainda na tentativa de conceituar a soberania, é forçoso citar José Eduardo Faria (2004, p.17):

Vinculada à consolidação desses Estados, a soberania, em seu significado moderno, diz respeito a um poder de mando incontrastável numa determinada sociedade política; a um poder independente, supremo, inalienável e, acima de tudo, exclusivo. Ou seja, um poder sem igual ou concorrente, no âmbito de um território, capaz de estabelecer normas e comportamentos para todos seus habitantes.

É nesta base que se arrima o Estado-Nação, quando de sua emergência, o que lhe proporciona a capacidade de definição de seus subordinados, dos setores sociais em que deve atuar e dos limites territoriais em que será exercido o poder político. Ou seja, a partir da soberania podem ser definidos o exercente do poder, o território em que será exercido e o povo a quem será dirigido, todos estes elementos constitutivos do Estado, conforme se afirmou anteriormente.

Outro aspecto importante na perquirição do desenvolvimento e evolução da ideia de soberania é a constatação de que ela comporta um duplo sentido, com referência aos planos interno e internacional. No plano interno, liga-se à ideia de construção de uma ordem de poder hierarquizada, liderada pelo soberano ou pelo detentor do domínio estatal. No segundo, o plano externo, não existe uma fonte única de poder decisório, mas sim um contexto de ordem contratual, em que os Estados estão livres da ingerência de outros entes, com os quais se relacionam em pé de igualdade.

As considerações feitas acerca da afirmação da soberania como pedra fundamental no contexto de formação do Estado são de suma importância no desenvolvimento deste ponto, em que se aborda o fenômeno da delimitação da esfera de atuação do poder estatal. Em outros termos, a separação entre o que seja da alçada privada e o que seja da pública. O Estado soberano, isto é, aquele que detém o poder único dentro de seu território, o monopólio do poder, precisa ter bem delimitada a sua zona de atuação.

Para que se entenda este processo de dicotomização (MARQUES NETO, 2002, p.49), cumpre esclarecer que suas origens se relacionam intimamente com o surgimento e fortalecimento da classe burguesa do século XVIII. Até então, o poder que havia sido institucionalizado com a criação do Estado Absolutista estava adstrito às mãos do rei, o verdadeiro titular da soberania interna, que era ilimitada.

Ocorre que a institucionalização do poder a partir da construção do conceito de soberania, ainda que ele fosse exercido exclusivamente pelo monarca, trouxe estabilidade política aos Estados – tanto pela manutenção da ordem interna quanto pela projeção de sua independência internacional e respectivo oferecimento de proteção de ingerências ou ataques externos –, elemento que propiciou o desenvolvimento dos comércios, dos mercados, enfim, do capitalismo e, por conseguinte, o surgimento da classe burguesa.

A burguesia recém surgida, e dotada de poder econômico, não tinha acesso ao poder político, o qual consubstanciava-se na própria figura do monarca soberano, que tudo geria e em tudo interferia de acordo com o seu alvedrio ou o de sua nobreza aristocrática, componente da corte. A estabilidade política referida acima foi se deteriorando até atingir seu ápice nas revoluções burguesas, principalmente, a francesa de 1789.

É aí, então, que se inicia a fase que pugna pela negação da ingerência absoluta e ilimitada do Estado na vida da sociedade e, mormente, pela ereção de direitos intocáveis, inerentes a todos os homens, direitos fundamentais decorrentes da ideia da liberdade individual, imanente a cada cidadão, visando à garantia de seus direitos políticos e civis, principalmente. A garantia de tais direitos fundamentais demanda o estabelecimento de limites à atividade estatal. A separação dos poderes e a delimitação das atribuições de cada um deles vêm atender justamente a esta necessidade. O exercício do poder passa a ser balizado por leis, a partir de um contrato social entre os indivíduos, acoplando ao Estado o caráter de legal e formando os pilares do Estado de Direito.

Vê-se que a separação aqui tratada entre as searas privada e pública da sociedade relaciona-se, intimamente, com o modelo capitalista de produção e com a defesa da autonomia dos indivíduos. Esta dicotomia veio no sentido de legitimar o poder político institucionalizado, na medida em que ele deve atuar, ainda que como a única fonte de poder soberano em seu território, dentro dos limites que protegem a autonomia privada dos indivíduos. Sobre o mapeamento da área de atuação do público e do privado, calha lembrar que deste fenômeno decorre o surgimento da burocracia estatal-administrativa, orientadora da formação do Estado Moderno, segundo a teorização de Max Weber, resultando, por exemplo, na delimitação das competências estatais, na estruturação hierarquizada dos organismos governamentais e a proteção de seus agentes, na estipulação de

funções públicas que não se confundem com um homem, um indivíduo, o que gera a necessidade de preenchimento por mérito dos cargos que ocupam tais funções, como assinala Azevedo Marques Neto (2002, p. 48-50).

Uma vez delimitados os campos de atuação atinentes à atividade estatal e à seara privada, pode-se visualizar os interesses em que o Estado não está legitimado a interferir e, principalmente, em quais áreas ele deve fazer valer os interesses voltados à coletividade, remetendo a reflexão à questão das finalidades do Estado e a legitimidade de seu poder decisório, tema sobre o qual se passa a expor.

O enfoque que se dá, quando da análise da formação e estruturação do Estado Moderno, está no exercício do poder dentro de um espaço decisório, o que pressupõe a ideia de exercício de poder de forma unificada e universal, ou seja, voltado a todos os indivíduos e sem outras fontes de poder com quem ele possa concorrer. Este aspecto corresponde ao fenômeno da concentração do poder decisório em apenas uma instituição, o Estado.

Igualmente, a separação entre a zona de atuação do Estado e a de autonomia do setor privado, em que prevalecem as individualidades dos cidadãos, tem importante elo com este fenômeno universalizante do poder. No entanto, esta dicotomização entre as duas esferas liga-se à ideia não de concentração, mas sim de delimitação do poder decisório, estipulando-se as margens exatas em que o Estado deveria atuar, como explicado acima.

Mas agora este poder, a cujo processo de universalização se refere, é dirigido, logicamente, para toda a sociedade e, por isso, deve ser exercido “com um caráter generalizante, totalizante, expressado nas fórmulas da vontade geral, do bem comum ou [...] no interesse público”, nas palavras de Marques Neto (2002 p. 51). Significa dizer que a atuação do poder público incide em uma área em que estão albergados os interesses de todos os indivíduos integrantes da sociedade, uma vez que o poder é uno e absoluto, não havendo outras fontes descentralizadas de poder, demandando dele, poder, a justificação por meio do atendimento do interesse geral, e não do interesse de entes delimitados ou grupos determinados dentro do contexto social.

A concentração do poder e a delimitação de sua esfera de atuação, qual seja, aquela em que as questões que lhe são atinentes atingem toda uma coletividade, levaram à necessidade de se levantar os objetivos que orientam tal

atuação no sentido de encontrar seu lastro de legitimidade social. Uma vez delimitado o exato campo em que o Estado deve agir, esta ação, para ser legítima, deve visar ao atendimento dos interesses público, no quais se presumem inseridos, homogeneamente, todos os demais interesses presentes na sociedade.

1.3.1 O Direito Administrativo a partir dos Pressupostos do Estado Moderno

Feitas as análises e constatações acerca do surgimento e dos pressupostos do Estado Moderno, surge a necessidade também de se enfrentar a questão da influência destes elementos basilares do Estado na construção do Direito Administrativo, principalmente diante do fato de que, como se viu, o poder decisório do Estado deve se dirigir pela busca do interesse comum dos indivíduos.

Isto implica a elaboração de regras que instrumentalizem a atividade estatal, balizando-a e impedindo-a de agir fora dos parâmetros escolhidos quando da elaboração de tais regras. Entra-se, então, no campo do Direito, de modo a estruturar juridicamente a atuação do poder público, atuação esta que deve se dar com vistas ao atendimento dos interesses gerais. Enxerga-se, assim, o Direito Administrativo, ramo do Direito Público, como um instrumento de operacionalização do poder político.

O Estado, ao exercer relações de poder decisório ou de governo com os particulares, fá-lo por intermédio deste conjunto de normas que formam o Direito Administrativo. Mas deve-se lembrar que ele, o Estado, desenvolveu-se vincado nos pressupostos do Estado Moderno, notadamente a centralização deste poder decisório a partir do conceito de soberania. O que se quer dizer com isto é que a formatação do Estado Moderno a partir dos pressupostos já mencionados levou à configuração de um paradigma de Direito Administrativo atrelado a tais fundamentos.

Neste sentido, ratifica Odete Medauar (2003, p. 77-78):

Assim, da concepção de Estado decorrem conseqüências no contexto das instituições públicas, sobretudo governamental e administrativa. Se a disciplina jurídica da Administração pública centraliza-se no direito administrativo e se a Administração integra a organização estatal, evidente que o modo de ser e de atuar do Estado e seus valores repercutem na configuração dos conceitos e institutos desse ramo do direito.

Este ramo do Direito Público é, além de um conjunto de regras destinadas a dirigir e limitar a atividade estatal perante os entes particulares, um importantíssimo meio pelo qual se desenvolve o poder político. Atrelando-se às bases da modernidade estatal e política, o Direito Administrativo pressupõe a existência de um núcleo unificado de poder, ou seja, um poder centralizado e centralizador no que tange à tomada de decisões e à atuação governativa do exercente deste poder.

Além deste viés indicador da centralização do poder, outro fator com que o Direito Administrativo tem relação, falando em termos de seu objeto, é a necessidade de limitação do poder absoluto do Estado, o que se deu com o advento das teorias liberais, desenvolvidas notadamente no século XVIII, aliás, tema levantado no capítulo anterior deste trabalho. Naquele momento da história, fez-se necessário estipular limites ao agir desenfreado do Estado, o qual se confundia com a própria figura do soberano, de maneira a proteger as individualidades e a autonomia dos particulares – remete-se, mais uma vez, à temática da separação entre o público e o privado. Trata-se da relação existente entre o poder estatal e os particulares, sempre girando em torno dos interesses distintos que há entre eles.

O que não significa dizer que ocorre uma verdadeira limitação da soberania, pois o que se limita é o exercício do poder por meio de lei, que é também uma manifestação do poder soberano, agora não do homem, mas do Estado. Vê-se, portanto, que a atividade administrativa se liga à ideia de centralização e delimitação do poder estatal. Esta delimitação de que se fala vai ser estruturada por meio da lei, atendendo ao princípio da legalidade, subjacente ao desenvolvimento do Estado de Direito.

No entanto, isto não afasta a constatação de que esta ação de exercer o poder decisório se dá de forma centralizada, restringindo-se os direitos dos particulares na medida em que o Estado atua na busca do interesse geral, em que o público tem supremacia sobre o privado, fator que evidencia um nítido traço de autoritarismo neste paradigma de Direito Administrativo pautado na centralização do poder, o qual é exercido exclusivamente pelo Estado.

A base desta constatação reside na afirmação de que o Direito Administrativo herdou da soberania traços de impositividade, autoritarismo do poder soberano que detém a prerrogativa de ser exercido sobrepondo os seus interesses aos dos indivíduos, considerados em sua particularidade. Ou seja, este Direito “não

pressupõe a igualdade entre os pólos envolvidos. Ao contrário, tem por pedra angular a desigualdade em favor da autoridade” (MARQUES NETO, p. 72).

Mais uma vez, lança-se mão da noção de interesse público funcionando como um eixo em torno do qual gira o exercício do poder político. É em função daquele que este estará concentrado e unificado, propiciando sua efetividade. Ademais, como o exercício deste poder deve estar limitado por contingências que asseguram a autonomia privada dos indivíduos, é o interesse geral que funciona como o fator limitador de tal poder político, pois todos os atos que emanam dele devem estar justificados no bem maior de todos em detrimento da vontade de um indivíduo em especial. O interesse público funciona também como fator legitimador do poder.

Não de outra forma, o conceito de interesse público ocupa lugar essencial na estrutura jurídica do regime administrativo, quando se trata da relação entre o poder público e suas prerrogativas – aqui entendido como ente que exerce o poder de administração política – e os direitos daqueles que são administrados por este poder. Tal relação obedece aos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração.

O primeiro princípio, que estabelece a preponderância do interesse público sobre o interesse particular, foi erguido a partir da associação da expressão “interesse público” como algo a “bem de toda a coletividade, à percepção geral das exigências da vida na sociedade”. Já o segundo, a indisponibilidade do interesse público importa na vedação à autoridade administrativa de retardar a tomada de providência ou mesmo deixar de tomá-las com base em outros motivos, uma vez que o interesse em jogo tem relevância geral perante a sociedade (MEDAUAR, 2004, p. 152).

Tais princípios orientadores da atividade pública, os quais são formulados em torno do conceito de interesse público, demonstram que o paradigma de Direito Administrativo de que se fala neste trabalho, pautado na ideia da afirmação da soberania interna do poder estatal e da delimitação da esfera de sua atuação, diferenciando-a da esfera do privado, denota a noção de que interesses públicos e interesses privados estão contrapostos, como se os interesses públicos, nos quais a administração se apoia ao exercer seu múnus, estivessem a negar ou a rivalizar com os interesses particulares e vice-versa.

A formulação do Direito Administrativo atrelado à clássica divisão entre público e privado leva, concomitantemente, à construção de um paradigma em que se encontram contrapostos os interesses públicos e também os particulares, sendo a Administração pública a única capaz de definir e fazer valer os interesses públicos. Entretanto, como se verá, este paradigma será fortemente abalado por fenômenos que põem à prova suas bases.

1.3.2 Crise do Estado Moderno e a Aplicação das Teorias Neoliberais

O Estado, em seu matiz moderno, a cujos delineamentos referiu-se anteriormente, passa a enfrentar, a partir da década de 70 do século XX, problemas com os quais não havia se deparado antes, pelo menos de forma tão contundente. Tais problemas tiveram gênese nos processos de globalização e de desagregação da sociedade, os quais levaram à superação dos conceitos de soberania absoluta do Estado e da noção, até então vigente, de que as searas pública e privada poderiam ser exatamente delimitadas, uma apartada da outra.

Ocorre que a soberania e a dicotomia público/privado foram as bases mestras sobre as quais o Estado Moderno se desenvolveu e, a partir delas, a atuação estatal orientava-se por uma noção de interesse público homogeneizante, que aglutinava todos os interesses visualizados na sociedade. Cumpre, então, analisar os referidos fenômenos que contribuíram para a mitigação destes velhos conceitos que arrimavam o Estado e, assim, verificar também quais os novos padrões que devem ser atribuídos ao poder estatal no sentido de se corrigir os problemas surgidos.

1.3.2.1 Impactos causados pela globalização econômica

O primeiro destes fenômenos corresponde à globalização. Para que não se corra o risco de erro na delimitação da sua origem, registre-se que a globalização não corresponde a um processo recente, que remonta ao final do século XX. José Eduardo Faria (2004, p. 60) adverte que este fenômeno já estava presente nos antigos impérios, nos quais provocou verdadeiros surtos culturais, econômicos e jurídicos.

Já na era da modernidade, o referido jurista lembra que se pode percebê-lo na visualização do desenvolvimento da navegação, da cartografia e da ciência, na península ibérica, propiciando a portugueses e espanhóis a elaboração de “projetos ultramarinos”, ainda no final do século XV. Aditem-se a isso, os fatores correlatos ao desenvolvimento do comércio nas cidades italianas, como por exemplo, Gênova e Veneza, que levaram à formação de rotas de comércio internacionais, a partir do século XVI.

O elemento que denota novidade no conceito de globalização começa a despertar mesmo a partir da década de 70 do século XX, percorrendo as décadas de 80 e 90 – período marcado por grandes mudanças institucionais, políticas, organizacionais e tecnológicas – e correlaciona-se a

[...] um inédito processo de superação das restrições de espaço pela minimização das limitações de tempo, graças ao vertiginoso aumento da capacidade de tratamento instantâneo de um gigantesco volume de informações; a um fenômeno complexo de interações transnacionais, onde a empresa privada progressivamente substitui o Estado como ator principal [...]; à avassaladora dimensão alcançada pelos movimentos transnacionais de capital, especialmente o financeiro; e à formação de uma hierarquia dinâmica de acesso a trocas desiguais entre os fatores de produção, com amplitude mundial (FARIA, 2004, p. 62).

Há dois fatores primordiais na geração das aludidas transformações. O primeiro deles se refere à crise do padrão monetário mundial em que, após as pressões internacionais na demanda por ouro, o governo estadunidense comandado por Richard Nixon, em 1971, pôs fim à conversibilidade do padrão ouro-dólar. O segundo fator se relaciona às crises do petróleo em decorrência dos conflitos deflagrados no Oriente Médio (guerras árabe-israelenses e Revolução Islâmica do Irã), fatos que se seguiram no decorrer dos anos 70, a partir dos quais houve um grave declínio econômico que abalou todo o mundo, ocasionando, posteriormente, anos de estagnação econômica e elevação da inflação. Os índices negativos da economia passaram a demandar, então, respostas no sentido de se enfrentar a séria crise que se apresentava à economia global.

Foi aí que surgiram os primeiros movimentos apregoando a desregulamentação dos mercados financeiros, a derrubada dos monopólios do Estado em dados setores da economia, bem como a abertura do comércio internacional de serviços e informação. São os ideários do neoliberalismo entrando em cena e sendo aplicados pelos governos de direita que ascenderam ao poder:

entre eles, principalmente, Reagan, nos Estados Unidos; Thatcher, na Inglaterra e Kohl, na Alemanha.

O contexto de crise econômica tornou-se terreno fértil para a contestação da política de Bem-Estar social e das estratégias keynesianas que vinham sendo adotadas pelos países europeus desde o fim da Segunda Guerra Mundial; tornou-se terreno fértil também, conseqüentemente, para que o receituário neoliberal de Hayek e Friedman germinasse na tentativa de solucionar a crise e restaurar a normalidade econômica com projeções de crescimento duradouro.

Estas mudanças deflagraram uma reestruturação do sistema financeiro internacional, em que se viu a circulação de capitais se dar de forma intensa, graças ao desenvolvimento de tecnologias de informação e comunicação que propiciaram a integração dos mercados financeiros existentes ao redor do mundo e a “desmaterialização da moeda”, ou seja, a não vinculação a um lastro de valor material (FARIA, 2004, p. 63-70).

Outro fruto direto do desenvolvimento tecnológico deste tempo liga-se aos transportes, surgindo-se meios rápidos de locomoção de pessoas e de mercadorias por todo o mundo, permitindo a circulação de bens e serviços com confiabilidade e em grande escala. Não se pode deixar de mencionar também os efeitos da globalização nos processos produtivos industriais. Estes se desenvolveram, em grande medida, pela redução dos custos com transporte e comunicação. Entram neste quadro, outrossim, as mudanças nos formatos organizacionais das empresas (holding, joint ventures, etc.), além de novas formatações dadas às operações, à logística. Enfim, viu-se a criação de um paradigma de desenvolvimento totalmente diferente do que havia até então.

As organizações empresariais passaram de multinacionais a transnacionais, deixando de ter uma matriz vinculada em determinado país para passarem a operar de forma interligada a partir de bases no mundo todo e sem qualquer vínculo permanente com uma nação. Ou seja, internacionaliza-se o próprio processo produtivo, bem como o mercado consumidor, este com o apoio, novamente, das novas e avançadas redes de comunicação em massa, de amplitude mundial (FARIA, 2004, p. 73-77).

O papel do Estado na economia passou a ser revisto. Para garantir a liberdade econômica e o desenvolvimento nos termos neoliberais, vêm a calhar políticas de desconcentração do poder do Estado, retirando-lhe o caráter de

interventor ativo e substituindo-o por outro em que se lhe atribuem funções interventivas mínimas ligadas à manutenção da ordem, da concorrência, da proteção à propriedade, da aplicação do direito, dos contratos e do combate aos monopólios.

Além disso, os movimentos e instituições de jaez “coletivista”, tão combatidas nas teorias neoliberais, também padecem da perseguição da nova agenda econômica. Os sindicatos assistem à redução considerável de seu poder e à implementação de taxas “naturais” de desemprego que poderiam munir as empresas com mão de obra, independentemente das pressões sindicais. Presenciou-se, a partir dos programas de Thatcher e Reagan na década de 80, a elevação das taxas de juros, a contração na emissão de moeda, o corte de gastos sociais, o corte de impostos que incidiam sobre os maiores rendimentos (estimulando a desigualdade), e a privatização das empresas públicas (ANDERSON, 1995, p. 12).

Elemento integrante deste novo contexto de globalização é a questão dos direitos humanos. Como ensina Luigi Ferrajoli (2002, p. 39-41), o imperativo da paz e o respeito aos direitos humanos afirmaram-se como normas fundamentais no período imediatamente posterior à segunda Guerra Mundial – em decorrência das barbáries produzidas pelo regime nazista, inclusive, legitimadas internamente.

Datam da década de 40 os dois documentos que elevam a importância da proteção dos Direitos humanos ao nível internacional: a Carta da ONU, de 1945; e a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Com tais documentos, somados aos seguidos pactos internacionais relativos ao tema, a limitação do Estado no tocante ao respeito aos direitos humanos deixou de ser apenas da alçada interna e passou a ser também uma limitação de ordem externa. Aliás, este fenômeno jurídico trará importantes implicações àquela noção de soberania.

Diversos fatores compõem esta quadra em que se desenvolveu, de forma intensa, a globalização. Mas, sem dúvidas, o principal deles é o econômico. Neste sentido, e diante do breve panorama apresentado, destaca-se a formação de um contexto de forte interdependência entre os Estados, seja em função da transnacionalização dos capitais, que percorrem o mundo em busca do local mais favorável à expansão financeira, seja em função do dinâmico processo de produção

e comércio internacionais, ou ainda da política de desregulamentação dos mercados financeiros em razão da virada neoliberal.

1.3.2.2 Impulsos da desagregação social

Além da globalização, outro fenômeno contribuiu para que fossem mitigados os conceitos basilares do Estado Moderno. Trata-se da desagregação social. O Estado, de acordo com Ferrajoli (2002, p.48), tem atravessado uma séria crise, cujos motivos relacionam-se a questões tanto “de cima quanto de baixo”. As primeiras remetem ao surgimento de entidades supra-estatais, como o FMI, a ONU, a OTAN, o Banco Mundial, etc., as quais limitam o poder soberano do Estado, na medida em que ocorre, na verdade, uma transferência, para estes organismos, das funções até então tipicamente estatais, como a defesa de ameaças externas, o controle planejado da economia interna de modo independente do resto do mundo, a proteção dos direitos fundamentais e assim por diante.

Por outro lado, as questões “de baixo” têm a ver com as mudanças e contingências observadas no âmbito social, vindas não de fora da nação, mas de dentro dela, do âmago da sociedade e em função das novas conjunturas de interligação e interdependência entre todo o mundo, alcançada, em grande medida, pelo desenvolvimento do capitalismo e da globalização.

De baixo por causa dos impulsos centrífugos e dos processos de desagregação interna que vêm sendo engatilhados, de forma muitas vezes violenta, pelos próprios desenvolvimentos da comunicação internacional, e que tornam sempre mais difícil e precário o cumprimento das outras duas grandes funções historicamente desempenhadas pelo Estado: a da unificação nacional e a da pacificação interna (FERRAJOLI, 2002, p. 49).

Esta crise enfrentada pelo Estado, como aponta o autor, deve-se ao modelo sobre o qual ele foi erguido, tendo no poder soberano o elemento justificador da centralização, unificação e exclusividade do poder estatal, em se tratando de direcionamento da sociedade, diga-se, exercício do poder decisório.

É que a ideia de se atribuir o caráter universal à sociedade foi um dos fatores que contribuiu para a construção do paradigma do Estado Moderno, para o qual ela, a sociedade, deve, necessariamente, ser vista “como um todo uniforme, monolítico, homogêneo, unido por uma racionalidade que lhe dá coesão interna”,

como assevera Marques Neto (2002, p. 114), afastando-se, desta feita, as enormes divergências de interesses individuais existentes na comunidade e possibilitando, assim, o convívio social pacífico.

E tal concepção torna-se anacrônica diante do surgimento de estruturas sociais descentralizadas e representativas de interesses comuns a setores determinados e delimitados da sociedade. É o fenômeno que Ferrajoli (2002, p. 49) denomina de “desagregação social”, pelo qual se pode visualizar a sociedade dividida em pequenos núcleos de interesse em torno do que são formadas tais estruturas representativas. Esta fragmentação social, segundo o referido jurista italiano, deu-se por meio de processos de estratificação da esfera privada da sociedade, relacionados a três facetas: a afirmação dos movimentos sociais, o desenvolvimento de um neocorporativismo e o surgimento de pluralismos no interior da sociedade.

O esgotamento do modelo de Estado do bem-estar social, fruto das contingências que se lhe apresentavam em razão das novas configurações globalizantes e interdependentes da economia, leva os indivíduos a se organizarem para a reivindicação de atendimento de suas expectativas perante o Estado. Neste quadro, desenham-se as linhas fortes dos movimentos sociais, que surgem para jungir os indivíduos a partir de suas necessidades que não podem mais ser supridas por ele, Estado. Estes movimentos tornam-se, ao longo do tempo, institucionalizados para a defesa dos interesses de seus membros sem, contudo, adquirirem o nível de institucionalização dos organismos de representação neocorporativos.

Também os neocorporativismos compõem o processo de desagregação social e, ainda que a ideia em torno da qual ele se fundamenta remeta à noção do corporativismo tradicional das décadas de 30 e 40, os delineamentos destes dois momentos são diferentes. No corporativismo tradicional, as unidades representativas dos interesses obedecem a uma hierarquia estrutural, com a delimitação ordenada de funções e, principalmente, estão vinculadas ao poder de controle e monitoração por parte do Estado. Já o neocorporativismo aponta para uma estrutura de representação – cujo fator de junção de seus membros é o enquadramento a uma categoria profissional – que tende, cada vez mais, a ganhar autonomia perante o Estado, “ainda que sem perspectiva de oposição frontal” a ele. Aqui, não é o poder público quem diz as funções da representação. Há, por último, o processo de formação de pluralismos sociais, os quais, ao lado dos movimentos

sociais e dos órgãos neocorporativos, levam ao esgotamento do caráter de homogeneidade social, própria do Estado Moderno. Este pluralismo de que se fala corresponde à formação de centros de representação não estatais, relacionado a fenômenos de marginalização cultural, étnica, religiosa, etc., sem, todavia, apresentar a mesma organização e institucionalização dos movimentos sociais. Dá-se uma separação da sociedade em entes marginalizados, cujos interesses atinam à criação de um aparato protetivo de repressões e reparação de sua hipossuficiência, como ensina Marques Neto (2002, p. 118-121).

Cumpra destacar que este fenômeno de desagregação ou fragmentação da sociedade revela a união de sujeitos em entidades não estatais, as quais servem para os indivíduos que dela são integrantes como referencial de representação legítima e eficaz na defesa de seus interesses e atendimento de suas necessidades.

E o incremento da comunicação a partir do fenômeno da globalização, em que as informações são transmitidas em tempo real a todo mundo, somado ao fato de que o acesso aos meios de comunicação, informação e consumo alcançam também as faixas pobres da população, contribui sobremaneira para o fenômeno de clivagem social que se enfrenta. Sobre o tema, forçoso é colacionar as palavras de Luigi Ferrajoli (2002, p. 49), pela precisão com que difundem esta ideia:

[...] paradoxalmente, são justamente a rapidez e a multiplicidade das comunicações que acentuaram o anseio de identidade dos povos, das etnias, das minorias e, ao mesmo tempo, o valor associado à diferenças, acendendo conflitos étnicos desagregadores dentro das fronteiras dos Estados e processos inversos de integração nacional fora delas. Vem-se desvendando, assim, o caráter efetivamente artificial e fictício dos Estados, frequentemente criados de cima para baixo, como muitos dos recém-formados, e, de qualquer forma, sempre destinados a engessar as identidades dos povos com a pretensão de subsumi-los em unidades forçadas e, por conseguinte, a negar suas diferenças não menos que suas identidades comuns.

Constata-se que a homogeneidade social em torno de interesses comuns regidos tão somente pelo Estado sofre um abalo substancial e inevitável. Os grupos aglutinadores dos interesses plurais passam a assumir muitas vezes papéis que, formalmente, estavam atribuídos ao Estado, como por exemplo, as ONG's que atuam na proteção do meio ambiente, na assistência às classes necessitadas e aos portadores de determinadas doenças, movimentos que, por atuarem em defesa de

questões coletivas, desafiam a própria divisão entre o público e o privado, tema sobre o qual se falará adiante.

A toda evidência, este panorama conduz à conclusão de que são necessárias reformas no bojo do funcionamento do Estado e uma redefinição de seus papéis com vistas à adequação de sua atuação neste novo contexto de pluralismos sociais, haja vista a relativização patente de seu poder decisório.

1.3.2.3 A soberania estatal absoluta desafiada

Adiantou-se no tópico anterior, reportando-se a Ferrajoli, que o Estado enfrentou uma crise a partir de movimentos externos a ele, ou seja, no plano internacional, relacionados ao advento do capitalismo, à internacionalização da economia, à interligação dos mercados, ao desenvolvimento tecnológico acelerado, à proteção dos direitos humanos, todas facetas do fenômeno aqui chamado genericamente de globalização. E também a partir de movimentos internos, verificados no seio da sociedade e que remontam ao processo de desagregação social, fenômeno que, aliás, não pode ser visto desconectado do processo globalizante, pois com ele tem íntima relação.

Estes processos (globalização e desagregação da sociedade) desafiam aquele poder decisório exercido e ancorado nos pilares do Estado Moderno, sobretudo quanto à concentração deste poder ou, dizendo de outra forma, quanto à soberania do poder público na atuação governativa de busca e proteção dos interesses coletivos.

E a análise do impacto causado pela globalização no poder decisório dos Estados nacionais passa, necessariamente, pelo aspecto econômico, imanente a este fenômeno. O novo contexto de economia global – de interdependência econômica de escala internacional, de empresas transnacionalizadas, cujo processo produtivo é dividido em várias partes do globo sem se vincarem definitivamente em um único país, de concorrência acirrada em função de mercados de trabalho e de políticas econômicas no sentido de atrair os investimentos privados – acaba por deslocar o poder decisório, que antes era de exercício exclusivo do Estado, para os mercados econômicos e financeiros, tanto no sentido da “desterritorialização” quanto no da fragmentação deste poder decisório.

Nesta linha, José Eduardo Faria explica que o sistema financeiro internacional passou a deter o poder de decisão sem uma localização nítida e precisa, pois a definição dos investimentos internacionais e as áreas do mercado e as regiões do planeta a que eles estarão direcionados baseia-se no fato de que os grandes conglomerados empresariais têm a capacidade de concentrar seus atos decisórios e, simultaneamente, dividir ao redor do mundo suas atividades, capacidade esta propiciada, em grande medida, pelo desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação, transporte, informação, interligação dos sistemas financeiros, etc. (2002, p. 108).

E este processo de transferência de poder aos atores que compõem a cena do mercado financeiro demanda a necessidade de criação de organismos supranacionais, com sistemas e mecanismos próprios para agirem no sentido de coordenar a economia como um todo, harmonizar as legislações existentes nos diferentes países, articular a resolução dos conflitos que surgem com as práticas comerciais para a proteção do desenvolvimento do mercado e de suas estruturas. Em outros termos, fez-se necessária a formação de “uma ampla e complexa estrutura jurídica de natureza multilateral destinada a assegurar o funcionamento, sem riscos, traumas e inseguranças, de uma ordem econômica globalizada” (FARIA, 2002, p. 110). Como exemplos destes referidos organismos multilaterais, pode-se elencar o FMI, o GATT e a OMC.

Além disso, a estreita interligação das economias cria uma verdadeira rede de acordos de coordenação mundial, com base no fluxo de informações sobre as condições de competitividade dos mercados em cada parte do mundo, levando os Estados a uma dificuldade patente quanto à criação de normas gerais e abstratas no sentido de padronizar o comportamento dos agentes econômicos internos, os quais estão atrelados agora a questões globais em razão da forte interdependência industrial, financeira e comercial do sistema econômico mundial, de modo que esta rede de informações serve de base comparativa para os conglomerados empresariais na definição de sua permanência ou não em determinado Estado, a depender justamente do seu enquadramento aos modelos macroeconômicos mundiais.

Essa mudança radical nas formas de atuação do sistema financeiro internacional e das corporações transnacionais, viabilizando a articulação de suas decisões de investimento, produção e comercialização em escala global com exigências impostas às economias nacionais e aos seus respectivos Estados, é um dos fatores mais decisivos para o declínio das instituições, mecanismos e “senso comum” jurídicos do Estado-nação e para a consolidação das estruturas e procedimentos jurídicos surgidos no âmbito de uma economia globalizada [...] (FARIA, 2002, p. 109).

Diante deste novo padrão de atuação das corporações empresariais – que agem levando-se em conta toda uma conjuntura econômica internacional interligada ao contrário das empresas multinacionais anteriores a elas, que analisavam e dirigiam seus investimentos considerando os mercados isoladamente –, os Estados, que até a década de 70 eram os verdadeiros propulsores do desenvolvimento econômico, perdem a autonomia quanto à formulação de suas políticas econômicas e sociais.

Isto porque tais mecanismos de controle da economia e implementação de políticas públicas não se coadunam com a nova lógica nascente, de homogeneidade dos mercados internacionais, de maneira que os Estados, ao utilizá-los, podem agir no caminho inverso ao traçado pelas corporações internacionais, de cujos investimentos e financiamentos eles, os Estados, não podem abrir mão, sob pena de se verem isolados, sem condições de patrocinar seu crescimento, atrasados do ponto de vista de acesso e domínio das tecnologias de produção, terem reduzidos seus níveis de produtividade, assistirem à fuga das empresas transnacionais que ocupam seus territórios para centros que ofereçam melhores condições face à exacerbada competitividade havida nos mercados (benefícios fiscais, infra-estrutura, legislação trabalhista menos rígida, etc.), à diminuição de suas participações e influências no comércio mundial e, conseqüentemente, depararem-se com uma fragilização de suas condições sociais, já que inúmeros postos de trabalho serão fechados, a queda da atividade econômica reduzirá a arrecadação de tributos, reduzindo-se a capacidade de investimentos e manutenção de políticas públicas em âmbito interno.

Quer-se enfatizar com isto que os Estados não são capazes mais de controlar suas economias autonomamente, despejados das contingências econômicas presentes em todo o mundo e ignorando a amarração existente entre as economias dos demais Estados e entre as grandes corporações e organizações que regem a economia global. Assim, para viabilizar a inserção do Estado neste cenário,

a ideia de soberania estatal, em que se baseava a autonomia e a exclusividade no tocante ao exercício do poder decisório na seara interna, sofre um processo de mitigação e superação a partir das citadas contingências externas.

Sobre o tema, Floriano Marques Neto (2002, p. 128) lembra que a emersão de mecanismos de Direito Comunitário, substituindo os procedimentos internos das nações, refletem exatamente estas “pressões pela uniformização (v.g., internacionalização) dos instrumentos jurídicos no âmbito dos acordos comerciais”. Para exemplificar este raciocínio, citam-se a Comunidade Europeia, cujos membros têm suas economias cada vez mais interconectadas umas às outras, tendo, inclusive, a circulação de uma única moeda.

A questão da afirmação e proteção dos direitos humanos também é um elemento que merece menção quando se pretende estudar o desgaste da soberania a partir de determinismos advindos do ambiente externo. Aliás, a outorga aos direitos humanos de uma carga valorativa a merecer importância de nível internacional se deu antes mesmo do surgimento dos processos de globalização (aqui entendidos pelos aspectos econômicos e culturais que se intensificaram a partir da década de 70 do século XX) e de fragmentação social.

Reforçando o que se disse no tópico que trata da globalização, deve-se consignar que ainda na década de 40, no período imediatamente posterior ao fim da Segunda Guerra Mundial, foram produzidos dois importantes documentos jurídicos que estampavam como imperativos os direitos humanos e a busca da paz na resolução de conflitos de escala internacional. São eles a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e a Carta da ONU de 1945.

É a partir deste momento que começa a aparecer a insubsistência lógica no conceito clássico da soberania – que, aliás, havia atingido seu fulgor máximo na primeira metade do século XX, com o acirramento do imperialismo que culminou com as duas grandes guerras mundiais – modificando a ordem jurídica mundial, na medida em que ela, a soberania, passa a não poder ser mais considerada de modo absoluto e ilimitado, mas ao contrário, deve-se sujeitar agora aos referidos documentos, seja pelo compromisso para com a paz, seja pela tutela supra-estatal dos direitos humanos.

Nos dizeres de Ferrajoli (2002, p.40),

[...] por um lado, o veto à guerra, sancionado no preâmbulo e nos dois primeiros artigos da Carta da ONU, suprime aquele *ius ad bellum* que, de Vitória em diante, foi o principal atributo da soberania externa e representa, portanto, a norma constitutiva da juridicidade do novo ordenamento internacional. Por outro lado, a consagração dos direitos humanos na Declaração de 1948 [...] atribui a esses direitos, antes apenas constitucionais, um valor supra-estatal, transformando-os de limites exclusivamente internos em limites agora também externos ao poder dos Estados.

Forma-se um novo paradigma de Direito Internacional, agora não mais com base em relações entre países, firmadas a partir de pactos internacionais, mas sim no processo de criação de um ordenamento jurídico supra-estatal a que os Estados se vinculam, ficando evidenciada a superação, ou no mínimo a relativização da soberania, aqui considerada como o principal fulcro do poder absoluto e ilimitado do Estado no Exercício do poder decisório.

Mas não só mudanças havidas na seara internacional contribuíram para o desgaste do conceito da soberania dos Estados. Concorrem com elas as transformações – também intimamente ligadas aos efeitos da transnacionalização da economia – que ocorreram na formação interna das sociedades integrantes dos Estados-nação. Faz-se referência aqui ao fenômeno da desagregação social, pormenorizado no tópico anterior, que também expõe a fragilidade da soberania neste novo contexto de mundo globalizado, uma vez que desafia o monopólio da autoridade estatal.

Isto porque os novos movimentos de representação dos interesses dos indivíduos componentes da sociedade, sejam os movimentos sociais, as instituições neocorporativas ou os pluralismos culturais que agora compõem a estrutura social, adquirem certa autonomia em suas ações, não dependentes mais do Estado, que precisa conviver com tais agrupamentos. Implica dizer que a normatividade social não emana mais de pontos determinados da sociedade. A formação homogênea da sociedade em torno de interesses comuns não existe mais, o que coloca em cheque a universalização e unicidade, atributos característicos daquele Estado surgido na modernidade, baseado na agora ultrapassada noção de soberania. Nesta nova estratificação complexa em que se divide a sociedade, os interesses diversos, muitas vezes divergentes entre si, pressionam o poder político a atuar não mais enquadrado naqueles modelos imperativos e unilaterais na tomada de decisões, que remontam ao absolutismo. Ao contrário, é preciso que exerça funções totalmente diferentes, “de intermediação e de garantidor de soluções

pactuadas em arenas extraparlamentares e extrajudiciais” (MARQUES NETO, 2002, p. 128-132).

Em síntese, a fragmentação social e a globalização, processos que se desenrolaram na contemporaneidade, na medida em que mitigam a soberania clássica sobre a qual se fundou o Estado Absolutista, solapam a exclusividade do Estado quanto ao exercício do poder decisório, de deliberação em torno dos interesses públicos, confinando-o à uma atuação no sentido da coordenação de interesses.

1.3.2.4 A mitigação da separação público/privado

O surgimento da dicotomia público/privado, outro pilar em que se apoia o Estado Moderno, relaciona-se a um processo de delimitação do poder decisório do Estado soberano, em que se buscou delinear as áreas da sociedade nas quais o poder político estava autorizado e deveria atuar e interferir, na busca do atendimento dos interesses comuns da sociedade. Por outro lado, ao delimitar as esferas de atuação estatal, desenhavam-se, também, os quadrantes em que prevaleceria a autonomia dos entes privados, livres da ingerência do público nos assuntos que diziam respeito exclusivamente ao âmbito dos particulares. Este processo decorre, em grande medida, da necessidade de se limitar por meio de leis a atividade estatal para que a classe burguesa emergente do século XVIII pudesse ter garantido o exercício de suas prerrogativas de liberdade e autonomia em relação ao poder soberano.

A delimitação do poder decisório só foi possível a partir de um prévio processo de concentração em torno de uma única fonte, o Estado – afirmação da soberania. No entanto, a soberania entrou em decadência, a ponto de ser mitigada, em razão dos fenômenos atinentes à globalização e à desagregação da sociedade. A toda evidência, tais fenômenos também incidirão sobre a separação entre o público e o privado, fazendo com que ela seja, na realidade, revisada.

Faz-se necessário elucidar que a revisão da separação entre os âmbitos público e privado tem sua origem remontada ao período em que se formulou o Estado do bem-estar social, ou *Welfare State*. É que na fase imediatamente anterior a ele, o capitalismo se desenvolveu a partir da ótica liberal, que pugnava

pela não ingerência do Estado nos assuntos privados, principalmente, no campo econômico.

Apesar do desenvolvimento econômico que se pôde notar com a aplicação desta ideologia, sérios problemas sociais emergiram no bojo dos Estados nacionais, demandando deles a assunção de novas funções no sentido de atender às reivindicações por justiça social e promover a diminuição da desigualdade de classes, surgidas com o capitalismo. A intervenção do Estado no domínio econômico, campo até então restrito à iniciativa privada, fez-se necessária “para suavizar algumas das conseqüências mais penosas da desigualdade econômica” (DALLARI, 2003, p. 279). Já é colocada em xeque, desde então, a separação destas duas esferas.

Mas o desfazimento da barreira conceitual que separa o público do privado vai se acentuar mesmo com os processos de desagregação social, uma vez que os diversos grupos representativos de interesses sociais – interesses esses que o Estado não tem mais a capacidade de aglutinar ao redor de um interesse comum, face à complexidade social própria da contemporaneidade – assumem para si tarefas que até então eram exercidas unicamente pelo Estado. Estas instituições adquirem um verdadeiro papel público. O poder decisório deixa de estar monopolizado pelo poder público, deslocando-se, outrossim, para instituições privadas, as quais passam a receber contrapartidas do Estado em razão deste *múnus* público por meio, por exemplo, de benefícios tributários, fiscais e de transferência e acesso a bens públicos.

Acentua-se também a imiscuição entre o público e o privado com a globalização econômica de que se reportou acima. O Estado não consegue mais exercer soberanamente seu poder decisório desconectado da nova realidade econômica mundial. As contingências econômicas externas impõem-lhe margens as quais não podem ser ultrapassadas sob pena de cessarem os investimentos e retirar-se de seu território o próprio processo produtivo. Em outros termos, o poder decisório é exercido pelos mercados financeiros e pelos grandes conglomerados econômicos, cujos objetivos são justamente a proteção e o incremento dos mercados.

E tal constatação vem ao encontro da análise da superação da dicotomia público/privada posto que novos espaços decisórios são introduzidos pela internacionalização da economia. Espaços estes em que se busca atender a

interesses econômicos, leiam-se privados e, além disso, supranacionais. Resta sufragada a delimitação do poder decisório do Estado, fonte da dicotomização apresentada que, por sua vez, serviu de suporte para o desenvolvimento do Estado Moderno, bem como de toda a estrutura administrativa dele decorrente. Neste prisma, resta abalada também a noção de interesse público em torno do qual se legitimava a atuação do poder público, até então autoritária, universalista e unitária.

1.3.2.5 O redimensionamento dos interesses públicos

Os fenômenos analisados, de internacionalização da economia e desagregação social, na medida em derrubam os pressupostos que justificavam a concentração e a delimitação do poder, que são a soberania e a separação entre as áreas pública e privada, levam também o conceito de interesses públicos a atravessar uma crise. Trata-se de uma crise de justificação, como aponta Marques Neto (2002, p. 145-146), pois “os fenômenos econômicos, sociais e políticos hodiernos desafiam a legitimidade do monopólio do poder político para dizer e efetivar o interesse geral”. O interesse público não pode mais ser conceituado em moldes que impõem a unicidade e o autoritarismo do poder político.

A partir dos processos já divisados, aquela noção de interesse público atrelada ao Estado Moderno – baseada no exercício do poder decisório de maneira absoluta, concentrada e autoritária e que tem por premissas a unicidade e a homogeneidade social (pelas quais se busca negar a formação de uma sociedade atomizada) – não se coaduna com o novo contexto em que vivem os Estados.

A mitigação da soberania estatal na tomada de decisões não permite que o poder público atue como se fosse o único ator social que representa, legitimamente, os interesses públicos. Isto porque interesses externos, supranacionais, exercem influência vinculante nos rumos que o Estado deve tomar quanto ao exercício do poder político. Lembre-se que o contexto de economia internacionalizada visualizado nas últimas décadas impede que os Estados planejem e controlem suas economias internas de forma isolada e independente do resto do mundo.

A falência da ideia de que existem duas esferas no bojo da sociedade – uma pública em que o Estado deve atuar com vistas à persecução do interesse público e uma privada na qual se inserem todas as demais questões que

não afetam a esfera pública – possibilita concluir que o Estado passa a ter que conviver com outras entidades que trazem consigo a defesa de diferentes interesses, também públicos, e que muitas vezes conflitam entre si. A dotação da sociedade de uma homogeneidade em torno de um único interesse, cujo tutor é o Estado, é solapada pelos pluralismos que nascem no seio da sociedade.

Odete Medauar (2003, p. 190-191) explica que a aparição de diversas instituições não centralizadas, correspondente ao referido processo de pluralismo social, leva à pulverização de interesses públicos, tornando-se incorreta a pretensa homogeneização social, cuja continuidade, aliás, colocaria o Estado sob o risco de se distanciar dos reais interesses verificáveis na sociedade, dando lugar a uma situação de heterogeneidade, em que coexistem múltiplos interesses públicos. A autora lembra, ainda, que neste caso, nota-se “a indeterminação e dificuldade de definição do interesse público, a sua difícil e incerta avaliação e hierarquização, o que gera crise na sua pretensa objetividade”.

Merece destaque a constatação de que foi superado o entendimento segundo o qual, em favor de um interesse, dever-se-ia sacrificar outro. Atualmente, interesses de particulares não implicam, necessariamente, o confronto a interesses públicos e, na hipótese de choque entre os diversos interesses existentes, deve o Estado ponderá-los no sentido de se buscar o consenso e a composição.

Depreende-se disto que o preceito da supremacia absoluta de um interesse público (formulado a partir da concepção de uma sociedade unitária e homogênea) sobre os vários outros interesses que se podem constatar na sociedade não pode mais ser aceito, muito menos sustentado. E a derrubada desta concepção de prevalência do público sobre o privado leva com ela a própria noção de interesse público como sendo algo único, abrangente, absoluto, delimitado de maneira autoritária pelo Estado.

O Estado passa agora a ter que atuar como mediador dos interesses conflitantes que brotam da sociedade complexa e fragmentada que se formou e não mais como o responsável único para dizer, de cima para baixo, sem considerar as demandas que as coletividades segmentadas expõem, qual é o anseio maior que deve prevalecer, não lhe cabendo mais a determinação unilateral acerca do que seja o interesse da coletividade. Neste novo padrão de atuação, o Estado deve se abrir para que os indivíduos façam parte de um processo pelo qual se buscará definir,

mediante a composição e o consenso de interesses, o melhor para um determinado momento, demandando uma “participação” dos indivíduos neste processo decisório.

A participação liga-se à identificação do interesse público de modo compartilhado com a população; associa-se ao decréscimo da discricionariedade; propicia atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos; liga-se também às práticas contratuais baseadas no consenso, na negociação, na conciliação de interesses (MEDAUAR, 2003, p. 230).

Tem-se por óbvio que este papel apresentado ao Estado de mediador de interesses na busca de uma composição não deságua na consideração do poder político como apenas um árbitro, um mero intermediador público que atue na resolução dos conflitos que se lhe apresentam a partir das diferentes reivindicações emanadas das entidades nas quais se aglutinam interesses de antagônicos grupos sociais.

É que os interesses públicos subdividem-se em duas categorias: os difusos e os especiais. Os primeiros correspondem àqueles cuja titularidade não é exercida por nenhum ente específico, coletiva ou individualmente considerado, ligando-se mais à ideia de bem público que deve ser acessível a todos, como por exemplo, no caso da prestação de um serviço público, difusos seriam os interesses dos que não são efetivamente usuários, mas que a tal serviço não se lhes pode negar o acesso; já os segundos, os interesses especiais, têm por titulares instituições ou organismos desenvolvidos, capazes de representar a voz de seus membros nas discussões pela aferição do interesse que deve prevalecer. Além de realizar o importante papel de mediar as discussões surgidas em torno dos discrepantes interesses em jogo, o Estado deve também atuar na implementação dos interesses difusos, mesmo que eles não tenham uma representatividade capaz de exercer pressão, sem deixar, é óbvio, de respeitar os direitos individuais quando do cumprimento destes objetivos que se lhe impõem (MARQUES NETO, 2002, p. 161-164).

Esta nova dimensão que os interesses públicos apresentam – repita-se, em que o poder político não os declara autoritariamente segundo o princípio da supremacia total de um interesse público, mas que busca compor e intermediar os diversos interesses dispostos pela sociedade, fazendo prevalecer aqueles interesses difusos – não se enquadra na estrutura estatal até então vigente, demandando uma

reforma de seus pressupostos e acarretando, nesta linha, mudanças nos mecanismos jurídico-administrativos que dão suporte à atividade do Estado.

2 REFORMA DO ESTADO NO BRASIL

Cumprir estudar os desdobramentos, no contexto brasileiro, das transformações e desafios pelos quais o Estado passou, analisando o processo de Reforma, que começou no início da década de 90, bem como as previsões que a Constituição Federal de 1988 faz acerca da intervenção do Estado sobre o domínio econômico para, então, chegar-se à estrutura adquirida pelas Agências Reguladoras dentro do contexto brasileiro.

O Estado Brasileiro também enfrentou os problemas que a nova configuração político-econômica gerou em todo o mundo. Constatou-se, a partir da década de 90 do século passado, um movimento de reforma pelo qual se buscou readequar a atuação do poder político aos novos paradigmas surgidos e afastá-la das estruturas que ainda remetiam aos ultrapassados fundamentos do Estado Moderno, impermeáveis às novas demandas sociais. Estudar tais reformas torna-se essencial na busca pelo entendimento da criação e do funcionamento das Agências Reguladoras Independentes no Brasil.

A reforma do Estado brasileiro foi sensivelmente influenciada pela ideologia político-econômica do neoliberalismo, cujos traços marcantes foram analisados no capítulo anterior. Ajuste fiscal, desconcentração do poder, privatizações, enfim, são alguns dos elementos que compuseram o rearranjo estrutural pelo qual passou o país e que, inegavelmente, possui lastros no neoliberalismo.

Não se está a dizer que o movimento de reforma da década de 90 erigiu um modelo brasileiro de Estado Neoliberal. Como observou Eros Grau (2006, p. 47-48), a Constituição de 1988 possui um conjunto de dispositivos que revelam uma estrutura típica do Estado de bem-estar e, para que este modelo seja substituído, seria necessária, por exemplo, a prévia alteração dos Arts. 1º, 3º e 170 da Carta Magna. Todavia, mesmo diante desta assunção, não se pode negar a influência dos preceitos neoliberais na reformulação dos papéis do Estado brasileiro.

Bresser Pereira (1997), que encabeçou o Ministério da Administração e Reforma do Estado durante o primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso, vislumbra que o modelo resultante da reforma continuaria a proteger direitos sociais e a promover o desenvolvimento econômico por meio de

controles mais de mercado e menos de estruturas administrativas, jungindo caracteres típicos do Estado Social com outros próprios do Estado de matiz liberal.

Tenha-se em mente que a crise econômica de nível mundial que eclodiu na década de 70 do século XX não tem por causa a insuficiência dos mercados, mas está sim relacionada ao Estado intervencionista. É eminentemente uma crise do Estado, que entra em crise fiscal, perde o crédito público e a capacidade de gerar poupança e, em última análise, vê esfacelada sua capacidade de intervenção, imobilizando-se.

Em consequência da captura por interesses privados, que acompanhou o grande crescimento do Estado, e do processo de globalização, que reduziu sua autonomia, desencadeou-se a crise do Estado, cujas manifestações mais evidentes foram a crise fiscal, o esgotamento das suas formas de intervenção e a obsolescência da forma burocrática de administrá-lo. A crise fiscal definia-se pela perda em maior grau de crédito público e pela incapacidade crescente do Estado de Realizar uma poupança pública que lhe permitisse financiar políticas públicas. A crise do modo de intervenção manifestou-se de três formas principais: a crise do *welfare state* no primeiro mundo, o esgotamento da industrialização por substituição de importações na maioria dos países em desenvolvimento, e o colapso do estatismo nos países comunistas. A superação da forma burocrática de administrar o Estado revelou-se nos custos crescentes, na baixa qualidade e na ineficiência dos serviços sociais prestados pelo Estado através do emprego direto de burocratas estatais (BRESSER PEREIRA, 1997, p. 15).

O referido autor pontua que são quatro os componentes que conduzirão à Reforma Estado, a saber: i. Delimitação da área de atuação do Estado; ii. Desregulamentação; iii. Reforma Administrativa em prol da Governança; iv. Reforma Política em favor da Governabilidade. São estas as vigas mestras nas quais se arrimou a reforma do Estado brasileiro levada a efeito ao longo da década de 90, principalmente pelos esforços do governo Fernando Henrique.

A delimitação da área de atuação do Estado corresponde ao elemento econômico-político da reforma e à delimitação das funções do Estado, reduzindo-o por meio de privatização, terceirização e publicização – trata-se este último de transferir para o setor público não-estatal os serviços sociais e científicos prestados pelo Estado. Existem três tipos de atividades: as exclusivas do Estado – ligadas ao monopólio da força, promoção do desenvolvimento social e econômico, formulação de políticas, transferências para a educação, saúde, assistência social, etc.; a produção de bens e serviços para o mercado – que se refere a atividades que são essencialmente de dominação dos mercados; e os serviços sociais e científicos

do Estado – que não são específicas e exclusivas do Estado, pois sua execução não é nem pode ser de exclusividade estatal, muito embora o financiamento destas áreas tenha grande aporte de financiamento público. São atividades que possuem teor de competitividade e podem ser controladas pela administração pública e, também, por meio do controle social e da constituição de quase mercados.

Outro componente da reforma do Estado com o mesmo matiz econômico-político, que é a desregulamentação, pertine à redução do grau de interferência do Estado ao que for apenas necessário, aumentando o controle por meio de mecanismos de mercado (desregulamentação). É função específica do Estado estabelecer a extensão de sua função de regulamentação. Para a agenda liberal dos anos 80, seria preciso regular e desregular, simultaneamente. Desregular no sentido de reduzir a intervenção do Estado e regular, no de viabilizar a privatização, considerando-se que o mercado seria o melhor dos mecanismos de controle. Esta discussão chega à década de 90, no bojo da qual também há de se discutir a reforma do Estado.

Reforma Administrativa em prol da Governança. Corresponde ao componente econômico-administrativo da reforma, que se liga ao aumento da governança do Estado, e visa a incrementar sua capacidade de efetivar o poder decisório, outorgando-lhe autonomia financeira a partir de ajustes fiscais. Trata-se, justamente, da Reforma Administrativa demandada do Estado sobre a qual se tem abordado no presente trabalho. A governança se faz presente quando o governo demonstrar aptidão financeira e administrativa para implementar as decisões tomadas. A crise da década de 80 foi, nestes termos, uma crise de governança, pois se desenhou como uma crise fiscal. Em consequência, as reformas necessárias, realizadas na década de 90, haveriam de levar em conta a importância dos ajustes fiscais. Eis mais um típico traço neoliberal trazido para o interior do processo de reforma do Estado brasileiro.

Pode-se alcançar a governança com a reforma por meio da qual se busque fortalecer o Estado, embora o diminuindo. Será mais forte financeiramente, na medida em que estará superada a crise fiscal; estruturalmente, uma vez que se poderá visualizar o núcleo estratégico de tomada de decisões, considerando-se as unidades descentralizadas; estrategicamente, ao passo que possibilita a capacidade política para a tomada de decisão por parte dos governos; será mais forte, também,

administrativamente, ao contar com uma burocracia capaz e motivada (BRESSER PEREIRA, 1997, p. 44).

Reforma Política em favor da Governabilidade. Equivale ao elemento político da reforma do Estado e se relaciona ao aumento da governabilidade estatal, ao robustecimento do poder de governo mediante instituições políticas que garantam melhor intermediação de interesses e tornem mais legítimos e democráticos os governos. Difere ela da governança que, como visto, liga-se à capacidade financeira e administrativa de implementação de políticas públicas. Neste sentido, além da governança, a reforma do Estado há de buscar garantir-lhe governabilidade, pois, na verdade, sem governabilidade não pode existir governança. Para aumentar o grau de legitimidade democrática dos governantes, é imperioso aumentar a responsabilização dos políticos que se pautam por motivações eleitorais e de aferição de rendas, exigindo-se deles prestações de contas e justificação de suas ações.

O Plano Diretor de Reforma do Estado (BRASIL, 1995, p. 11) aponta 5 medidas urgentes a serem tomadas a fim de se alcançar a estabilidade econômica e remoldurar a estrutura estatal. São elas: (1) o ajustamento fiscal duradouro; (2) reformas econômicas orientadas para o mercado, que, acompanhadas de uma política industrial e tecnológica, garantam a concorrência interna e criem as condições para o enfrentamento da competição internacional; (3) a reforma da previdência social; (4) a inovação dos instrumentos de política social, proporcionando maior abrangência e promovendo melhor qualidade para os serviços sociais; e (5) a reforma do aparelho do Estado, com vistas a aumentar sua “governança”, ou seja, sua capacidade de implementar de forma eficiente políticas públicas.

A partir destas matrizes conceituais é que se implementou o projeto de reforma do Estado brasileiro, que tem como marco inicial a Lei nº. 8.031 de 1990, constituindo o Programa Nacional de Desestatização (posteriormente substituída pela Lei nº. 9.491/1997), pelo qual o Estado deixa de exercer o papel de produzir bens e prestar serviços diretamente em dado setores da ordem econômica e passa a implementar políticas de privatizações das empresas públicas e de concessões de serviços públicos à iniciativa privada. Neste passo, para ilustrar este movimento político em torno de um novo modelo regulatório no país, cumpre colacionar a

Recomendação do Conselho de Reforma do Estado, datada de 31 de maio de 1996, como aponta Mattos (2002, p. 55):

o projeto de Estado visa substituir o antigo estatismo pelo moderno Estado regulador. O aparato regulatório existente é enorme, obsoleto, burocratizante e em essência intervencionista, sendo necessário primeiro desregular para, a seguir, regular por novos critérios e formatos mais democráticos, menos intervencionistas e burocratizados.

Tal política de transformação da forma de regulação estatal sobre a ordem econômica brasileira caminhou em três campos (BARROSO, 2002, p. 289): i) as já citadas privatizações (Programa Nacional de Desestatização)¹; ii) a derrubada de restrições e impedimentos ao capital estrangeiro quanto ao seu investimento no Brasil, implementadas, por exemplo, pelas Emendas Constitucionais nº. 6 e 7, ambas de 15 de agosto de 1995, as quais modificaram os artigos 171 e 176, e 178 da Constituição Federal, respectivamente, dispensando a exigência de controle de capital nacional às empresas no tocante à atuação na pesquisa e lavra dos recursos minerais, bem como no aproveitamento dos potenciais de energia elétrica. Outro exemplo é a promulgação da Emenda Constitucional nº. 36, de 28 de maio de 2002, a partir da qual as empresas jornalísticas puderam ter participação de até 30% de capital estrangeiro; iii) o outro campo em que se corporificou a reforma do sistema regulatório brasileiro se deu por meio da quebra dos monopólios estatais. Explica-se, novamente, com exemplos: A Emenda Constitucional nº. 05, de 15 de agosto de 1995 modificou o § 2º do Artigo 25 da Carta Magna, autorizando os Estados-membros a proceder à concessão de serviços públicos de distribuição de gás

¹ Segundo o Relatório de Privatizações do BNDS de 2002 (Brasil, 2002):

“Entre 1990 e 1994, o governo federal desestatizou 33 empresas, sendo 18 empresas controladas e 15 participações minoritárias. Com essas alienações o governo obteve uma receita de US\$ 8,6 bilhões que, acrescida de US\$ 3,3 bilhões de dívidas que foram transferidas ao setor privado, alcançou o resultado de US\$ 11,9 bilhões.

A partir de 1995, com o início do governo Fernando Henrique Cardoso, foi conferida maior prioridade à privatização. O PND é apontado como um dos principais instrumentos da reforma do Estado, sendo parte integrante do Programa de Governo, e o Conselho Nacional de Desestatização – CND, é criado em substituição à Comissão Diretora. Iniciou-se uma nova fase da privatização, em que os serviços públicos começam a ser transferidos ao setor privado. Foram incluídos os setores elétrico, financeiro e as concessões das áreas de transporte, rodovias, saneamento, portos e telecomunicações. No âmbito do PND, foram realizadas duas ofertas públicas globais de ações da Petróleo Brasileiro S.A – Petrobras, a primeira oferta ocorreu em agosto de 2000, quando foram vendidas as ações ordinárias que excediam o mínimo necessário à manutenção do controle acionário da Petrobras pela União. Em maio de 1997 foi privatizada a Companhia Vale do Rio Doce - CVRD, uma das maiores empresas produtoras e exportadoras de minério de ferro do mundo. No leilão do controle da empresa foram alienadas 99 milhões de ações ordinárias nominativas, correspondendo a uma arrecadação de US\$ 3.131 milhões. A oferta aos empregados totalizou US\$ 167 milhões”.

canalizado. Da mesma forma fez a Emenda Constitucional nº. 8, também de 15 de agosto de 1995, a qual alterou os incisos XI e XII do mesmo dispositivo, com relação à exploração de serviços de telecomunicações e de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

O Programa Nacional de Desestatização tinha como objetivos fundamentais, segundo o Art. 1º da Lei 9491/97:

- I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;
- II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;
- III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;
- IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;
- V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;
- VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

A reforma na Previdência, instituída pela Emenda Constitucional nº. 20, também faz parte deste projeto de reforma do Estado brasileiro. Por meio desta Emenda, limitou-se a idade mínima dos empregado celetistas para aposentadoria e criou o fator previdenciário, que prejudica aquelas aposentadorias consideradas precoces.

Registra-se, ainda com referência a este período (década de 90), que houve a promulgação de diversas Leis com conteúdo voltado à regulação econômica dos setores dos quais estava o Estado a se retirar, como a Lei nº. 6.830/1993, que buscou modernizar os portos nacionais; a Lei nº 8.884/1994, cujo objetivo orientador foi a defesa da concorrência; as Leis nº. 8.987/1995 e 9.074/1995 que balizaram o regime das concessões e permissões de serviços públicos.

Além disso, e, principalmente, as Leis voltadas à regulação de setores específicos e que instituíram as Agências Reguladoras próprias de cada um destes setores. Exemplificativamente, citam-se algumas: a Lei nº. 9.427/1996, direcionada ao setor de energia elétrica e criadora da ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica); a Lei nº. 9.472/1997, ao setor das telecomunicações ao qual

corresponde a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações); a Lei nº 9.478/1997, instituidora da ANP (Agência Nacional de Petróleo), a regular as atividades energéticas relacionadas ao petróleo; a Lei 9.782/1999, que criou o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária); a Lei nº. 9.961/2000, criando a ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar); a Lei nº 9.984/2000, instituindo a ANA (Agência Nacional das Águas); a Lei nº 10.233/2001, relativamente ao Sistema de Transportes, criando a ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres) e a ANTAQ (Agência Nacional de Transportes Aquaviários) e a Lei nº 11.182/2005, que criou a ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil).

Reitera-se que a redução intensa da intervenção direta do Estado do âmbito econômico, reservando-lhe à atuação da iniciativa privada até mesmo na prestação de serviços públicos, não retira do Estado a sua importância e a sua competência de tutelar os interesses públicos difusos ou hipossuficientes. Não por outro motivo e acertadamente, datam desta mesma época, como lembra Luís Roberto Barroso (2002, p. 290), a edição de Leis no sentido de proteger os consumidores, tanto de maneira geral, quanto especificamente os de setores determinados, e de proteger também o meio ambiente, a defesa da livre concorrência, etc. Testificam esta afirmação o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/1990); A Lei de Diretrizes e Bases (nº. 9.394/1996); a Lei dos Planos e Seguros Privados de Saúde (nº. 9.656/1998); a Lei do Meio Ambiente e dos Crimes Ambientais (nº. 9.605/1998); a Lei de Defesa da Ordem Econômica (nº. 8.884/1994); e a criação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) pela Lei nº. 9.021/1995.

Já foram citadas acima as Emendas Constitucionais que fizeram parte da implementação das Reformas na estrutura administrativa regulatória. Forçoso também é inclinar a atenção para o Regime Constitucional brasileiro quanto às possibilidades de intervenção estatal sobre o domínio econômico nacional, já integrado às referidas medidas de reforma.

2.1 REGIME CONSTITUCIONAL DE INTERVENÇÃO SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO

A ordem econômica nacional encontra-se delineada pela Constituição Federal de 1988 em seu Art. 170, em que estão estabelecidos seus

fundamentos e seus fins ao dizer que ela está “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” e “tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Ao Art. 170 da Constituição Federal correlaciona-se intimamente o Art. 219 também da Carta Magna, que estabelece que o mercado interno integra o patrimônio nacional, devendo o Estado atuar para que sejam viabilizados “o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País”. Da combinação dos dois dispositivos constitucionais, extrai-se que, como o mercado é um patrimônio nacional, justifica-se arrimar a ordem econômica nos princípios acima elencados, vinculando a intervenção estatal sobre ela ao cumprimento do desiderato constitucional de “assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Pela valorização do trabalho, fundamento da ordem econômica nacional, entende-se que os indivíduos têm não só o direito ao trabalho, mas também que este trabalho seja digno e apropriado, “segundo uma perspectiva que atenda à concepção pessoal de adequação física, psicológica e moral” (MOREIRA, 2004 p. 107). Decorre disso a proibição a trabalhos que agridam a dignidade humana, bem como a existência de trabalho escravo no país.

Outro fundamento da ordem econômica trazido pela Lei Maior no *caput* do Art. 170 é a livre iniciativa. Ela também encontra previsão constitucional no Art. 1º, IV. É a aplicação do princípio da liberdade no campo econômico, possuindo como desdobramentos a liberdade de instalação e alocação de investimentos, liberdade de competição e liberdade de gestão. Logo, os agentes privados que atuam no domínio econômico são livres para a tomada de decisões e aferição de seus lucros. Todavia, a livre iniciativa não é um valor absoluto, possuindo limitações no campo jurídico, por exemplo, os monopólios estatais em determinados setores.

O princípio da livre iniciativa, portanto, assim como os demais, deve ser ponderado com outros valores e fins públicos previstos no próprio texto da Constituição. Sujeita-se, assim, à atividade reguladora e fiscalizadora do Estado, cujo fundamento é a efetivação das normas constitucionais destinadas a neutralizar ou reduzir as distorções que possam advir do abuso da liberdade de iniciativa e aprimorar-lhe as condições de funcionamento (BARROSO, 2003, p. 53).

Nos incisos do Art. 170, estão definidos os princípios norteadores da ordem econômica, que correspondem à *soberania nacional, propriedade privada,*

função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte. É oportuno comentar a respeito destes princípios, ainda que brevemente.

Soberania Nacional. Com referência ao Art. 170 da Constituição, que trata da ordem econômica, o princípio da soberania dá independência ao Estado para fazer suas escolhas no campo econômico, sem subordinação a interesses externos. Apesar desta previsão, com base no que se visualizou a respeito do tema da mitigação da soberania, pode-se dizer que os Estados se veem, sobretudo em momentos de crise econômica, alijados em sua soberania para a tomada de decisões que, de algum modo, possam reverberar negativamente para os grandes conglomerados e organismos internacionais.

Propriedade privada e função social da propriedade. A propriedade privada é direito fundamental garantido e é também inerente à livre iniciativa, enquanto propriedade de produção de bens. A este princípio credita-se, ainda, o papel de assegurar aos agentes econômicos a proteção dos referidos bens diante dos demais entes privados e do Estado. No entanto, a propriedade deve atender também a sua função social – correta utilização dos recursos naturais, aproveitamento racional da propriedade, conservação do meio ambiente, bem-estar da vizinhança, etc. – e não apenas os interesses individuais de seu proprietário.

Livre concorrência. A instituição deste princípio na ordem econômica revela a opção da carta constitucional pelo modelo de economia de mercado, como lembra Barroso (2003, p. 58). O princípio da liberdade de concorrência, decorrente da livre iniciativa, abarca a noção de que o alcance de uma maior qualidade nos bens e serviços, bem como dos preços mais justos a eles reputados dependem da livre “competição entre os agentes econômicos, de um lado, e a liberdade de escolha dos consumidores, de outro”.

Defesa do consumidor. O consumidor mereceu tratamento protetivo em nível constitucional porque, sendo a parte mais frágil da relação de consumo, fica vulnerável diante dos desvios de conduta dos que oferecem bens ou serviços. A auto-regulação do mercado nem sempre consegue coibir práticas abusivas, cabendo ao Estado, além de garantir a liberdade das práticas concorrenciais, estabelecer formas de compensação entre partes desiguais, sempre protegendo os direitos difusos e os hipossuficiente, no caso, os consumidores.

Defesa do meio ambiente. A referência ao meio ambiente no capítulo da ordem econômica feita pela Constituição, além do título próprio que possui a questão da tutela ambiental (Art. 225 CF), está relacionada ao princípio do desenvolvimento econômico sustentável. Desta forma, as atividades econômicas no Brasil desenvolvidas devem estar conciliadas com a proteção do meio ambiente. Em outros termos, “o agente econômico, público ou privado, não pode destruir o meio ambiente a pretexto de exercer seu direito constitucionalmente tutelado da livre iniciativa” (BARROSO, 2003, p. 59).

Busca do pleno emprego redução das desigualdades regionais e sociais. Segundo Eros Grau, tais princípios são normas-objetivo, diretrizes dotadas “de caráter constitucional conformador, a justificar a reivindicação pela realização de políticas públicas” (2006, p. 252), ou seja, são princípios-fins que vinculam toda ação do poder público ao seu atendimento. Estão relacionados ao bem-estar coletivo, inclusive diminuindo as desigualdades regionais.

Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte. Segundo este princípio, o Estado tem dever normativo de fomentar e incentivar as pequenas empresas. Está aplicado já em sede constitucional no Art. 179. Em sede infra-constitucional, o Estatuto da Micro-Empresa (Lei 9.841/1999) é um exemplo de aplicação deste princípio.

São estas as balizas das quais o Estado brasileiro, ao realizar qualquer atividade interventora, não pode desviar. Vale dizer que a livre iniciativa e a propriedade privada (como princípios constitucionais da ordem econômica) não podem ser eliminadas pelo Estado ao pretexto da realização de funções sociais. Na mesma medida, o Estado não pode permitir que os objetivos dos mercados sufraguem a persecução da implementação de direitos sociais, como por exemplo, a função social da propriedade. Vê-se, no mesmo sistema, a coexistência de princípios que autorizam concluir a adoção pela Constituição do modelo capitalista de produção e princípios que visam a atenuar desigualdades sociais. Conciliaram-se, em 1988, as conquistas do Estado Liberal e as do Estado Social.

Com relação às modalidades de intervenção sobre o domínio econômico estatuídas pela Lei Maior, percebem-se duas, uma direta e outra indireta. Eros Grau (2006, p. 95) sugere que o termo *intervenção*, na verdade, deveria ser usado apenas nos casos em que o Estado age em seara que seja de titularidade do setor privado, que seriam aqueles do Art. 173 da CF (intervenção direta); já para o

caso de ação estatal voltada tanto para área de titularidade do setor privado como do próprio Estado (concessões, por exemplo), o termo deveria ser *atuação estatal* (intervenção indireta), como nos casos trazidos pelo Art. 174 (regulação e normatização por meio de planejamento, fiscalização e incentivo).

A primeira destas formas (intervenção direta ou intervenção propriamente dita) encontra previsão no Art. 173 (*exploração direta de atividade econômica pelo Estado*, nos termos do citado dispositivo) e volta-se ao agir do Estado como um dos entes empresários privados que atuam no mercado nacional por meio de operações mercantis, trocas de mercadorias, enfim, explorando atividades econômicas típicas da iniciativa privada. Diz-se que o Estado atua como um ente privado, pois o § 1º do mesmo Art. 173 determina justamente que, nestes casos, o regime jurídico será o de direito privado e não público. Esta prescrição é explicável na medida em que, se detivesse posição privilegiada, não poderia concorrer de forma leal com os demais agentes privados que movem a economia nacional.

Ressalte-se que o *caput* do Art. 173 estabelece o jaez de excepcionalidade desta intervenção, uma vez que é permitida, para encontrar lastros constitucionais, apenas quando verificados os *imperativos da segurança nacional* ou *relevante interesse coletivo*, assim definidos em lei.² Outra hipótese seriam os monopólios de exploração de determinados setores outorgados à União pelo Art. 177³ ou Art. 21, XXIII⁴ da Constituição. Eros Grau classifica estas formas de

² Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

³ Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do **caput** do art. 21 desta Constituição Federal.

[...]

⁴ Art. 21. Compete à União:

[...];

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

intervenção como *participação* (nos casos em que o ente público co-existe com agentes privados) e *absorção* (no caso dos monopólios) (GRAU, 2006, p. 148-149).

Quanto à intervenção indireta (ou atuação estatal), encontra-se ela estabelecida no Art. 174 da Carta da República e tem como traço caracterizador o agir do Estado como agente normativo e regulador. Tal atuação normativa e regulatória se dá por meio do exercício de três funções próprias do Estado: fiscalização, incentivo e planejamento. O Estado, neste caso, visando ao atendimento dos fins constitucionais a que está vinculado, atua como agente externo às relações econômicas, sobre elas.

Os papéis de normatizar e regular a ordem econômica nacional não se confundem. Paulo Henrique Rocha Scott (2000, p.110) aponta que, no tocante à normatização, a Constituição autoriza o Estado a criar disposições normativas com vistas a dar concretude “aos valores, princípios, preceitos e objetivos que conformam a ordem econômica constitucional, criando um espaço normativo infraconstitucional contentor das diretrizes mais específicas e práticas [...]”. Já no âmbito da atividade reguladora, o Estado busca efetivar estas normas já positivadas, quando do exercício da função normativa, submetendo as situações fáticas aos comandos legais.

E sobre o exercício destes papéis por meio da fiscalização, incentivo e planejamento, Eros Grau leciona com propriedade, entrelaçando tais ações:

A atuação normativa reclama fiscalização que assegure a efetividade e eficácia do quanto normativamente definido [...]. A atuação reguladora há de, impõe a Constituição, compreender o exercício das funções de incentivo e planejamento. Mas não apenas isso: atuação reguladora reclama também fiscalização e, no desempenho de sua ação normativa, assinala, como funções que lhe atribui, as de incentivo e planejamento. Este, por outro lado, não abrange apenas a atividade econômica em sentido estrito, porém toda atividade econômica em sentido amplo (GRAU, 2006, p. 109).

As distorções e desvios havidos no âmbito das relações econômicas, relativamente aos princípios e preceitos legais previamente estabelecidos para regê-las, devem ser combatidos pelo Poder Público, a partir de procedimentos fiscalizatórios capazes de desvendá-los à sociedade para que sejam

corrigidos. Neste quadro é que se legitima a criação de instituições públicas dotadas de poder para procederem a estas verificações de compatibilidade entre os agentes econômicos e suas ações com as normas jurídicas que encerram a Ordem Econômica Nacional. É, em poucas linhas, esta a função de fiscalização encetada na Lei Maior, Art. 174.

O planejamento é compulsório para o setor público e, em relação ao privado, é indicativo. Por meio deste instrumento o Estado age prevendo “comportamentos econômicos e sociais futuros”, formulando, explicitamente, objetivos e definindo “meios de ação coordenadamente dispostos”, como sumariza Eros Grau (2006, p. 348). Revela, pois, como traço característico, uma “visão prospectiva”, própria de uma constituição dirigente, ainda segundo as lições de Grau. O planejamento não pode ser classificado como uma modalidade de intervenção estatal em razão de que implica a formulação de políticas públicas, de objetivos-fins, constituindo-se como um método que qualifica a intervenção, tornando-a “sistemadamente racional”.

A Constituição Federal refere-se a planejamento em vários momentos, os quais podem servir de exemplo, neste ponto: o Art. 21, IX, atribui à União executar “planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social”; o Art. 30, VII, impõe ao Município a tarefa de promover o adequado ordenamento territorial, por meio de planejamento do solo urbano e elaborar o Plano Diretor (obrigatoriamente aos municípios com mais de vinte mil habitantes); o Art. 48, II, atribui o dever ao Congresso Nacional de dispor sobre o Plano Plurianual.

Já o incentivo enquadra-se nos moldes da intervenção por indução diferentemente das intervenções por direção e por absorção ou participação. Estas duas últimas – absorção e participação – correspondem à atuação estatal de forma direta na seara econômica, respectivamente, por monopólio ou competindo com os demais atores privados, sobre o que já se comentou acima; seriam hipóteses de intervenção *no* domínio econômico. A intervenção por direção seria aquela dotada de compulsoriedade, em que o Estado estatui comportamentos, cuja obediência é obrigatória aos entes econômicos e, juntamente com a intervenção por indução, classifica-se como intervenção *sobre* o domínio econômico (GRAU, 2006, p. 148-149).

O que diferencia a *direção* da *indução* é que nesta o Estado maneja mecanismos de acordo com as normas que conduzem o funcionamento dos mercados. Dito de outra forma, não há obrigatoriedade na determinação dos comportamentos almejados pelo Poder Público, mas sim, estabelecem-se estímulos convidativos aos particulares que atuam no campo econômico para que façam parte de determinada política perseguida pelo Estado. Ao induzir, não há comando, mas sim convite, chamamento, que pode ser recusado por aqueles a quem se dirige.

A nova configuração do Estado, a partir das reformas acima apontadas, de substituição da intervenção direta por uma intervenção em que ele afigura como agente normativo e regulador constitui o traço forte da transformação jurídica e institucional realizada pelo supracitado movimento de Reforma do Estado brasileiro, como bem ensina Todescan Lessa Mattos (2002, p. 56), que complementa:

E o que caracteriza e define tal mudança é a criação de agências de regulação como órgãos responsáveis por certos setores da economia, principalmente por aqueles caracterizados como de infra-estrutura e serviços públicos, com funções normativas e reguladoras orientadas especialmente pelos princípios constitucionais da livre concorrência e da defesa do consumidor.

Repare-se que o surgimento das entidades reguladoras independentes traz em seu bojo os fundamentos do ideal neoliberal sobre o qual se falou no primeiro capítulo. Os dois autores neoliberais estudados afirmam, principalmente Friedrich Hayek, que a concentração de poder é sempre nociva à liberdade e, conseqüentemente, à Democracia. Segundo eles, deve-se buscar sempre a descentralização do poder tanto mais quanto for possível, evitando-se assim que reduzidas fontes de poder decisório definam os destinos das diversas áreas em que atuam.

A própria política de privatizações e concessões de serviços públicos, aliás, deriva do pensamento neoliberal segundo o qual o Estado deve se retirar das atividades e prestações de serviços não ligados às suas funções essenciais, que estariam ligadas, sobretudo, à garantia da ordem interna, à proteção externa, além da manutenção do aparato estatal voltado ao cumprimento dos contratos e à proteção da concorrência e das leis em geral. Fora destas funções essenciais, cabe ao Estado retirar-se da economia, deixando de atuar de forma

direta, como produtor ou prestador imediato de bens ou serviços. É exatamente esta perspectiva que influenciou a reforma do Estado Brasileiro.

É importante que se diga, também, que na intervenção indireta referida acima, estabelecida pelo Artigo 174 da Constituição Federal, notadamente com alusão à função de regular a ordem econômica nacional por meio do poder normativo, a estrutura jurídica imposta às Agências Reguladoras pelas Leis que as institui é de autarquias especiais, cujos delineamentos serão vistos mais adiante, a partir dos apontamentos constitucionais feitos até aqui. Esta configuração prima pela autonomia administrativa e pela independência regulatório-normativa das Agências Reguladoras, na qual se podem notar nítidos traços neoliberais.

A par disso, não se pode perder de vista que, no Brasil, os serviços concedidos à iniciativa privada, cuja prestação é o alvo principal das agências reguladoras, não deixaram de ser serviços públicos. A prestação pode ser concedida por uma opção político-econômica descentralizadora (no caso, a neoliberal), mas a titularidade do serviço continua sendo do Estado. A dicção do Art. 175 da Constituição Federal torna clara esta constatação⁵.

As Agências Reguladoras brasileiras decorrem de um processo de aplicação da política neoliberal à ordem jurídico-econômica nacional. Porém, ao mesmo tempo, esta ordem mantém nas mãos do Estado a titularidade dos serviços públicos concedidos, fundamentando assim o agir estatal, mesmo que por meio de autarquias independentes, no sentido de regular a prestação dos serviços públicos, principalmente por meio do exercício do poder normativo.

Há de ser buscada, invariavelmente, a compatibilidade das Agências Reguladoras em seu agir regulatório-normativo, como fontes de poder decisório, com as formatações que o Estado brasileiro adquiriu no sentido de conseguir responder às novas demandas da sociedade por um exercício do poder público dentro de uma perspectiva de republicização, atento às demandas por participação social, legitimidade e democracia.

⁵ Constituição Federal: Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre:

- I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II - os direitos dos usuários;
- III - política tarifária;
- IV - a obrigação de manter serviço adequado.

2.2 REPUBLICIZAÇÃO DO ESTADO: O MARCO INTERVENTIVO DO ESTADO REGULADOR POR MEIO DO PODER NORMATIVO

A reformulação do novo paradigma de Estado e de sua respectiva atividade administrativa, a partir das profundas transformações econômicas e sociais alinhavadas nos capítulos anteriores, passa, necessariamente, à luz de um modelo de Estado que se pretende democrático, por um processo pelo qual se busque “dotar a sociedade dos meios de participação plena no processo decisório” para que se atinjam tanto a adequada composição e mediação dos interesses públicos diversificados, que brotam do interior da sociedade fragmentada que veio a se formar, quanto o cumprimento do papel estatal de implementar os “interesses meta-individuais hipossuficientes no jogo social”, como esclarece Floriano Marques Neto (2002, p. 147).

E o modo que melhor responde a estes anseios democráticos, sobretudo diante da constatação da superação havida em relação aos fundamentos do Estado Moderno, e diante da necessidade de efetivação destes novos papéis do Estado (enquanto mediador dos conflitos existentes entre os interesses públicos e de tutor dos interesses hipossuficientes), é o que delinea uma nova estrutura de Estado por meio de sua Republicização.

A Republicização implica reconhecer a existência não de um interesse público aglutinador de todo o quadro social, com base na ideia de homogeneidade da sociedade, mas sim de uma diversidade de interesses públicos, assim considerados os que dimanam dos organismos sociais que representam grupos determinados de indivíduos. Este reconhecimento afasta, destarte, a noção de que a esfera pública é composta apenas pelo poder político que, exclusivamente, atuaria em defesa do interesse comum. Agora, nesta nova perspectiva, muitos outros interesses sociais adquirem o atributo de público.

Por outro lado, este novo Estado, com o intento de se republicizar, deve reconhecer também que os interesses públicos verificáveis na sociedade não são iguais, relativamente à sua insuficiência material e, principalmente, à sua representatividade. Neste ponto, afasta-se a ideia de igualdade formal, própria do Estado Liberal. Ganha força a que pugna pela atuação do poder político no sentido de compensar a hipossuficiência do interesse para protegê-lo em meio a este processo de mediação.

Para se republicizar o Estado e, conseqüentemente, toda a sua estrutura jurídico-administrativa, impende retirar da esfera pública os interesses particulares que se apropriam de bens e oportunidades cuja titularidade é de toda a sociedade. Deve-se impedir a privatização dos negócios públicos por parte de grupos de interesses especiais, delimitados, que o fazem por meio da ocupação das estruturas políticas detentoras da prerrogativa de exercer o poder decisório, quando não muito por estruturas de corrupção sistêmica.

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso, ao analisar o processo de reforma de Estado ocorrido no Brasil na década de 90, pontua que “a privatização de serviços e atividades empresariais foi a alternativa possível de publicização de um Estado apropriado privadamente” (BARROSO, 2002, p. 288). É que a diminuição da intervenção direta do Estado na ordem econômica não corresponde, necessariamente, ao retorno ao Estado mínimo. Pelo contrário, a retirada do aparato estatal do exercício de atividades empresariais deslocou a atuação do Estado para o “domínio da disciplina jurídica, com a ampliação de seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas” (BARROSO, 2002, p. 290).

Isto é possível, pois o Estado Republicizado corresponde a um Estado que intervém indiretamente no jogo econômico, ou seja, em que o poder público deve regular o ambiente econômico mediante regulamentação, fiscalização, monitoramento, procedendo de forma a resguardar os interesses difusos, não lhe cabendo intervir diretamente na economia, a não ser em casos excepcionais e subsidiários.

Este intervencionismo indireto não se limita a regular tão somente os serviços públicos, assim considerados os que a legislação estabelece como tal, mas também os casos em que os interesses envolvidos em determinado setor são de relevância para toda a sociedade, como por exemplo, a questão dos serviços de saúde prestados por entes da iniciativa privada. Bem reflete esta ideia a lição de Marçal Justen Filho, note-se:

O Estado retirou-se do cenário econômico: as necessidades coletivas devem ser satisfeitas pela atuação apenas dos próprios particulares. Daí a necessidade de constranger os limites, os fins e a natureza da atividade privada. A regulação estatal perde sua conotação apenas repressiva e adquire contornos claramente promocionais. Todas as atividades, inclusive aquelas até então desenvolvidas pelo Estado, são assumidas pelos

particulares, mas sujeitadas ao controle intenso e contínuo, com a finalidade de conduzir os particulares a atingir resultados necessários ao bem comum (JUSTEN FILHO, 2002, p. 29).

Cumpra ao Estado propiciar e estimular a participação dos indivíduos, democraticamente, no processo de mediação dos interesses públicos envolvidos e na formulação de políticas públicas. A sociedade pluralista e fragmentada que se desenvolveu não pode ser administrada na concepção clássica de administração pública (de viés formal, calcada na relação de hierarquia, subordinação), pois o sistema político representativo não é bastante para permear o exercício do poder político com os interesses públicos surgidos na complexa sociedade plural da contemporaneidade.

Daí dizer-se em abertura à participação por parte do Estado, que deve criar mecanismos que possibilitem a efetivação deste modelo participativo, afastando aquela concepção de Direito Administrativo estribada nos pressupostos do Estado Moderno, cujos atos calcavam-se na discricionariedade, dando lugar a um modelo que melhor se coaduna com os auspícios do regime democrático, preocupando-se não apenas com a legitimidade formal, na origem, mas também com a legitimação por meio da participação dos indivíduos na formulação de políticas a serem implementadas (SILVA, 2007, p. 64-65), com vistas ao atendimento dos interesses públicos.

A participação e o consenso no processo de mediação de interesses diversificados de que se tem falado possibilitam o aprimoramento da governança e da governabilidade, ou seja, da eficiência do Estado no exercício de suas funções; oferecem meios de maior controle dos atos, evitando-se abusos e fiscalizando-se a legalidade das ações; além de demandarem uma responsabilidade de integração dos cidadãos que, ao participarem, fornecem resultados mais sábios e legítimos e dotam os comandos estatais com maior grau de aceitabilidade, (SILVA, 2007, p. 67). Dito de outra forma, o poder político de um Estado republicano deve eliminar o autoritarismo de sua atividade de regulação por meio da interlocução entre ele e os diversos setores da sociedade, revelando, desta feita, uma maior transparência no exercício de seus atos.

Sobre os papéis da atividade administrativa nesta ótica de Estado Republicano, o referido autor pontua (MARQUES NETO, 2002, p. 194-196), em suma, que no exercício da Administração deve predominar a função de mediar as

relações privadas, nas quais encontram-se interesses públicos (provenientes de diversificados grupos sociais); no entanto, o Estado não pode retirar de seu campo de atuação “atividades que envolvam a efetivação de interesses públicos revestidos de hipossuficiência social” (aqui enquadrados não só os interesses verificáveis na prestação de serviços públicos em sentido estrito, mas também interesses cuja relevância social exigem a tutela estatal, como no exemplo dado acima referente à regulação do setor da medicina privada); deve haver também transparência e motivação dos atos de mediação de interesses, a partir do acesso e participação dos setores representativos de tais interesses.

Estas linhas que configuram um novo modelo de Estado já podem ser percebidas na atualidade, rompendo com o velho paradigma de Estado de que se falou e, conseqüentemente, com a estrutura jurídico-administrativa que em seu bojo se formou. Basta constatar o surgimento de autarquias reguladoras independentes, também chamadas de agências reguladoras independentes, as quais, como se verá, albergam em sua estrutura jurídica e em seu modo de funcionamento os atributos que um Estado mais público deve demonstrar, a partir do novo contexto de economia globalizada, de mitigação da soberania absoluta do poder estatal, tanto no âmbito interno quanto no externo e, também, a partir da visualização de uma sociedade em que não é possível jungir todos os interesses dela provenientes em apenas um.

3 AS AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES

As modificações nos fundamentos do Estado Moderno, sobretudo na metade última do século XX, escancararam a superação deste modelo e, por conseguinte, a averiguação de que a estrutura administrativa que nestes fundamentos foi erguida tornou-se incapaz de atender às demandas da sociedade dentro de uma perspectiva compatível com os dogmas de uma república genuinamente democrática, cuja legitimidade do poder público não se limita apenas ao sistema de representatividade política, de viés estritamente formal.

A mitigação daquele conceito de soberania absoluta do Estado – resultado do processo de globalização econômica e cultural, e a afirmação jurídica de direitos humanos em nível supranacional, temas enfrentados nos capítulos antecedentes – trouxe à tona um contexto em que até mesmo interesses e demandas externas influenciam profundamente as decisões que o poder estatal deve tomar em âmbito interno. Interesses estes que, por exemplo, visam à proteção do mercado financeiro mundial e à garantia de seu regular funcionamento.

Assim também, o fenômeno da fragmentação da sociedade em diversos organismos internos, a partir de diferentes e, na maioria das vezes, divergentes interesses públicos, fez com que a delimitação do que seja interesse público e do que seja interesse privado se apagasse, de modo que a pretensa dicotomização entre estas esferas impossibilita o funcionamento do aparato político-decisório do Estado de acordo com as novas dimensões tomadas pela sociedade contemporânea.

O aparecimento das Agências Reguladoras Independentes neste contexto vem atender não só à demanda neoliberal, mas também aos anseios da sociedade por uma nova postura do poder público no sentido de substituir as velhas estruturas por novas engrenagens capazes de traduzir, em sua atuação decisória, as características de um Estado que caminha rumo à sua republicização, compatibilizando seus procedimentos com o regime democrático, desde que possibilite a participação das ramificadas e diferentes entidades representativas de interesses públicos e, ao mesmo tempo, protege os interesses difusos ou hipossuficientes, como por exemplo, os direitos dos consumidores, a defesa do meio-ambiente, a prevalência da livre-iniciativa e da livre-concorrência na ordem econômica, etc.

O Estado, na ânsia de se republicizar, deve reduzir sua interferência direta no mercado, ou seja, sua interferência enquanto Estado empresário e, ao mesmo tempo, fortalecer sua intervenção indireta sobre o domínio econômico por meio da regulação e fiscalização dos fatos que ocorrem nesta esfera, mediando os interesses dos indivíduos participantes do setor regulado e protegendo os interesses daqueles que, embora dele não sejam participantes diretos, de algum modo sofrem o impacto das decisões nele tomadas.

Para que o exercício de tais funções regulatórias se desenvolva de forma plena, ele não pode ocorrer a partir das “estruturas estatais tradicionais”, o que demanda a dotação das novas estruturas, as agências reguladoras, de autonomia e independência perante o poder público, como leciona o professor Marçal Justen Filho (2002, p. 51).

3.1 O NOVO SENTIDO CONSTITUCIONAL À REGULAÇÃO

As mudanças na economia mundial – dentre as quais se podem destacar a internacionalização dos fluxos financeiros, a reorganização da produção em escala global, a integração e interdependência dos mercados internacionais, a expansão tecnológica, o aprimoramento dos meios de comunicação, enfim, todos estes aspectos do fenômeno da globalização – trouxeram implicações aos Estados nacionais, exigindo novas posturas e novas estruturas capazes de adequar a atuação estatal à nova realidade econômica, política e social que se formou.

A temática relacionada à reforma dos Estados ganha importância, pois é neste contexto de mudanças que vão se formando as bases da nova sistemática de intervenção estatal sobre o domínio econômico, notadamente a criação de agências reguladoras independentes, em atendimento à demanda por um Estado menos interventor no sentido de atuação direta no mercado, como um verdadeiro Estado empresário e, ao mesmo passo, por um Estado que atue de maneira forte no sentido de regular com mais eficiência (principalmente técnica) os diversos setores da economia, atento aos anseios da iniciativa privada sem que se esquite de seu compromisso de defesa da concorrência, da livre-iniciativa e dos direitos dos consumidores e usuários de serviços públicos.

As entidades reguladoras independentes são o mais relevante testemunho de uma dupla revolução da relação do Estado com a economia desde há uma dúzias décadas. Ela consiste, por um lado, na crescente redução da intervenção directa do Estado na actividade económica (como Estado-empresário), em troca do reforço do seu papel regulador (Estado regulador); por outro lado, ela passa por uma considerável desgovernamentalização dessa mesma função reguladora, confiando-a justamente a entidades públicas independentes, munidas dos necessários poderes regulamentares, administrativos e sancionatórios (MOREIRA; MAÇAS, 2003, p. 5).

Os processos de privatização e liberalização de setores da economia colocaram em destaque o papel do Estado no tocante à regulação pública. A partir deles, aumentou consideravelmente a demanda por proteção dos interesses da comunidade nos setores de prestação de serviços públicos e de interesse econômico geral, bem como por proteção da concorrência e dos próprios investidores destes setores. A regulação estatal adquire uma nova roupagem, com a qual não se pretende cominar objetivos exteriores ao mercado, contrariando suas próprias regras. Por outro lado, o mercado passa a exigir do Estado um novo modelo regulatório que consiga agir em conformidade e em benefício, também, do mercado, visando a protegê-lo e fomentá-lo, propiciando seu aprimoramento de maneira aberta, transparente e neutra.

É bem de ver que o conceito de regulação pública traz em seu bojo tanto a competência para que se normatize, criando-se normas, como para a garantia de sua aplicação, fiscalização de seu cumprimento e estabelecimento de sanções aos que infringirem tais normas. Destaque-se que as entidades às quais foi concedido o poder de regulação não podem ser reduzidas a autoridades meramente regulamentadoras. Regulação e regulamentação não se confundem, como fazem alguns autores sob a influência do Direito norte-americano, advertem Moreira e Maças, que arrematam: “a regulamentação (estabelecimento de regras de conduta) é somente uma das vertentes da regulação, que também abrange implementação de regras, a sua supervisão e o sancionamento das infrações às mesmas (2003, p. 16)”.

Ao tratar do tema, Mariano Carbajales também aduz que o termo regulação não pode se limitar à aplicação de normas ou regras. Ele implica ordenação de uma realidade social em um sentido mais amplo, correspondente a ajustar, regradar, por uma coisa em ordem (CARBAJALES, 2006, p. 228). O referido doutor pela Universidade Autônoma de Madrid se reporta à definição do Conselho de Estado da Espanha, que assevera como missão social dos entes reguladores a

constituição de um elo entre a definição das políticas públicas e a gestão das atividades de interesse público. Em suas palavras, “la regulación es la tarea que consiste em mantener en un sector concreto el equilibrio querido por la ley entre derechos e obligaciones (2006, p. 230)”.

Uma das principais razões para a criação das autoridades independentes atende à demanda sentida pelo próprio legislador de “isolar” certos interesses públicos, que pedem uma regulação específica e muito particular. Isto também se aplica à necessidade de proteger os interesses presentes em setores mais sensíveis da economia⁶.

A nova função estatal de compor e conciliar os interesses contraditórios e de mesma “dignidade jurídico constitucional”, que passam a ser vistos em posição paritária, demanda juízos de valor que devem se distanciar das zonas de influência político-partidária para que se possa garantir objetividade, neutralidade e imparcialidade no agir decisório estatal. Isto só se demonstra possível com a institucionalização de novas formas de organização administrativa que estejam distantes de pressões alheias, sejam públicas ou privadas, de forma a dar aptidão a estas novas estruturas para tutelarem preventivamente os interesses, regularem e comporem os direitos de forma neutra e imparcial.

As autoridades independentes, criadas em consonância com este novo sentido de regulação, refletem as transformações pelas quais o Estado passou e que acarretaram novas concepções acerca da intervenção do Estado sobre o domínio econômico, ditadas pela necessidade de que o desenvolvimento da atividade estatal “seja controlada por sujeitos imparciais, colocados numa posição equidistante em relação aos interesses públicos e privados em jogo”, rompendo assim com a organização tradicional da Administração Pública, “insusceptível de assegurar a imparcialidade, o bom andamento, a democracia e a transparência (MOREIRA, MAÇÃS, 2003, p. 53)”.

3.2 ASPECTOS DA REGULAÇÃO NOS EUA E EUROPA

⁶ São muitos os sectores essenciais nos quais o poder político se mostra incapaz de escapar à tentação de sacrificar objetivos de longo prazo para responder às exigências imediatas da vida quotidiana. É assim, por exemplo, no âmbito da política monetária. A história mostra-nos que os governos sacrificaram com frequência a estabilidade da moeda, por motivos de política económica geral. Razão que levou a legislação de vários países a retirar tais matérias da orientação e influência governamentais, com vista a alcançar a neutralidade política, confiando-as a autoridades independentes. Foi o que aconteceu com a instituição de bancos centrais independentes, cujos exemplos paradigmáticos são o alemão e o americano, que se impuseram como garantia da estabilidade monetária (MOREIRA, MAÇÃS, 2003, p. 50).

Seguindo a orientação do professor Paulo Todescan Lessa Mattos (MATTOS, 2002), é importante analisar o contexto de mudanças nas formas de intervenção estatal ocorridas na Europa e nos Estados Unidos. Faz-se um recorte para que a análise se volte aos principais aspectos ligados à fundamentação das estruturas regulatórias surgidas nestes locais.

O referido jurista pontua que, até 1980, as políticas econômicas européia e norte-americana ligavam-se à noção de nacionalização ou estatização e *regulation*, respectivamente. Políticas que eram baseadas no controle estatal rígido sobre a economia.

O movimento de nacionalização surgiu na Europa imediatamente após a Segunda Guerra visando a, principalmente, i) tornar mais eficiente o uso e a alocação dos recursos (por meio de controle de preços e da qualidade dos produtos, de inserções no mercado de empresas estatais para quebrar os monopólios privados); ii) democratização da economia mediante a redistribuição de recursos; iii) atender objetivos macroeconômicos, como a diminuição do desemprego e da inflação. Estes objetivos conduzem à conclusão de que, na Europa, optou-se por um controle da economia a partir de um modelo de economia planificada.

Nos Estados Unidos, apesar da criação dos órgãos de regulação remontar à década de 60 do século XIX, é a partir dos planos de recuperação da Economia americana frente à crise de 1929, como *New Deal* de Roosevelt, que as agências de regulação se tornam importantes enquanto mecanismo estatal de intervenção na economia. Daí em diante, o que se buscou foi, em um primeiro momento, controlar o poder dos monopólios e defender a concorrência dos mercados e, posteriormente, buscou-se também a proteção dos consumidores, a melhoria na qualidade dos produtos, a proteção do meio-ambiente e, ainda, uma preocupação com a distribuição equitativa de recursos. São fortalecidas, desta maneira, nos Estados Unidos, duas vertentes de regulação estatal, quais sejam, o antitruste e a regulação setorial. O que deve ficar claro é que naquele país, a *regulation*, pela qual se limitou a liberdade de iniciativa, justificou-se na necessidade de correção dos problemas havidos no mercado, mantendo-se a propriedade privada dos bens de produção, diferentemente do modelo europeu em que o Estado passou a atuar diretamente a partir da estatização de dados setores.

Ocorre que na década de 80, diante da conjuntura econômica internacional gerada por problemas relativos à globalização e a desagregação

social, as referidas políticas econômicas passaram por um processo de substituição. No lugar da nacionalização, a Europa viu crescer o movimento de privatização, impulsionado por problemas como a expressiva redução da concorrência, a captura da administração empresarial por interesses políticos, ineficiência e falta de transparência do Estado, etc. Já nos EUA, ocorreu um movimento contrário à *regulation*, chamado de *desregulation*, fortalecido pela constatação de problemas advindos da regulação excessiva do mercado, por exemplo, captura das agências por parte dos interesses dos regulados, reservas à entrada de novas companhias no mercado, desincentivo à inovação, ineficiência da atividade regulatória e seu alto custo e o surgimento de distorções na concorrência.

A reforma do Estado americano (*desregulation*) corresponde à diminuição da ingerência regulatória do poder público na âmbito privado empresarial, com a flexibilização das regras dirigidas aos entes regulados, mas mantendo-se a defesa da concorrência nos mercados em que atuam as agência reguladoras. Assim, a partir de 80, “os órgãos reguladores buscaram introduzir concorrência em setores da economia tidos como monopólios naturais (por exemplo, o setor das comunicações)” (MATTOS, 2002, p. 53).

Na Europa, por sua vez, além da abertura do mercado para a iniciativa privada mediante privatizações, também se deu um movimento no sentido de criar estruturas capazes de exercer um papel de regulação, baseado, em grande medida, no modelo regulatório americano de descentralização a partir de agência reguladoras setoriais. Isto porque com a desestatização dos mercados, o Estado se viu diante da necessidade de criar novas formas de controlar (por meio da regulação) o desenvolvimento econômico.

3.3 CARACTERES DAS ENTIDADES REGULADORAS INDEPENDENTES E O REGIME JURÍDICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

O surgimento das autoridades reguladoras independentes não seguiu um padrão legislativo unitário e coerente, que criou um desenho orgânico e funcional comum a elas, vez que “uma característica que acompanha o aparecimento de tais entidades reside no seu desenvolvimento desordenado (MOREIRA, MAÇÃS, 2003, p. 23)”. Apesar desta heterogeneidade orgânica e funcional apontada, os referidos autores portugueses destacam certas

características presentes no que chamam de autoridades reguladoras independentes. Tais caracteres se ligam ao objeto da regulação, à natureza administrativa das agências, sua independência, neutralidade e imparcialidade.

3.3.1 O Objeto

O objeto ao qual se dirige a atividade regulatória do Estado inicialmente se identificou com a garantia de direitos fundamentais e a regulação de apenas algumas áreas da economia, como o mercado de valores mobiliários, instituições de crédito, seguros e proteção da concorrência. Porém, a intervenção estatal pela via regulatória mostrou-se necessária também em setores de prestação de serviços públicos, como o de telecomunicações, transportes, eletricidade, entre outros. Além disso, as novas estruturas podem se ater à avaliação independente das políticas públicas em áreas particularmente sensíveis.

Pode-se dizer que as autoridades administrativas independentes visam corresponder a necessidade que se fazem sentir em dois domínios fundamentais: por um lado, assegurar a regulação de sectores sensíveis ou estratégicos, cuja atividade tem de se desenvolver num ambiente de liberdade e concorrência; por outro, lado, proteger os direitos dos administrados, em especial, os novos direitos à transparência e à informação, contra o risco da actuação burocrática e arbitrária da Administração (MOREIRA; MAÇÃS, 2003, p. 24).

Estes pontos se coadunam com o que se falou acima sobre o agir regulatório estatal a partir do paradigma de sua republicização em que se reconhece a existência de diversos interesses públicos e se repele a concepção de que a esfera pública é composta apenas pelo poder político. O Estado Republicizado, se identifica com aquele que promove a intervenção indireta sobre o jogo econômico com vistas a fiscalizar, regulamentar e monitorar, sem olvidar da necessária proteção dos interesses difusos e hipossuficiente, como frisa Marques Neto (2002, p. 183-184),

A intervenção indireta não se reduz apenas a regular os serviços públicos reputados como tal pelos ordenamentos jurídicos; deve se voltar também para os casos em que os interesses envolvidos em determinado setor são de relevância para toda a sociedade, como por exemplo, a questão dos serviços de saúde prestados por entes da iniciativa privada.

Neste sentido, o ordenamento jurídico brasileiro prevê estruturas cuja regulação, sobretudo o poder regulatório normativo, se dirige tanto aos serviços públicos propriamente ditos quanto às atividades econômicas em sentido estrito. Estas estruturas são diferentes entre si.

As agências que regulam atividades econômicas têm o campo de atuação mais delimitado, na medida em que sua função regulatória corresponde mais a fiscalizar o cumprimento das normas editadas pelo Poder Legislativo. Atuam em ambientes próprios da iniciativa privada e, por isso, vinculadas ao princípio da livre iniciativa, da legalidade e aos demais princípios da ordem econômica nacional, conforme leciona Fernando Quadros da Silva (2007, p. 111). São exemplos desta modalidade de agências a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), a ANA (Agência Nacional das Águas) e a ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar).

A atividade reguladora de serviços públicos concedidos a empresas tem, por sua vez, uma abrangência maior, pois, na dicção do citado autor, “decorre da genérica obrigação, contida no Art. 175 da Constituição, de que o Poder Público preste os serviços públicos adequadamente” (SILVA, 2007, p. 111). Tratam-se de serviços cuja prestação foi estabelecida pela própria Constituição Federal como de responsabilidade do Estado, reservando a possibilidade de tais serviços serem prestados por instituições privadas por meio da concessão ou da permissão, conforme Art. 175 da Constituição Federal. Por isso, Quadros da Silva (2002, p. 112) chega à conclusão de que, na regulação de serviços públicos, as agências encarregadas desta função (p. ex. ANATEL, ANEEL, ANTT) possuem uma margem maior de liberdade em seu âmbito de atuação do que as agências que regulam atividades econômicas.

As agências reguladoras, principalmente as de serviços públicos, além de se justificarem na maior capacidade técnica em seu desempenho, acarretando maior eficiência ao poder decisório estatal, devem, sobretudo, legitimar-se por uma atuação que contemple mecanismos democráticos de participação dos envolvidos até mesmo na elaboração de diplomas normativos (SILVA, 2007, p. 141-142).

Isto porque as agências foram formadas como estruturas descentralizadas, dotadas de maior competência técnica, em que seus dirigentes, a despeito de serem escolhidos pelo chefe do governo, não são eleitos diretamente

pelo povo. Daí a necessidade de estarem sempre próximas, de modo efetivo e eficaz, dos interesses de todos os afetos no exercício de seu poder decisório.

Ressalte-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, há a previsão da existência das chamadas agências executivas, que não se confundem com as agências reguladoras independentes sobre as quais trata este capítulo. Estas duas modalidades de agências diferenciam-se pela natureza da atividade exercida e pelo grau de independência que possuem em relação aos órgãos centrais do Estado.

É que as agências executivas são certificações que as autarquias recebem para o exercício de atividades que, tipicamente, incumbem ao Executivo, e não podem ser delegadas aos particulares, como a “arrecadação de tributos, a fiscalização ligada ao meio ambiente e a atuação na área social (saúde e previdência)”, como leciona Fernando Quadros da Silva (2007, p. 109), o qual cita como único exemplo prático deste tipo de agência que em sua formação obedeceu todos os parâmetros delineados pela Lei nº. 9.649/1998 (primeira referência legislativa às agências executivas): o Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial, o INMETRO, criado no mesmo ano da referida Lei, em 1998.

Já as agências reguladoras, como visto acima, têm a garantia legal de maior independência administrativa em sua atuação e sua função primordial é a de regular os serviços públicos concedidos à iniciativa privada ou as atividades econômicas que, conquanto próprias da iniciativa privada, assumem grande relevância no contexto social. Esta função reguladora liga-se, principalmente, ao poder normativo de que somente as agências reguladoras são dotadas.

Merece menção, finalmente, a divisão das agências nacionais proposta por Bandeira de Mello de acordo com as atividades disciplinadas por elas. Para ele, existem agências reguladoras de i) serviços públicos propriamente ditos em que se enquadram a ANEEL, ANATEL, ANTT, ANTAQ E ANAC; de ii) atividade de fomento e fiscalização de atividade privada, cujo exemplo seria a Agência Nacional do Cinema – ANCINE; de iii) atividades afetas à indústria de petróleo, como é o caso da ANP; de iv) atividades que o Estado também protagoniza mas são facultadas aos particulares, nas quais se encaixam a Agência Nacional de Vigilância Sanitária-ANVISA e a Agência Nacional de Saúde Suplementar-ANS; v) há por último a agência reguladora do uso de bem público, cujo exemplo é a Agência Nacional de Águas-ANA (MELLO, 2004, p. 170).

3.3.2 A Natureza Administrativa e a Independência

A natureza administrativa das autoridades reguladoras independentes deve ser destacada com o intento de refutar a concepção minoritária, mas presente, de que estes entes possuíam uma natureza jurisdicional ou quase-jurisdicional ou, ainda, correspondentes a uma espécie de quarto poder, cujo papel precípua estaria relacionado à garantia de direitos. Por outro lado, o consenso ostenta-se forte quando se afirma a natureza administrativa das autoridades independentes, grifando-se que, apesar disso, são estruturas administrativas diversas.

Um dos elementos principais que clamam pela reforma administrativa do Estado se liga à necessidade de dotá-lo de governança, pela qual se lhe outorga aptidão financeira e administrativa para implementar as decisões tomadas. Esta aptidão, nos termos de governança propostos por Bresser Pereira (1997, p. 44), e seguindo os pressupostos neoliberais que pregam a descentralização do poder, só é alcançável pelo fortalecimento do Estado em meio à sua diminuição: será mais forte financeira, administrativa e estruturalmente em razão das unidades descentralizadas no seio das quais estará presente o núcleo de tomada de decisões. Tal fortalecimento e, portanto, o implemento da governança, apenas se realiza se a independência estiver presente na estrutura das agências reguladoras.

Esta independência decompõe-se em dois sentidos: um orgânico ou estrutural e outro funcional. O primeiro alude à designação dos seus titulares, seus mandatos, o regime de incompatibilidades, a composição de sua direção, etc. Enquadra-se neste item a contingência por um mandato fixo que não pode coincidir com o período de legislatura e de mandato do governo. Além disso, a estabilidade dos diretores há de ser garantida como forma de proteção contra as remoções ou exonerações discricionárias por parte do governante. “A independência consiste essencialmente no facto de os titulares não poderem ser destituídos pelo Governo antes de terminado o seu mandato”, resumem Moreira e Maçãs (2003, p. 25). Já no tocante ao sentido funcional, a independência corresponde ao exercício de suas atividades regulatórias longe das ingerências, ordens e controles por parte dos governantes, isentando suas decisões da hierarquia ou tutela típicas do Direito Administrativo tradicional.

Sobre a independência orgânica e funcional das agências, Mariano Carbajales, no mesmo padrão, assevera:

Coincidimos com Betancor Rodriguez en que la clave de bóveda se encuentra en la independencia orgánica e funcional de estos entes garantizada por las leyes. Su independencia orgánica se basa en la composición de la institución y en las reglas estatutárias relativas al mandato y al régimen de incompatibilidades de sus miembros [...]. No obstante, la verdadera amenaza a la independencia de estas autoridades viene dada por sus médios económicos, puesto que la mayoría depende de las partidas que les asignen lós presupuestos del Estado, cuestión que depende de una determinación política (CARBAJALES, 2006, p. 233).

Obviamente que esta independência deve ser protegida também contra as investidas de grupos ou poderes econômicos que integram o campo regulado, conforme orienta Carbajales. O fenômeno da captura das entidades reguladoras é um perigo contra o qual se deve atentar no sentido de impedir que o exercício da função regulatória aprisione-se ao controle do poder econômico, prestando-lhe serviços e demonstrando-lhe subserviência.

Como forma de evitar que isto ocorra, as ações das agências reguladoras devem ser isoladas tanto mais quanto for possível da influência dos destinatários de suas atividades. Para isto, as assimetrias de informação entre regulador e regulados devem ser corrigidas por meio da “institucionalização de procedimentos que favoreçam a participação e o contraditório dos destinatários” (MOREIRA; MAÇÃS, 2003, p. 27) e, ao mesmo tempo, preencham-se os cargos das agências com técnicos habilitados e dotados de experiência profissional nos setores que atuarão.

Luis Roberto Barroso ao comentar sobre o surgimento das Agências Reguladoras no Brasil, lembra que a sua independência se justifica no fato de que, ao desempenharem as atribuições que lhe cabem, deve estar protegido seu âmbito de discricionariedade em relação a imposições do poder público (interferências do poder executivo a partir da sucessão de governos, ou também de órgãos do poder legislativo), “sob pena de falharem (as agências reguladoras) em sua missão e arruinares o ambicioso projeto nacional de melhoria da qualidade dos serviços públicos”. Tal independência refere-se tanto às decisões político-administrativas quanto à capacidade financeira das agências, conforme explica referido autor (BARROSO, 2002b, p. 121).

No Brasil, as agências reguladoras foram instituídas sob a forma de autarquias especiais. Da sua condição de autarquia, pode-se concluir desde já que possuem personalidade jurídica própria e de direito público, “do que deriva titularidade de patrimônio jurídico autônomo, constituindo-se em centro de imputação de direitos e deveres”. Neste modelo de personalidade jurídica, o poder é exercido de forma descentralizada a partir da retirada de competências de um “núcleo organizacional fundamental”, e respectiva atribuição a outras entidades (JUSTEN FILHO, 2002, p. 387).

Já a expressão ‘especial’ denota a noção de independência das autarquias com relação à tomada de decisões e à prática de atos incluídos no rol de suas competências. Por óbvio, não haveria de se falar em agências reguladoras independentes se seus atos tivessem que passar pelo crivo de outro ente componente da administração pública ou dele dependesse de ratificação. Apesar de se sujeitarem ao controle do Ministério a que se ligam, por possuírem o caractere de autarquia com regime especial, não pode o Poder Executivo rever ou alterar seus atos (JUSTEN FILHO, 2002, p. 391). Já se pode constatar este traço essencial, próprio das agências reguladoras enquanto autarquias especiais, que é a sua autonomia frente ao poder público.

A instituição de um regime jurídico especial visa a preservar as agências reguladoras de ingerências indevidas, inclusive e sobretudo [...], por parte do Estado e de seus agentes. Procurou-se demarcar [...] um espaço de legítima discricionariedade, com predomínio de juízos técnicos sobre valorações políticas (BARROSO, 2002, p. 296).

Como autarquias especiais, as agências reguladoras possuem um estatuto jurídico próprio que lhes confere independência em relação ao executivo, de forma que não ficam sob a sujeição hierárquica dele, executivo. São estruturas diferenciadas que não se enquadram em nenhuma outra categoria do Direito Administrativo pátrio.

Diante da necessidade de proteção das agências reguladoras contra interferências externas a ela, mesmo por parte do próprio Estado ou de seus agentes, é que elas foram instituídas sob a forma de autarquias especiais, outorgando-se-lhes autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira para que possam exercer suas funções de modo independente e com

maior lastro em conhecimentos e pareceres técnicos específicos de cada área em que atuam, proporcionando maior eficiência na regulação.

Repisam-se, novamente, os pressupostos neoliberais que propugnam a descentralização do poder para que se protejam os mercados e as instituições públicas do arbítrio de um único exercente do poder ou de um grupo político ou econômico específico. É evidente a presença de linhas marcantes do ideal neoliberal de Hayek e Friedman a costurar a reforma do Estado brasileiro, sobretudo na formação da estrutura das Agências Reguladoras.

Como exemplo do primado da reforma administrativa brasileira pela independência e autonomia das Agências Reguladoras, cita-se a lei criadora da ANATEL (Lei nº. 9.472/1997), Artigo 8º, § 2º, que caracteriza o regime autárquico especial, dotando as agências de “independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandado fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira”⁷.

Como assevera Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 160), os caracteres que remetem à noção de autonomia administrativa, financeira, funcional, patrimonial e de gestão de recursos humanos são iminentes ao conceito de autarquia. Nas palavras dele, “são elementos intrínsecos à natureza de toda e qualquer autarquia [...], o que pode ocorrer é um grau mais ou menos intenso destes caracteres”. Daí tais elementos integrarem a formatação das Agências Reguladoras no Brasil.

A peculiaridade que realmente apresentam as agências reguladoras, quando se fala em autonomia administrativa, corresponde “à investidura e fixidez do mandato dos dirigentes”, como ensina Bandeira de Mello (2004, p. 160), apontando para a Lei nº. 9.986/2000 (dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras) que, em seu Artigo 5º, § único, estabelece que a nomeação dos dirigentes possui lastro político, na medida em que é feita pelo Presidente da República e aprovada pelo Senado Federal; em seu Artigo 6º, estatui que os mandatos devem ser fixos e com prazos certos, a serem estabelecidos na Lei criadora de cada Agência; o Artigo 9º da mesma Lei impossibilita a perda do mandato dos dirigentes, a não ser que assim eles queiram e procedam à renúncia,

⁷ No mesmo sentido, segue o Art. 3º, § ú. e Art. 4º da Lei instituidora da ANVISA (Lei nº. 9.782/99); o Art. 1º da Lei que instituiu a ANS (Lei 9.961/2000), Art. 3º da Lei que instituiu a ANA (Lei nº. 9.984/2000); Art. 21 da Lei que instituiu a ANTT e a ANTAQ (Lei nº. 10.233/2001); Art. 4º da Lei 11.182/2005, que instituiu a ANAC.

ou no caso de “condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar”, na letra da lei.

Ainda quanto à autonomia político-administrativa das Agências Reguladoras, Luís Roberto Barroso (2002, p. 298) lembra que, via de regra, seguindo o Artigo 8º da Lei 9.986/2000, suas leis criadoras impediram os dirigentes de prestar qualquer serviço, direta ou indiretamente, às empresas que estejam no âmbito de regulação da respectiva agência por um período de, geralmente, um ano (apesar da Lei 9.986/2000 estipular o prazo de quatro meses), contado a partir do encerramento do mandato. Neste período, o ex-dirigente poderá prestar serviços à Agência, sendo-lhe assegurada remuneração equivalente ao cargo que exerceu, desde que isso não seja usado para obtenção de informações que levem ao favorecimento da sua atividade privada ou de outros com quem esteja relacionado. É o que dispõem os Artigos 9º da Lei instituidora da ANEEL (Lei nº. 9.427/1996) e 30 da Lei que criou a ANATEL (Lei nº. (.472/1997), por exemplo.

Consigne-se, com o apoio de Mariano Carbajales (2006, p. 234), que a independência dos entes reguladores não será absoluta, pois, do contrário, seriam verdadeiros “órgãos extrapoderes”. Embora sejam inegáveis seus traços de autoridade administrativa, de órgãos descentralizados (autarquias, por exemplo), e detentoras de garantias em relação aos seus titulares (inamovibilidade, mandato fixo, etc.), elas não estão imunes a mecanismos de condução política e, sobretudo, de controle, seja judicial, administrativo ou, até mesmo, social.

3.3.4 Neutralidade e Imparcialidade

Há outras duas características próprias das agências reguladoras independentes, que não podem ser olvidadas, que são a neutralidade política de sua gestão e a imparcialidade de sua atividade, sobretudo a relacionada à tomada de decisões que envolvem os diversos interesses que, potencialmente, entram em conflito.

Falar em atividade regulatória neutra implica falar em exercício do poder decisório, por parte dos titulares das agências, com estribo em critérios técnicos, livres da interferência política e das disputas partidárias. Criando-se órgãos reguladores independentes, busca-se promover um gerenciamento administrativo politicamente neutro, o que propicia o desenvolvimento do setor regulado segundo

suas próprias regras e levando-se em conta justamente os seus próprios critérios técnicos.

Entende-se que só agindo de acordo com uma lógica predominantemente técnica é possível prosseguir o interesse de forma mais eficaz [...]. A consecução desta finalidade conduziu à institucionalização de organismos administrativos novos, marcados pela independência e imparcialidade. Neste contexto, a independência das AAI funciona ao mesmo tempo como garantia da neutralidade não só da atividade como também do respectivo setor (MOREIRA E MAÇÃS, 2003, p. 29-30).

As agências, por atuarem setorial e descentralizadamente, localizam-se mais próximas do contexto específico do setor do mercado que regulam, inclusive com maior capacidade técnica para solucionar de modo mais ágil os problemas a ele atinentes, mostrando-se, assim, mais permeáveis aos interesses provenientes da sociedade.

Conforme enfatiza o professor Floriano Marques Neto (2002, p. 207), “para que tal permeabilidade se torne possível faz-se necessária a introdução de instrumentos jurídicos voltados à transparência da atividade regulatória”. Neste padrão, três instrumentos principais auxiliam na formatação deste exercício mais transparente. São eles: i) a criação de mecanismos que possibilitem aos indivíduos participar com maior efetividade do processo regulatório, por exemplo, as consultas públicas e a publicidade dos atos. A adoção de medidas como estas evita que interesses especiais e particulares tomem para si o exercício do poder político; ii) o estabelecimento de procedimentos a serem seguidos pelas entidades reguladoras para que se tenham bem delimitados os meios pelo quais elas exercerão o poder decisório, afastando, desta feita, a arbitrariedade e iii) a formulação de mecanismos de controle das atividades das agências reguladoras, inclusive com a obrigação de prestações periódicas de contas aos poderes legislativo e executivo e a possibilidade de se responsabilizar pessoalmente os sujeitos que estiverem à frente do agir regulatório.

Ao lado da neutralidade, pode ser apontada a imparcialidade entre os atributos próprios das entidades reguladoras independentes. A imparcialidade aplicada às decisões da administração não se confunde com a imparcialidade típica do poder jurisdicional e manejada pelo juiz. Este é estranho à lide, e aquela (a administração) é parte da relação jurídico-substantiva.

3.3.5 O Controle das Agências Reguladoras

Conforme se disse anteriormente, as agências reguladoras não possuem independência absoluta, vez que não são órgãos extrapoderes. Não obstante gozem de predicados que refletem sua autonomia e autoridade administrativa, seu agir regulatório não pode ser feito de maneira imune a mecanismos de controle. Marçal Justen Filho (2002, p. 584) explica que a “concentração de poderes discricionários em estruturas organizadas com critérios de autonomia tem de ser acompanhada do desenvolvimento de instrumentos político-jurídicos de controle e limitação”.

Invocando os parâmetros para se republicizar o Estado, Marques Neto afirma, no tocante ao controle das agências (2002, p. 210-211):

[...] o controle constitui traço essencial na atividade de composição operativa de interesses públicos. Sem o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle torna-se inconcebível o processo de republicização do poder político. Porém, este controle, mormente no tocante à atividade dos órgãos reguladores, não pode ser exercido dentro das bitolas formais e retrospectivas típicas do velho paradigma.

Por certo que estes mecanismos de controle não se reduzem tão somente à nomeação ou demissão dos diretores das agências. A fiscalização dirige-se também à sua atuação no tocante às escolhas de políticas públicas, e de normatização ou aplicação de normas.

Como primeira engrenagem controladora da atuação das agências reguladoras independentes, elenca-se aquela que deve permitir que os vários setores sociais acompanhem-na e fiscalizem-na, verificando sua compatibilidade com os desideratos para os quais ela foi instituída.

Fala-se aqui não só do acesso dos cidadãos às informações que devem ser objeto de publicidade por parte das agências, mas também da própria previsão, na estrutura normativa delas, de procedimentos que prevejam a participação popular no processo decisório, que se abre à discussão sobre projetos, que não prescindem de consultas e/ou audiências públicas (MOREIRA, MAÇÃS, 2003, p. 38).

Atente-se uma vez mais para as lições de Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, dentre as quais figura justamente a instituição de formas de

participação dos indivíduos na atividade das agências reguladoras. Segundo ele (2002, p. 208), isto pode se dar de diferentes maneiras, principalmente com a realização de “consultas públicas obrigatórias no exercício da atividade normativa”, o respeito inarredável ao princípio da publicidade (tanto dos atos como dos procedimentos) e a “aferição e consulta aos setores organizados”.

No caso brasileiro, várias das leis instituidoras das agências reguladoras preveem mecanismos de participação e controle social no processo decisório quando se está em pauta alterações normativas que afetem os direitos dos agentes econômicos, dos trabalhadores ou dos usuários do setor regulado. São exemplos o Art. 3º, § 4º da Lei nº. 9.427/96 (ANEEL)⁸, Art. 19 da Lei nº. 9.478/97 (ANP)⁹, Art. 68 da Lei nº. 10.233/2001 (ANTT e ANTAQ)¹⁰ e Arts. 27 e 28 da Lei nº. 11.182/2005 (ANAC)¹¹

Tais ações, que induzem e propiciam a participação e o controle social, são fundamentais ao exercício das agências reguladoras, pois é a partir delas que se afasta a possibilidade de colonização do poder político por interesses privados específicos (fenômeno da captura), protege-se mais e melhor os interesses difusos tutelados por estes órgãos e, principalmente, são estatuídos “canais de comunicação com a sociedade, sem os quais pereceria a atividade regulatória (MARQUES NETO, 2002, p. 209)”.

Obviamente que a autonomia dos órgãos reguladores não importa em eximi-los da fiscalização por parte do Legislativo. No caso do Brasil, nem se poderia falar disso, pois é da própria Constituição Federal que dimana o comando pelo qual incumbe ao parlamento fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo, nos termos do Art. 49, X. Além disso, o inciso V do mesmo dispositivo autoriza o

⁸ § 3º O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL.

⁹ Art. 19. As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços das indústrias de petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP.

¹⁰ Art. 68. As iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública.

¹¹ Art. 27. As iniciativas ou alterações de atos normativos que afetem direitos de agentes econômicos, inclusive de trabalhadores do setor ou de usuários de serviços aéreos, serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANAC.

Art. 28. Ressalvados os documentos e autos cuja divulgação possa violar a segurança do País, o segredo protegido ou a intimidade de alguém, todos os demais permanecerão abertos à consulta pública.

Congresso Nacional a “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”.

Moreira e Maçãs informam (2003, p. 38) que, embora este protocolo seja incipiente na Europa, nos Estados Unidos é muito utilizado por meio das comissões específicas do congresso americano em que as agências reguladoras a ele se apresentam e prestam os esclarecimentos demandados pelos representantes do povo.

Sobre este modelo de controle, Justen Filho o enquadra em molduras amplas, quase que ilimitadas, note-se:

O controle parlamentar pode versar, de modo ilimitado, sobre toda a atividade desempenhada pela agência, inclusive no tocante àquela prevista para realizar-se em épocas futuras – ressalvada a necessidade de sigilo em face das características da matéria regulada. Poderá questionar-se não apenas a gestão interna da agência, mas também se exigir a justificativa para as decisões de cunho regulatório. Caberá fiscalizar inclusive o processo administrativo que antecedeu a decisão regulatória produzida pela agência, com ampla exigência de informações sobre as justificativas técnico-científicas das opções adotadas (JUSTEN FILHO, 2002, p. 588).

É condição *sine qua non* para a fiscalização parlamentar das ações regulatórias das agências, que se institucionalizem processos formais de controle. Ausentes estas previsões, certamente o controle em comento resultará ineficaz diante da falta de correspondência prática e sistemática dos mecanismos de controle com a outorga da competência fiscalizatória pela própria Constituição Federal. Dito de outra forma, “a mera atribuição constitucional da competência fiscalizatória não se traduzirá num processo [...] permanente de acompanhamento dos atos das agências”, como bem aponta Marçal Justen Filho (2002, p. 588).

Presentes as estruturas necessárias para a fiscalização, haverá mais subsídios para que se diminua a possibilidade de ocorrerem desvios. Haja vista a potencial investigação e descoberta por parte do Legislativo.

O controle externo por parte dos tribunais de contas também adquire relevância no que pertine ao controle das agências reguladoras. Embora elas detenham poderes especiais no tocante principalmente à independência administrativa e financeira, não há que se cogitar em diferenciação entre o controle que os Tribunais de Contas realizam nos órgãos e entidades da Administração Pública e aquele realizado nas Agências Reguladoras. A competência deste órgão

de controle deflui da própria Constituição Federal e, portanto, nenhuma lei poderia limitá-la.

Da mesma forma, os atos das agências reguladoras também se sujeitam ao controle jurisdicional, uma vez que elas, como autarquias de regime especial, integram a Administração Pública e, em razão do disposto no Art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que insculpiu o princípio da inafastabilidade, nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ter sua apreciação retirada da seara de atuação do Judiciário brasileiro, respeitando-se, por óbvio, o mérito dos atos administrativos exarados de acordo com a margem de discricionariedade conferida ao administrador para que tome suas decisões de acordo com critérios de conveniência e oportunidade.

No controle jurisdicional que incide sobre os atos regulatórios, deve-se respeitar, a toda evidência, a competência das agências reguladoras no tocante ao poder normativo decorrente da deslegalização ou delegação legislativa. Ao regulador também foi conferido um campo de discricionariedade, principalmente no que atine a resoluções normativas de caráter eminentemente técnicas, que não pode sofrer intervenção do juiz, sobretudo quando faltam parâmetros objetivos de controle em relação aos atos do regulador.

A função normativa das agências reguladoras fica exposta ao controle jurisdicional quando, por exemplo, viola-se o quorum necessário para a edição de determinado ato em sede de decisão colegiada; quando se profere ato normativo cuja matéria se sujeita ao princípio da reserva legal; no momento em que o regulador interfere nas políticas públicas traçadas para o setor regulado ou extravasa de sua competência e dos limites (*standards*) fixados em lei. Nestes casos, é clara a necessidade de exercício do controle jurisdicional.

3.5.1 A Função Normativa

Pela função normativa que lhes foi outorgada, as agências reguladoras apresentam um campo de discricionariedade na regulação de condutas no setor ao qual cada uma está voltada ou, de maneira mais contundente, a elas são delegadas competências do legislativo no sentido de disciplinar certas questões. Aqui, surge o problema que a doutrina tem tratado, ligado à verificação de eventual incompatibilidade desta delegação de competências legislativas com o princípio da

legalidade, insculpido no Artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal da República, como observa Luís Roberto Barroso (2002, p. 306).

Neste sentido, o referido constitucionalista assevera que a rigidez do princípio da legalidade tem sofrido atenuações, ganhando da doutrina atual contornos mais sofisticados e mais compatíveis com a “nova distribuição de espaços de atuação entre os Poderes”, sobretudo diante da necessidade de dotar o aparato estatal de maior agilidade e conhecimentos técnicos especializados de acordo com as áreas reguladas, fatores que têm elevado o papel do Poder Executivo frente aos demais poderes do Estado. Assim, cumpre notar a diferença entre reserva absoluta e reserva relativa da lei e entre reserva formal ou material de lei, cujos conceitos são apresentados por Barroso (2002, p. 307):

Fala-se de reserva legal absoluta quando se exige do legislador que esgote o tratamento da matéria no relato da norma, sem deixar espaço remanescente para a atuação discricionária dos agentes públicos que vão aplicá-la. Será relativa a reserva legal quando se admitir a atuação subjetiva do aplicador da norma ao dar-lhe concreção. [...] Haverá reserva de lei formal quando determinada matéria só possa ser tratada por ato emanado do Poder Legislativo [...]. A Constituição contempla, de outra parte, atos normativos que, embora não emanados diretamente do Legislativo, têm força de lei. Dizem-se, assim, atos materialmente legislativos, gênero onde se situam espécies normativas como as medidas provisórias e as leis delegadas.

A construção destas novas noções, que desaguou na flexibilização do princípio da legalidade, não afasta a vedação à delegação total, em branco, de funções a outro poder que não seja o constitucionalmente competente para tanto. Assim, mesmo que se admita a possibilidade de se delegar poderes eminentemente legislativos às agências reguladoras, como ocorreu no caso das agências brasileiras, tal delegação deve ser parametrizada, seguindo diretrizes das quais não se pode afastar (BARROSO, 2002, p. 307). Sobre o tema, Bandeira de Mello (2004, p. 172) afirma que não há problemas maiores a serem resolvidos, uma vez que as decisões e orientações normativas emanadas das Agências Reguladoras deverão, inexoravelmente, restringir-se a aspectos estritamente técnicos.

Aragão (2000, p. 284) explica que o caráter unitário do aparato administrativo, inclusive quanto à regulação por meio do poder normativo, foi mitigado pelo surgimento dos ordenamentos específicos ou setoriais decorrente da atividade normativa das agências independentes. Segundo ele, em razão da complexidade e pluralidade da sociedade, a administração pública se dividiu e se

especializou a ponto de, “por imposições práticas, teoricamente elaboradas”, os órgãos fossem dotados de independência e autonomia.

Um dos argumentos utilizados é a necessidade de regulação técnica independente, direcionado o foco do problema do campo da filosofia política (legitimidade) ou da dogmática constitucional para a demanda por uma atividade regulatória eficiente, próxima tecnicamente da área regulada. Desta forma, a legitimidade decorreria da própria missão institucional das agências e da delegação de poder normativo.

As leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de propiciar o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente. Ademais, recomenda-se que propiciem à Administração a possibilidade de, na medida do possível, atuar consensualmente, com alguma margem de negociação, junto aos agentes econômicos e sociais implicados (ARAGÃO, 1998, p. 287).

Outro problema decorrente do poder normativo concedido às Agências Reguladoras brasileiras se liga ao déficit de legitimidade democrática. Isto porque estas autarquias apresentam uma roupagem especial. Suas decisões e normativas não se sujeitam ao controle ou à revisão da autoridade política eleita pelo sufrágio; outrossim, seus dirigentes gozam, via de regra, de estabilidade de cargo pelo período de 4 anos, projetando sempre a metade final de sua gestão para o mandato eletivo subsequente do mandatário político.

Outro elemento que se pode evocar na tentativa de outorgar legitimidade democrática às agências é a procedimentalização de seus atos e tomadas de decisão. Conforme ensina Willis Santiago Guerra Filho (2000, p. 21-23), a percepção da importância e a dedicação dos estudiosos no que atine ao prisma processual do Direito (que era visto, em verdade, dotado apenas de caráter subsidiário em relação às normas materiais) é recente. Esta importância, nas lições do referido professor (2000, p. 22), é “ênfaticamente influenciada pela doutrina ‘pura’ de Kelsen, quando propõe que se estude não só a estática jurídica [...], mas também a teoria dinâmica ocupada com a conduta regulada por essas normas, responsável pelo processo de aplicação [...] do Direito”. Guerra Filho também pontua a contribuição de Niklas Luhman, que afirma a legitimidade por meio do procedimento.

O fato é que, com a ereção de princípios jurídicos fundamentais – os quais passam a ser vistos como integrantes do ordenamento jurídico e não se confundem com as tradicionais regras que descrevem um fato, prescrevendo conduta e estabelecendo sanção – acentua-se a necessidade de se ter um procedimento, uma vez que, para aplicar os princípios, “a discussão gira menos em torno de fatos do que de valores, o que requer um cuidado muito maior para se chegar a uma decisão fundamentada objetivamente (GUERRA FILHO, 2000, p. 19)”.

Daí outorgar especial atenção à disciplina jurídica dos procedimentos para que se atinjam resultados aceitáveis¹². Quer-se enfatizar, com isso, que a concretização dos valores, agora também positivados como princípios na Carta Constitucional, dá-se pela “intermediação de procedimentos, para que se tomem decisões de acordo com eles”, tendo-se em mente, também, que os procedimentos devem ser fundados nestes mesmos valores conforme leciona Guerra Filho (2000, p. 31), que conclui: “o processo aparece, então, como resposta à exigência de racionalidade, que caracteriza o direito moderno”.

Neste sentido, as agências reguladoras independentes, para que possam atingir seu desiderato de atuar no sentido de regular os interesses muitas vezes conflitantes que estão presentes no seio da sociedade, devem estabelecer procedimentos bem delimitados de atuação e obedecê-los, conferindo-lhe legitimidade. Desta forma, poderão ser reputadas como estruturas que verdadeiramente surgiram com o intuito de republicar o agir político-estatal no campo da tomada de decisões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ideário neoliberal proposto por Hayek e Friedman pugna pela redução do papel interventivo do Estado a níveis mínimos. Para eles, o Estado só deve interferir na economia de mercado para garantir a livre concorrência, para proteger a propriedade privada e garantir a ordem jurídica garantindo o cumprimento dos contratos. Hayek, especificamente, formula sua teoria neoliberal com a intenção de estabelecer um contraponto aos coletivismos (nazismo, socialismo, fascismo) que

¹² Aqui, cabe lembrar que o processo “nada mais seria que um procedimento caracterizado pela presença do contraditório, isto é, no qual necessariamente deve-se buscar a participação daqueles cuja esfera jurídica pode vir a ser atingida pelo ato final desse procedimento (GUERRA FILHO, 1998, p. 15)”.

conduziriam a sociedade, inexoravelmente, para um regime totalitário. Qualquer tentativa de interferir na livre concorrência do mercado configuraria afronta à própria liberdade, uma vez que a liberdade política não existe em um ambiente em que a liberdade econômica é desacatada.

O neoliberalismo aloca a liberdade como o valor supremo em torno do qual todos os demais valores gravitariam. A própria democracia é vista como um instrumento para a realização da liberdade. Por outro lado, o pensamento neoliberal afirma que o único ambiente em que a democracia pode se desenvolver é no capitalismo, pois apenas na economia de mercado, formada por indivíduos livres, é que existe genuína liberdade. Qualquer tentativa estatal de planificação e direção da ordem econômica é reputada como uma forma de dominação e imposição de vontade por parte de uma minoria.

O ideal neoliberal prega ainda a formação de uma massa de desemprego constante para enfraquecer os sindicatos, uma política fiscal rígida com o corte de gastos públicos, a diminuição de tributos sobre os que possuem mais renda, estimulando a desigualdade (que é vista como consequência natural das diferentes habilidades e iniciativas dos homens livres). Nega qualquer interferência no mercado, inclusive por meio de políticas sociais e ações afirmativas e rechaça a responsabilidade social da empresa, pois a única responsabilidade desta é com a aferição de seus lucros.

Estes delineamentos neoliberais ganharam força a partir das crises do padrão monetário e do petróleo que se sucederam ao longo da década de 70 do século XX. Este ambiente de crise tornou-se terreno fértil para a aplicação das políticas neoliberais nas economias ocidentais e as transformações verificadas neste período expuseram as bases do Estado Moderno ao desgaste conceitual.

A noção de soberania absoluta do Estado no exercício do poder decisório foi superada, viabilizando-se a inserção do Estado no novo cenário político, econômico e social que se lhe apresentou, cujas economias nacionais não podem ser controladas autonomamente, de modo a ignorar a íntima interligação e interdependência entre as economias mundiais. Neste novo contexto, relativamente ao âmbito econômico, o poder decisório, exercido até então unicamente pelo Estado, é deslocado para os mercados econômicos e financeiros. Daí o surgimento dos organismos internacionais com estruturas próprias para coordenarem a economia como um todo, harmonizando as diferentes legislações, resolvendo os

conflitos comerciais, enfim, garantindo o funcionamento regular de uma economia globalizada. Soma-se a este viés econômico a afirmação dos direitos humanos como imperativos em todo o mundo, o que sujeitou a soberania estatal a documentos internacionais, como a carta da ONU de 1945 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

As transformações alinhavadas revelam também que a idéia de interesse público formada sobre a égide do Estado moderno, em que o poder decisório haveria de ser exercido de forma absoluta e concentrada, não se coaduna com o novo quadro social de pluralismos. A pretensa homogeneidade social desaparece diante da pulverização dos interesses, afastando-se a concepção de interesse público como algo único, abrangente e absoluto, e não se admitindo mais a prevalência de um destes interesses sobre os vários outros que podem ser notados na sociedade.

Os interesses muitas vezes conflitantes que brotam da sociedade fragmentada que veio a se formar não permitem que o Estado seja o detentor único da prerrogativa de dizer qual interesse deve prevalecer, de cima para baixo, insensível às diferentes demandas expostas. Nesta nova linha de agir, o Estado há de abrir o processo decisório para que os indivíduos dele façam parte, compondo os interesses diversos por meio do consenso.

O Estado brasileiro não ficou incólume às consequências da crise político-econômica. Consequentemente, enfrentou um processo de reforma estrutural ao longo dos anos 90 por meio do qual foram revistos seus papéis no tocante à intervenção estatal sobre o domínio econômico. Sai de cena o Estado que intervinha de forma direta por meio da realização de atividades econômicas e prestação de serviços e entra em vigor um Estado voltado à regulação do ambiente econômico por meio da fiscalização, incentivo e planejamento, nos termos do Art. 174 da Constituição Federal, além, é claro, dos casos excepcionais de monopólio estatal e exploração da atividade econômica em casos de relevância e segurança nacionais.

Para reformular suas estruturas administrativas dentro deste novo padrão e à luz do modelo democrático, o Estado deve passar por um processo de Republicização, visando a oferecer à sociedade maneiras de participar do processo decisório de forma plena, mediando os distintos interesses que se conflitam e implementando os interesses hipossuficientes e difusos. Nesta ótica, deve-se

impedir que interesses particulares capturem as estruturas políticas responsáveis pelo exercício do poder decisório, apropriando-se de bens e oportunidades que pertencem a todos.

As agências reguladoras independentes vêm atender à demanda social por uma nova postura do poder público, substituindo as estruturas ultrapassadas por outras que trazem em seu bojo caracteres de um Estado que busca se republicizar democraticamente. Isto é possível desde que elas possibilitem a participação dos distintos órgãos representativos de interesses públicos e, concomitantemente, promovam os interesses difusos, como o direito ao meio ambiente saudável, a livre concorrência dos mercados, o direito dos consumidores, etc.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir & GENTILI, Pablo (Org.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. In: **Revista de Informação Legislativa**, n. 148. Brasília: 1998.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras: constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, v.1, 2002.

_____. “A Ordem Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços”. In: BARROSSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional** (tomo II). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. “Apontamentos sobre as Agências Reguladoras”. In: MORAES, Alexandre de (Org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2000.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e desenvolvimento**. Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, v.1, 2005.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia Política**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6.ed., ver.ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A Reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília: Cadernos MARE da Reforma do Estado, 1997.

CARBAJALES, Mariano O. **El Estado regulador: hacia un nuevo modelo de estado**. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno: nascimento e crise do Estado Nacional**. Tradução de: Carlo Coccioli, Márcio Lauria; rev. trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e Liberdade**. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11.ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

_____. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição. In: **Revista de Informação Legislativa**, n. 137, Janeiro/Março, 1998.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação Econômica e Democracia: contexto e perspectivas na compreensão das agências de regulação no Brasil. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Regulação, Direito e Democracia**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Direito Administrativo Moderno**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MONCADA, Luis S. Cabral de. **Direito Administrativo em Evolução**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os Princípios Constitucionais da Atividade Econômica. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba, 2006. n. 45, p. 103-112.

MOREIRA, Vital. MAÇÃS, Fernanda. **Autoridades Reguladoras Independentes: estudo e projecto de lei-quadro**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. Barueri, SP: Manole, 2003.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**. Introdução ao Direito Econômico. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico**. São Paulo: Dialética, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. São Paulo: Malheiros: 2001.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito Constitucional Econômico: estado e normalização da economia**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

SILVA, Fernando Quadros da. **Agências Reguladoras: a sua independência e o princípio do Estado Democrático**. 1.ed.; 5.tir. Curitiba: Juruá, 2007.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. São Paulo: Axis Mundi: IBET, v.1, 2003.