

AGÊNCIAS REGULADORAS: ORIGENS, FUNDAMENTOS, DIREITO COMPARADO, PODER DE REGULAÇÃO E FUTURO

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy¹



globalização e avanço do neoliberalismo têm alterado substancialmente o sentido de soberania e do próprio conceito de Estado, o que provoca reflexos nos modelos de políticas públicas. Reformula-se o papel deste último, o Estado, que sofre ataques daqueles que o pretendem mínimo e miniaturizado, de modo que os princípios de um Direito Administrativo clássico passam por um tumultuado processo de reestruturação. Ainda bem.

Mudanças no perfil do Estado promovem alterações imediatas nas entidades e órgãos públicos, nos próprios agentes do poder, na natureza jurídica e operacional das Administrações direta e indireta, no controle dos atos da Administração, na essência dos atos administrativos, no conceito de bens públicos, na intervenção do Estado na propriedade, na responsabilidade civil do Estado, nos servidores públicos, para referência apenas do que é convencional e mais comum.

Transforma-se o Direito Administrativo, que passa a ser mais consensual, dado que nosso tempo questiona também o axioma da supremacia do interesse público em face do interesse privado, como reflexo do imaginário fracionamento dos interesses públicos em primários e secundários, a par do conteúdo da indisponibilidade dos mesmos; o Direito Administrativo tem que prever garantias para o administrado e não apenas para

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Consultor-Geral da União.

a Administração². Vivemos um tempo de mudanças.

A onda crescente de delegação de serviços públicos sugere iniciativa privada complementar a atividade do Estado. Desregulamentação e desburocratização anunciam este novo modelo, que pretende promover uma cidadania de usuários e de clientes. Migrações conceituais emergem quando se analisam as agências regulamentadoras independentes. Em linhas gerais, quanto às agências reguladoras, já se explicou que

A trajetória existencial das agências reguladoras no Brasil tem sido muito peculiar. Em pouco mais de doze anos, sucederam-se concepções distintas e opostas relativamente ao instituto. Na etapa inicial, as agências foram criadas como parte de uma política pública orientada a captar investimentos estrangeiros. Seguindo as orientações de instituições financeiras internacionais, o governo brasileiro instituiu as agências reguladoras para a regulação de setores econômicos cuja expansão era indispensável e que dependiam de investidores estrangeiros. Assim, não foi casual que as primeiras agências reguladoras 'modernas' fossem criadas nos setores de energia elétrica, petróleo e telecomunicações. (...) ³.

As agências reguladoras prestam-se - - ordinariamente - - para fomentar a regulamentação do mercado, com vistas a impedir o abuso das empresas, com o objetivo de garantir excelência e padrões de qualidade. De modo a realizar seus fins, as agências exercem independência de ação, para que possam definir políticas e estratégias setorializadas.

² Conferir, por todos, Gustavo Binenbojm, *Uma Teoria do Direito Administrativo- Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

³ Marçal Justen Filho, Prefácio, in Leila Cuéllar, *Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras*, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

O modelo foi concebido originariamente pelo direito norte-americano, no qual as agências independentes (*independent agencies*) regulamentam ostensivamente inúmeros aspectos do modelo administrativo. Exemplifico com assuntos de transportes, alimentação e remédios. Tem-se atuação formal e informal, sob mais próxima orientação de princípios que norteiam o poder executivo naquele país. Centra-se na ideia de eficiência, o que torna o direito um conjunto normativo auxiliar do desenvolvimento econômico. A inadequação do Estado de feição tradicional suscitou por parte do direito administrativo brasileiro alguma assimilação e adaptação das agências norte-americanas, com a criação por lei de similares nacionais.

A criação dessas agências radica em nova concepção de Estado, de modo que a autonomia a elas outorgada decorre de tentativas de obtenção de eficiência na gestão da coisa pública. Por isso,

A crise fiscal do Estado impõe a retomada do equilíbrio orçamentário pela via da contenção do déficit público, forçando uma reengenharia. Não se trata de cancelar investimentos, remunerar mal serviços e servidores e não honrar a dívida pública. A questão está na qualidade (e não quantidade) do gasto, mudando o modelo de desempenho (gestão), de acordo com um planejamento⁴.

Efetivamente, a regulação que enseja a proliferação das aludidas agências, para alguns, seria mecanismo de diminuição do Estado, de desestatização, e de sobrevivência. De tal modo,

Com a transferência de funções de utilidade pública, do setor público para o privado, pela via de contratos de concessão, o objetivo da função regulatória é fazer essa transferência interessante para as três partes envolvidas – concedente, con-

⁴ Marcos Jurena Villela Souto, *Agências Reguladoras*, artigo in Revista Tributária e de Finanças Públicas, n. 33, julho/agosto de 2000, p. 153.

cessionário e usuário. Para tornar o serviço acessível ao usuário e remunerar os elevados investimentos, é preciso diluir a cobrança das tarifas em contratos de longo prazo. Ocorre que, raramente, os contratantes terão capacidade de, no momento da negociação ou da estipulação das condições e obrigações, conhecerem e prevenirem todas as situações que podem ocorrer no futuro. Isso realça o papel do agente regulador, que deve buscar interpretar, de forma isenta, os princípios que orientaram a celebração do contrato, para propor soluções através da mediação, e em caso de insucesso, da arbitragem⁵.

Percebe-se relação entre as agências regulamentadoras e as emendas constitucionais que flexibilizaram o conteúdo originário que plasmava a hipertrofia do Estado brasileiro. Alterações no monopólio estatal da distribuição do gás (Emenda 5), nas telecomunicações (Emenda 8), na produção do petróleo (Emenda 9), entre outras, decorrentes de pressões para readequação do Estado em face do processo de globalização, é que justificariam concretamente a opção por essas agências. Também, as referidas emendas são sintomas de fórmulas de reduções de estatais, e assim,

Embora as denominadas estatais tenham florescido amplamente em décadas passadas, verificou-se que muitos dos objetivos para os quais haviam sido engendradas simplesmente não foram alcançados. Ademais, tornaram-se muitas delas, máquinas pesadas na estrutura estatal, reconhecendo-se em muitas um foco novo de corrupção. Foi assim que na década de 80 iniciou-se, ainda que lentamente, um movimento inverso, procurando afastar o Estado do setor privado. Isto ocorreu com a

⁵ Marcos Jurena Villela Souto, cit., p. 157.

*alienação das estatais para a iniciativa privada, com a quebra ou flexibilização de monopólios estatais e com a concessão e permissão de serviços públicos. Daí falar em privatização, desestatização e desregulamentação*⁶.

O modelo das agências reguladoras radica no Direito Administrativo norte-americano, que reflete tendência que defende um Estado minimalista. Passada a ampliação do intervencionismo estatal que marcou o governo de Franklin Delano Roosevelt e seu plano, o *New Deal*, assim como a presidência de Lyndon Johnson e seu programa, o *Great Society*, o minimalismo informa tanto administrações democráticas (Bill Clinton, Barack Obama, embora um pouco menos), quanto republicanas (Ronald Reagan, George Bush e George W. Bush).

Modelo ortodoxo ditou as fases pretéritas da administração pública norte-americana. O gerenciamento científico (*scientific management*), baseado nos estudos de Woodrow Wilson e de Frederick Taylor, cedeu à reinvenção dos procedimentos burocráticos, colocando-se a eficiência como paradigma maior. Instrumentalismo e utilitarismo qualificam objetivos, promovendo maior quantidade de regulamentação e serviços pelo menor custo. Essa é a nova perspectiva, e que adotamos.

O pragmatismo norte-americano identifica no Direito Administrativo o estudo das normas que orientam agências governamentais (*administrative agencies*) e funcionários públicos (*officials*). No contexto norte-americano agência pública é todo órgão governamental que não seja militar e que não pertença ao Poder Judiciário ou ao Poder Legislativo. A agência pública é a concretização do Poder Executivo, onde se encontra.

Ela pode orientar-se para a regulamentação da vida pública (transporte, alimentos, remédios) ou para a assistência

⁶ André Ramos Tavares, *Direito Constitucional Econômico*, São Paulo: Método, 2003, pp. 323 e 324.

social, ocupando-se com veteranos, idosos, deficientes. No primeiro caso são agências reguladoras (*regulatory agencies*) e no segundo exemplo são agências de assistência (*social welfare agencies*). Agências envolvem-se com tributação (*Internal Revenue Service*), com mercado financeiro (*Securities and Exchange Commission*), com comércio interestadual (*Interstate Commerce Commission*), com comunicações (Federal Communications Commission), com relações trabalhistas (*The National Labor Relations Board*), com segurança social (*Social Security Administration*).

Nos Estados Unidos agências públicas têm poderes para fazer e impor regras, assim como para resolver disputas. Brotam do executivo como órgãos híbridos, poliformes, com competências de regulamentação, imposição e resolução. Coexistem funções legislativas (*rulemaking*) e adjudicatórias (*adjudication*), que se complementam efetivamente.

Agências federais vinculam-se ao Poder Executivo (*executive branch*) quando dependem de secretaria ou são independentes (*independent agencies*), quando coordenadas por grupo diretivo não governamental (*board*).

Ainda nos Estados Unidos as agências públicas legislam formal e informalmente; essa última modalidade é a mais comum. A agência legisla informalmente ao noticiar o que pretende regulamentar, recebendo comentários de interessados, e exercendo discricionariedade na produção da regra relativa à matéria anunciada.

O procedimento é regulamentado por lei, de modo que a atividade legislativa das agências encontra contornos desenhados pela especificidade do serviço. Regulamentos fazem as pessoas felizes ou tristes, como escreveu um administrativista norte-americano⁷; e a imagem parece identificar plenamente

⁷ William F. Fox, Jr., *Understanding Administrative Law*, New York: Matthew Bender, 1986, p. 123. Tradução e adaptação livre minha (...) *it is the substance of agency rules that make people happy or sad.*

embates que há, a propósito do poder regulamentar das agências.

Elogia-se o modelo porque regulamentação geral por parte das agências do governo poderia ser mais eficiente do que o casuísmo que marcaria a ação administrativa não generalizada. A notícia pública permitiria oportunidade para que a pessoa atingida pela regra fosse ouvida e pudesse opinar, em que pese a discricionariedade da agência regulamentadora.

A agência governamental deteria o *know-how* que o legislador geral não tem, o *savoir-faire* que falta a quem sobre todos os assuntos se pronuncia, por suposta falta de especialização e de conhecimento do problema. Trata-se exatamente do caso que se avalia, isto é, precedido de audiência pública, e de ampla discussão, e do conhecimento que a agência detém.

Nos Estados Unidos há salvaguardas para abuso e arbitrariedade na regulamentação, dados o *judicial review* e o controle do legislativo. O Congresso norte-americano reservou-se o direito de exigir em certos casos formalidade por parte das agências, que devem ouvir testemunhas e coletar provas no procedimento de formulação de regras. Pode haver também requerimento popular para produção de norma administrativa, porém a agência não se obriga a atender ao pedido.

As agências reguladoras norte-americanas também exercem funções julgadoras (*adjudicatories*). Detém poder de determinar direitos e obrigações de particulares com base na aplicação dos regulamentos a caso específico. Segundo autor norte-americano:

A moderna administração, a par de autoridade para promulgar regulamentos de aplicabilidade geral, está investida com significativos poderes de decisão em casos que afetam pessoas particulares. Isso é verdade nos Estados Unidos e na Inglaterra. De um ponto de vista qualitativo, de fato, a autoridade julgadora das agências adminis-

*trativas norte-americanas tem um impacto ainda maior do que o da autoridade das cortes de justiça*⁸.

Tecnicamente, decisões administrativas encetam ordens para partes específicas, em casos concretos, e produzem precedentes a guiarem provimentos futuros, de forma generalizada. Porém, como as decisões não são regularmente publicadas percebe-se certa relatividade no uso do precedente, do *full stare decisis*. Assim, administrando, legislando e julgando, as agências públicas norte-americanas exercem os três poderes.

A função administrativa é intrínseca às agências na taxionomia de Montesquieu, adotada pelos *founding fathers* do modelo norte-americano. A função legislativa insinua delegação do legislativo. É que muitas agências operam de acordo com leis que lhes conferem poderes legislativos para formulação de regras que controlam comportamentos privados. Exatamente o que temos hoje no Brasil.

A agência reguladora, do modo como foi concebida no direito brasileiro, é função do interesse público na busca da eficiência da administração. A busca do interesse público, em todas essas dimensões, é uma obrigação da Administração. Deveria orientar a produção normativa do Poder Legislativo. Deveria fixar os parâmetros da ação e dos projetos do Poder Executivo. É o referencial para toda a atuação do Poder Judiciário.

O conceito é indefinido, do ponto de vista linguístico, nas variáveis de dicionários de equivalência. Mas é percepção de

⁸ Bernard Schwartz, *An Introduction to American Administrative Law*, London: Pitman and Sons, 1962, p. 76. Tradução e adaptação livre minha. Modern administration, in addition to its authority to promulgate rules and regulations of general applicability, is vested with significant powers of decision in cases affecting particular persons. This is as true in the United States as it is in Britain. From a quantitative point of view, indeed, the adjudicatory authority of American administrative agencies has an even greater impact than the authority of the courts.

ampla inspiração democrática, de balizamento para a eficiência da Administração. Transita no tempo. Mas permanece, intuitivamente, pelo menos, como advertência para o que não se pode fazer. Vincula-se, ainda, à ideia de eficiência.

É nesse sentido que a concepção de eficiência tem recorrentemente informado o modelo administrativo brasileiro, pelo menos recentemente, especialmente com Luís Carlos Bresser Pereira⁹, e com a tese de que se deve controlar resultados, e não procedimentos, inaugurando-se novo balizamento de marcos regulatórios. A Emenda Constitucional nº 19, vinculada à reforma administrativa, de 4 de junho de 1998, alterou a redação do art. 37 da Constituição de 1988, elencando o princípio da eficiência entre os demais referenciais que informam a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O poder normativo das agências suscita discussões em torno do princípio da reserva legal; no entanto, *não se pode negar a necessidade de edição de diplomas normativos pelas agências reguladoras, para que possam cumprir adequadamente as suas atribuições*¹⁰. Tem-se por axiomático que (...) *o princípio da legalidade impõe a fiel execução das leis e a impossibilidade de o regulamento inovar no Direito Brasileiro*¹¹.

À regulação, por meio das agências, imputam-se três funções. Nos termos de autora que avaliou substancialmente o poder normativo das agências reguladoras, com base em Tony Prosser, verifica-se que há três tarefas implícitas no poder regulatório:

A primeira seria a regulação de monopólios (regulating monopoly), a fim de atenuar o efeito

⁹ Luiz Carlos Bresser Pereira, *Reforma do Estado para a Cidadania- A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional*. São Paulo e Brasília: Ed. 34 e ENAP, 2002.

¹⁰ Leila Cuéllar, *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*, São Paulo: Dialética, 2001, p. 16.

¹¹ Leila Cuéllar, cit., p. 45.

das forças do mercado, através de controles de preço e da qualidade do serviço. A segunda, regulação para competição (regulation for competition), visaria a criar condições para existência e manutenção da concorrência. Já a terceira função, a regulação social (social regulation), não possuiria objetivo primariamente econômico, mas estaria vinculada à viabilização da prestação de serviços público de caráter universal e à proteção do meio ambiente¹².

As agências reguladoras surgiram num contexto de reforma do Estado, enfatizando-se um papel fundamentalmente regulador para este último, isto é,

(...) com a adoção de medidas para diminuição da atuação estatal no domínio econômico, enfatiza-se o papel regulador do Estado em relação às atividades desempenhadas por particulares e surgem as agências reguladora. Assim, a função das agências reguladoras (...) é disciplinar e controlar certas atividades, que podem consistir em serviços públicos propriamente ditos (serviços relacionados com a energia elétrica e telecomunicações, por exemplo), atividades que podem ser desempenhadas pelo Estado e também por particulares, no exercício da livre iniciativa (como os serviços de saúde), atividades cuja realização pelos particulares decorre de contrato com o Estado (é o caso da exploração da indústria do petróleo, atividade sob regime de monopólio estatal¹³.

O regulamento não pode transcender o conteúdo do que lhe reserva a lei, embora, bem entendido, a poder normativo das agências não possa se materializar tão somente por meras

¹² Leila Cuéllar, cit., p. 54.

¹³ Leila Cuéllar, cit., p. 64.

repetições de textos legais já existentes. Consequentemente,

A lei determinará os padrões para a atuação administrativo-normativa regulamentar. Isso não significa que os regulamentos sejam só e tão-somente de execução. De um lado, a lei pode outorgar a capacidade normativa autônoma às autoridades administrativas (...) De outro, a previsão normativa anterior pode ser ampla o suficiente para que a autoridade administrativa crie e gere previsões inéditas, porém submissas ao 'espírito' da lei¹⁴.

A leitura das disposições constitucionais relativas ao poder normativo das agências exige que se confira força normativa concreta à Constituição (*Die Normative Kraft der Verfassung*)¹⁵. E deve o intérprete transcender às regras constitucionais de nomoestática, isto é, regras de forma, aplicando, com exatidão, as diferenças entre regras relativas a criação de regras e regras de conduta propriamente ditas¹⁶.

A função que o modelo presente reserva às agências reguladoras exige compreensão solene dos resultados que o texto constitucional busca. Deve-se afastar de uma leitura hierática, aproximando-se de um contexto valorativo que aponte para saídas práticas em face de problemas concretos. Como consequência,

Em razão do momento histórico atual, assim como da evolução econômica, social, cultural e constitucional, é necessário que se proceda à revisão de enfoques tradicionais a respeito da Constituição e dos princípios constitucionais. Assim, é

¹⁴ Leila Cuéllar, cit., p. 125.

¹⁵ Cf. Konrad Hesse, *A Força Normativa da Constituição*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. Tradução do alemão para o português de Gilmar Ferreira Mendes.

¹⁶ Cf. Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, New Jersey: Lawbook Exchange, 2005, p. 5. Tradução do alemão para o inglês de Max Knight.

*preciso que se supere a análise que vem sendo desenvolvida por parte da doutrina acerca da possibilidade ou não de emissão de regulamentos autônomos no Direito Brasileiro. Deve-se construir uma teoria do regulamento autônomo brasileiro, buscando-se, principalmente, elaborar regras que permitam seu uso e vedem o abuso (...)*¹⁷.

Ainda que não se admita o poder de edição de decreto regulamentador autônomo, por parte das agências, dado que o comando constitucional já afasta a edição de regulamentos por agentes reguladores¹⁸, deve-se admitir uma diferenciação entre função regulamentar e função regulatória. De tal modo,

*Ainda que os limites e condições impostos à edição de 'regulamentos autônomos' se apliquem integralmente às normas regulatórias, não que se confundir ambas as espécies de atos normativos; o regulamento, autônomo ou não, é emanado de autoridade política, sem compromisso de neutralidade; a norma regulatória (...) traça conceitos técnicos, despidos de valoração política (que deve estar contida na norma a ser implementada); deve ser equidistante dos interesses em jogo, resultando de uma ponderação entre os custos e os benefícios envolvidos (daí deve ser necessariamente motivada e editada, preferencialmente, por agente 'independente', i.e., protegido contra pressões políticas)*¹⁹.

É fato que a Administração deve regulamentar; isto é, há quase uma unanimidade da doutrina no sentido de concluir que durante o século XX o Poder Executivo teve suas atribuições ampliadas para poder dar conta das demandas que surgi-

¹⁷ Leila Cuéllar, cit., p. 142.

¹⁸ Marcos Juruena Villela Souto, *Direito Administrativo Regulatório*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 26.

¹⁹ Marcos Juruena Villela Souto, cit., p. 28.

*ram não só com as grandes guerras como também com todas as questões que envolveram os mercados mundiais e as finanças públicas*²⁰.

Por outro lado, registre-se, é com base em linha de pensamento que radica em Celso Antonio Bandeira de Mello que há parte considerável de autores que negue peremptoriamente o poder regulamentador das agências. Assim,

*a alusão a órgãos reguladores no texto constitucional somente pode-se entender como uma função de traçar parâmetros, submetidos à lei, inclusive constitucional, na área de sua atuação (...) não há lugar para, a exemplo do direito norte-americano, uma verdadeira e originária produção normativa*²¹.

E no entender do mesmo autor,

*o alargamento da função regulamentar no Brasil, ao longo de sua história, acabou estrangulando a atividade legislativa e, com ela, trouxe maiores riscos à democracia*²².

E assim, no entendimento do professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,

O verdadeiro problema com as agências reguladoras é o de se saber o que e até onde podem regular algo sem estar, com isto, invadindo competência legislativa. Em linha de princípio a resposta não é difícil. Dado o princípio constitucional da legalidade, e conseqüente vedação a que atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica (...), resulta claro que as determinações normativas ad-

²⁰ Maria D'Assunção Costa Menezello, *Agências Reguladoras e Direito Brasileiro*, São Paulo: Atlas, 2002, p. 99.

²¹ Marcelo Figueiredo, *As Agências Reguladoras- O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua Atividade Normativa*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 307.

²² Marcelo Figueiredo, cit., loc.cit.

*vindas de tais entidades não de se cifrar a aspectos estritamente técnicos, que estes, sim, podem, na forma da lei, provir as providências subalternas (...) ao tratar dos regulamentos*²³.

Porém, há também apelo muito forte para o novo, como se constata do excerto que segue:

Vivemos (...) um período fértil à reprodução das agências. Sua existência, como entidades independentes, traz consigo um punhado de problemas relevantes, tais como o da delegação legislativa e o da invasão de territorialidades institucionais, além de várias questões ligadas à legitimidade política, no que se refere a sua competência delegada, e de legitimidade substantiva, no que se refere a seus procedimentos internos, principalmente aqueles de natureza quase judiciária. No momento em que se fala no controle das agências, na regulação do regulador, dificilmente encontraremos soluções, se desejarmos que o modelo seja permanente, que prescindam da emergência de um novo direito administrativo, especificamente voltado para o território da regulação, no bojo do qual se garanta a supervisão política – e, portanto, a devida legitimidade frente ao soberano delegante, o eleitor – por parte de comissão especial do Congresso e que possa prever, explícita e cristalinamente, a obediência de princípios diante da agenda política vencedora, além de materializar certo grau de judicialização dos processos internos às agências, garantindo sua transparência, publicidade e processo devido. Claro, a multiplicação de agências e seu espraiamento para novas áreas distantes das origi-

²³ Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 172.

*nais, as privatizadas, pode dilapidar a elegância e a parcimônia do modelo*²⁴.

Leitura avançada e prospectiva em favor do papel das agências reguladoras dá-nos conta de que

*(...) a atribuição de poder-dever normativo às agências independentes é inerente ao seu papel regulador (...) não se regula sem competência normativa (...) quanto à isso não há controvérsia alguma: esta se instala quando do debate a propósito dos limites materiais dessa competência essencial à regulação*²⁵.

Não se trata de se introduzir simplesmente um modelo jurídico de direito estrangeiro no Brasil, sem maiores reflexões. Deve-se tomar precauções com a advertência prévia e fundamental do *trobriand cricket*, conceito e imagem introduzidos no Brasil na magistral obra de Marçal Justen Filho²⁶, e que

²⁴ Edson de Oliveira Nunes, André Magalhães Nogueira, Cátia Couto da Costa, Helenice Vieira de Andrade e Leandro Molhano Ribeiro, cit., p. 19.

²⁵ Leila Cuéllar, *Introdução às Agências Reguladoras*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 57.

²⁶ *A pura e simples introdução em nosso sistema de sofisticados institutos, gerados num ambiente cultural estrangeiro ao longo de séculos, pode desembocar no fenômeno diagnosticado pelo antropólogos como 'Trobriand Cricket'. A expressão deriva do título de um famoso documentário, rodado em 1974 por Jerry W. Leach e Gary Kildea, e que obteve enorme sucesso em todo o mundo. No início do século XX, missionários ingleses chegaram às Ilhas Trobriand, em Papua-Nova Guiné. Ficaram chocados com alguns dos hábitos dos nativos, especialmente com os seguidos e sangrentos combates entre os moradores de ilhas diversas. Como forma de canalizar positivamente as divergências, resolveram introduzir a prática do críquete, esporte britânico de grande formalismo e tradição. Em 1974, o documentário revelou a nova realidade das Ilhas Trobriand. O críquete tinha sido objeto de um processo de aculturação marcante. Em primeiro lugar, eliminou-se o número máximo de jogadores. Todos os habitantes da ilha participavam do jogo. A disputa era precedida e acompanhada de danças e cantos rituais, com os jogadores portando pinturas de guerra. Adotou-se a regra de que a equipe do local em que se realizava o confronto era sempre a*

recomendam uma atitude de muita cautela para com uma mera fixação, no Brasil, de modelo normativo típico do direito norte-americano.

Trata-se de problema clássico do direito comparado, e que nos remete ao significado das transposições normativas, a exemplo do que vivemos com as medidas provisórias (oriundas da Itália) e com o *amicus curiae* (que tem origem nos Estados Unidos da América).

Há quem tenha percebido no poder normativo das agências reguladoras um indício de *deslegalização* (Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Marcos Juruena Vilela Souto e Alexandre Santos do Aragão)²⁷. Para Professora da Universidade de São Paulo,

A deslegalização, também denominada deslegifização, vem ocupando, em escala significativa, a doutrina e a legislação italianas a partir de 1990. Por isso, grande parte da literatura da matéria tem autoria italiana. (...) Aventa-se também um sentido mais amplo de deslegalização, para abranger tanto as reservas de matérias para a fonte regulamentar, quanto a atribuição de poderes normativos a entes

vencedora. Os árbitros passavam a ser os feiticeiros da tribo local, os quais lançavam, enquanto a disputa corria, encantamentos para destruir os adversários. A expressão Trobriand Cricket passou a ser utilizada, no âmbito da antropologia, para designar o fenômeno da transformação a que uma cultura menos desenvolvida impõe a instituições altamente sofisticadas, oriundas de um ambiente externo. O resultado, usualmente, é um processo folclórico e delirante, em que o fenômeno externo é transformado e institucionalizado pela comunidade menos desenvolvida em termos absolutamente incontroláveis e imprevisíveis. A introdução no Brasil do instituto das agências reguladoras, realizada de modo impensado, apressado e prepotente, pode produzir um fenômeno assemelhado ao Trobriand Cricket (...). Marçal Justen Filho, O Direito das Agências Reguladoras Independentes, São Paulo: Dialética, 2002, p. 287.

²⁷ Cf. Odete Medauar, *O Direito Administrativo em Evolução*, São Paulo: RT, 2003, p. 251.

*territoriais ou agências reguladoras (denominadas na Europa de autoridades independentes)*²⁸.

Há registros de preocupações dando conta de certo déficit democrático que rondaria a produção normativa das agências reguladoras²⁹, nada obstante o reconhecimento de que há objetivamente previsão para ampla titularidade de competência regulamentar³⁰, com definitividade de decisões em âmbito próprio³¹, dada a impossibilidade de a lei pormenorizar todo o campo normativo que se deseja alcançar³². Não se pode perder de vista que a regulação é, antes de tudo, um processo político³³, que (...) *representa uma prerrogativa de direito público, pois que o conferido aos órgãos tem incumbência de gestão de interesses públicos*³⁴.

Os limites deste necessário poder normativo dão os contornos do verdadeiro nó górdio que a questão nos coloca, e que nossa maturidade política, a ser aferida pelo Judiciário, parece sugerir.

Há, também, projeto de lei que se desdobra no Congresso Nacional (PL 3337/2004) que dispõe sobre gestão, organização e controle social das Agências Reguladoras. No referido proje-

²⁸ Odete Medauar, cit., pp. 250-251.

²⁹ Cf. Alexandre Santos de Aragão, *A Legitimação Democrática das Agências Reguladoras*, in Gustavo Binenbojm, *Agências Reguladoras e Democracia*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

³⁰ Cf. Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 557.

³¹ Cf. Edmir Netto de Araújo, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 172.

³² Cf. Sérgio Guerra, *Discrecionabilidade Técnica e Agências Reguladoras*, in Fábio Medina Osório e Marcos Juruena Villela Souto, *Direito Administrativo- estudos em Homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 869.

³³ Cf. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do Direito Público*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 387.

³⁴ José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 47.

to tem-se artigo que indica as regências alcançadas pelo texto de lei que se pretende aprovar, nomeadamente, a ANEEL, a ANP, a ANATEL, a ANVISA, a ANS, a ANA, a ANTAQ, a ANTT e a ANCINE.

Inovações há quanto ao regime de prestações de contas e controle social das agências reguladoras. Estas deverão, se aprovada a lei, entre outros, elaborar relatório anual circunstanciado de suas atividades, nele destacando o cumprimento da política do setor definida pelo legislativo e pelo executivo.

Deverão também firmar contrato de gestão e desempenho com o ministério que estiverem vinculadas; referido contrato deverá ser submetido à apreciação, para fins de aprovação, do conselho de política setorial da respectiva área de atuação da agência ou a uma das câmaras de conselho do Governo, na forma a ser disposta em regulamento.

Cada uma das agências deverá contar com um ouvidor, que seria nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos, admitida recondução. Há também previsão para intenso regime de interação entre a agência reguladora e o respectivo órgão de defesa e concorrência, bem como entre as agências reguladoras e órgãos de regulação estaduais, do Distrito Federal e municipais.

Assim, o futuro das agências reguladoras depende, entre outros, de discussões que se travam no Congresso Nacional. Discute-se, no âmbito, que tipo de Estado queremos. E é justamente esse o nó górdio que precisa ser desatado.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aragão, Alexandre Santos de, *A Legitimação Democrática das Agências Reguladoras*, in Gustavo Binenbojm, *Agências Reguladoras e Democracia*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.
- Araújo, Edmir Netto de, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2007.
- Bandeira de Mello, Celso Antonio, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2008.
- Binenbojum, Gustavo, *Uma Teoria do Direito Administrativo- Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- Bresser Pereira, Luiz Carlos, *Reforma do Estado para a Cidadania- A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional*. São Paulo e Brasília: Ed. 34 e ENAP, 2002.
- Carvalho Filho, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.
- Cuéllar, Leila, *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*, São Paulo: Dialética, 2001.
- Cuéllar, Leila, *Introdução às Agências Reguladoras*, Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- Figueiredo, Marcelo, *As Agências Reguladoras- O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua Atividade Normativa*, São Paulo: Malheiros, 2005.
- Fox Jr., William F., *Understanding Administrative Law*, New York: Matthew Bender, 1986.
- Guerra, Sérgio, *Discricionariedade Técnica e Agências Reguladoras*, in Fábio Medina Osório e Marcos Juruena Villela Souto, *Direito Administrativo- estudos em Homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.
- Hesse, Konrad, *A Força Normativa da Constituição*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. Tradução do ale-

- mão para o português de Gilmar Ferreira Mendes.
- Justen Filho, Marçal Prefácio, in Leila Cuéllar, *Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras*, Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- Justen Filho, Marçal, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, São Paulo: Dialética, 2002.
- Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law*, New Jersey: Lawbook Exchange, 2005. Tradução do alemão para o inglês de Max Knight.
- Marçal Justen Filho, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2008.
- Medauar, Odete, *O Direito Administrativo em Evolução*, São Paulo: RT, 2003.
- Menezello, Maria D'Assunção Costa, *Agências Reguladoras e Direito Brasileiro*, São Paulo: Atlas, 2002.
- Moreira Neto, Diogo de Figueiredo, *Mutações do Direito Público*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- Schwartz, Bernard, *An Introduction to American Administrative Law*, London: Pitman and Sons, 1962.
- Souto, Marcos Juruena Villela *Agências Reguladoras*, artigo in *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, n. 33, julho/agosto de 2000.
- Souto, Marcos Juruena Villela, *Direito Administrativo Regulatório*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.
- Tavares. André Ramos, *Direito Constitucional Econômico*, São Paulo: Método, 2003.