

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO**

Alexsander Siebeneichler Henze

**A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA: AS AGÊNCIAS
REGULADORAS**

**Porto Alegre
2013**

ALEXSANDER SIEBENEICHLER HENZE

**A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA: AS AGÊNCIAS
REGULADORAS**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Ricardo Antônio Lucas Camargo

**Porto Alegre
2013**

ALEXSANDER SIEBENEICHLER HENZE

**A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA: AS AGÊNCIAS
REGULADORAS**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel.

Aprovada em 16 de dezembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA:

Orientador Professor Doutor Ricardo Antônio Lucas Camargo

Professor Doutor Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Professor Doutor Francisco Rossal de Araújo

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Ricardo Antônio Lucas Camargo, orientador do presente trabalho, pela paciência e dedicação que me disponibilizou quando preciso.

Agradeço também aos meus pais, por terem sempre incentivado meus estudos e propiciado toda a estrutura necessária à minha formação.

Agradeço, por fim, aos meus amigos, pelo companheirismo e apoio dado ao longo da graduação.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar a nova forma de intervenção do Estado no domínio econômico por meio das agências reguladoras. A regulação pode ser definida como o conjunto de técnicas utilizadas pelo Estado para intervir no campo econômico de forma contínua, almejando corrigir as falhas dos mercados, tendo em vista o interesse público e os objetivos fundamentais da República do Brasil positivados na Constituição Federal de 1988. No Brasil, o modelo de Estado regulador surgiu na década de 1990, quando, diante da falência do Estado-empresário, buscaram-se instrumentos de atuação mais eficientes do poder público na atividade econômica. Desse modo, foram recepcionadas no Brasil, tendo como base o Direito norte-americano, as agências reguladoras, as quais podem ser definidas como autarquias especiais, as quais dispõem de ampla autonomia administrativa, política e financeira, destinadas a regular determinado setor de sua competência da economia.

Palavras-chave: Intervenção estatal, ordem econômica, direitos humanos, legitimidade, regulação, agências reguladoras.

ABSTRACT

The objective of this paper is to analyze the new form of state intervention in the economic domain by regulatory agencies. The regulation can be defined as the set of techniques used by the State to intervene in the economic field continuously, aiming to correct market failures, considering the public interest and the fundamental objectives of the República Federativa do Brasil. In Brazil, the regulatory state emerged in the 1990s when, facing the failure of the State-entrepreneur, new forms of more efficient performance in the economic activities were needed. Thus, were receptioned in Brazil, based in the American law, the regulatory agencies, which may be defined as special public entity that have broad administrative and financial autonomy, intended to regulate certain sector of competence the economy.

Palavras-chave: State Intervention, economic order, human rights, legitimacy, regulation, regulatory agencies

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL	10
1.1. CONCEITO DE ORDEM ECONÔMICA.....	10
1.2. DA ORDEM ECONÔMICA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS...	11
1.3. DA ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	17
2. O ESTADO REGULADOR	24
2.1. DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA.....	24
2.2. DA REGULAÇÃO ECONÔMICA.....	27
2.3. FINALIDADE DA REGULAÇÃO.....	31
2.4. ORIGENS DA REGULAÇÃO	36
3. AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	41
3.1. A REFORMA ECONÔMICA DO ESTADO BRASILEIRO	41
3.2. AGÊNCIAS REGULADORAS	47
3.3. A AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	51
3.4. PODER NORMATIVO.....	56
4. CONCLUSÃO	63
5. BIBLIOGRAFIA	66
6. LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA CONSULTADAS	74

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa traçar um panorama sobre a inserção e legitimidade das agências reguladoras como agentes de intervenção do Estado no domínio econômico.

Como será demonstrado, a partir do final do século XX, o Brasil, seguindo uma tendência mundial surgida nos Estados Unidos e no Reino Unido, realizou uma mudança em seu ordenamento jurídico e institucional a fim de reduzir a atuação direta do Estado na ordem econômica. A reforma gerencial, promovida pelo ex-ministro da Reforma do Estado Luiz Carlos Bresser Pereira, reformulou o papel do Estado brasileiro quanto sua capacidade intervenção na ordem econômica, o qual passou a atuar principalmente de forma indireta.

Durante a década de 90, por meio de instrumentos como a privatização, a concessão, a permissão e a autorização, parcerias público-privadas e terceirizações, foram inseridos no mercado brasileiro um elevado número de agentes privados a qual passaram a exercer o controle e explorar atividades econômicas que, anteriormente à reforma administrativa e econômica, eram exploradas pelo poder público por meio de suas empresas públicas. A reforma, entretanto não exauriu a possibilidade de atuação estatal no campo econômico. O Estado brasileiro passou a exercer primordialmente seu papel como agente normativo e regulador da atividade, conforme disposto no artigo 174 da Constituição Federal de 1988.

Baseando-se no sistema administrativo vigente nos Estados Unidos da América, foram introduzidas em nosso ordenamento jurídico autarquias especiais, as quais detêm elevado grau de autonomia administrativa, financeira, normativa e técnica, as quais passaram a guiar o comportamento econômico dos agentes privados em nosso país. Essas são as agências reguladoras, as quais podem ser conceituadas, em síntese, como entes da administração pública destinados a exercer o controle sobre determinados setores econômicos as quais são reputadas como importantes.

O presente trabalho será dividido em três partes.

Na primeira, será analisado o conceito de ordem econômica, trazendo as análises doutrinárias feitas por importantes autores do Direito econômico nacional e internacional. Neste tópico, ainda será analisado de que modo as Constituições

trataram da matéria econômica ao longo da história brasileira e de que modo estava prevista a atuação estatal nas Cartas Constitucionais. Analisar-se-á, em um ponto específico, como a Constituição Federal de 1988 tratou da matéria econômica em seu título “Da ordem econômica e financeira”, fazendo-se uma análise de dois princípios fundamentais em nosso ordenamento jurídico: o da livre iniciativa e o da justiça social.

Na segunda parte, objetiva-se fazer um estudo sobre o fenômeno da regulação, caracterizando-a como modo indireto de atuação do Estado no campo econômico, e das falhas de mercado que justificam a atuação das agências reguladoras no mercado. Será abordada também a origem no Direito norte-americano do modelo regulatório e das agências de regulação.

No último ponto, será estudado as agências reguladoras no Direito brasileiro, discorrendo sobre as mudanças administrativas e econômicas no Estado Brasileiro que ocorreram sobretudo no final do século XX, na qual está incluída a criação de órgãos reguladores no Brasil. Será analisada, por fim, o conceito, natureza jurídica, autonomia diante de outros órgãos da administração pública, e poder normativo das agências reguladoras no Brasil.

1. A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

1.1. CONCEITO DE ORDEM ECONÔMICA

Para se analisar o fenômeno regulação econômica e das agências reguladoras no Brasil, é fundamental, primeiramente, estudar o conceito de ordem econômica, e de que modo as Constituições brasileiras legitimaram a possibilidade de o Estado intervir no domínio econômico no Brasil.

Para Washington Peluso Albino de Souza, ordem econômica pode ser definida como conjunto de princípios que, funcionando harmoniosamente, oferecem-nos tanto a concepção de sistema econômico quanto a de regime econômico. O primeiro corresponderia à concepção teórica, ao modelo econômico idealizado, ao tipo ideal. O segundo já se afirma como traduzindo a realidade da vida econômica¹. A ordem econômica seria o conjunto de normas que, tendo complexidade e sistematização técnica, visa disciplinar, direta e indiretamente, a economia.

Para Vital Moreira a ordem econômica pode ser conceituada da seguinte maneira:

Conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta².

Eros Grau, por seu turno, sustenta que a ordem econômica pode ser entendida como conjunto de princípios e regras jurídicas que, garantindo os elementos conformadores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia³.

¹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. São Paulo: LTr, 2005, p. 179

² MOREIRA, Vital. **Economia e constituição**. Boletim de Ciências Econômicas, volume XVII, Coimbra, 1974, p. 35, *apud* GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 70

³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 79

José Afonso da Silva aponta que constitucionalização da matéria econômica encontra respaldo na tentativa do Estado de pôr ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo. Sua função consiste na em racionalizar a vida econômica, de modo a instaurar um regime democrático substancial, ao determinar a realização de fins sociais, através de programas de intervenção estatal no domínio econômico, com vistas à realização da justiça social⁴. Nesse sentido, Modesto Carvalhosa sustenta ser necessário compreender a ordem econômica como conjunto normativo que propugna um determinado modo de produção econômica apto a realizar finalidades socialmente desejadas, de modo a condicionar e influenciar as ações públicas e privadas que lhe serão sequentes⁵.

A constitucionalização da ordem econômica, pois, pode ser considerada uma superação dos princípios liberais do século do XIX. Trata-se da adoção de uma nova concepção de Estado atuante e interventor, em luta aberta contra as injustiças do individualismo capitalista⁶.

1.2. DA ORDEM ECONÔMICA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Conforme Paulo Bonavides, a história da ordem econômica nas constituições brasileiras pode ser facilmente dividida em três fases distintas. A primeira, sob forte influência inglesa. A segunda, baseada na doutrina americana. A última, influenciada pelo constitucionalismo europeu. Em análise das constituições, nota-se que as normas destinadas a disciplinar a ordem econômica foram substituindo o Estado liberal por um Estado Intervencionista⁷.

A Constituição Imperial de 1824, sob influência do liberalismo inglês, não tratou da ordem econômica. Conforme afirma Bruno Mattos e Silva, a primeira Carta Magna brasileira não trazia dispositivos sistematizados que poderiam ser

⁴ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 791-792

⁵ CARVALHOSA, Modesto. **A ordem econômica na Constituição de 1969**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 54 *apud* SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico: Estado e normalização da economia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 33

⁶ SILVA. *op. cit.* p. 794

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 327.

considerados propriamente de Direito Econômico⁸. A Constituição Imperial acompanhou o pensamento dominante na época, enquadrando-se no modelo do liberalismo clássico, não prevendo qualquer regra que definisse o que competia ao Estado ou aos particulares no campo econômico⁹.

Conforme lembra Vicente Bagnoli, apesar do modelo constitucional de 1824 adotar os mais modernos ideários liberais europeus da época, predominava no Brasil uma sociedade extremamente arcaica e patriarcal, baseada economicamente na monocultura em grandes propriedades rurais e na exploração do trabalho escravo¹⁰.

A segunda Constituição brasileira, primeira Constituição Federal, sob influência do direito e do liberalismo econômico norte-americano, instituiu no Brasil o modelo presidencialista de governo. As principais mudanças ocorreram no campo político, havendo poucas alterações constitucionais quanto à possibilidade do Estado intervir na ordem econômica. A política econômica continuou a pautar-se sob a ideologia de um Estado minimamente atuante, garantindo aos particulares uma ampla liberdade de atuação econômica¹¹.

Conforme explica Alberto Venâncio Filho, a Constituição de 1891 manteve mínima a posição atuante do Estado na ordem econômica. Se analisada a Carta Constitucional de 1891, ver-se-á que cabia ao Estado somente a instituição de bancos emissores e a manutenção de alfândegas. Estava prevista ainda competência dos Estados em legislar sobre a viação férrea e navegação¹².

Fabio Konder Comparato, em análise ao modelo econômico e social liberal presente das duas primeiras Constituições brasileiras comenta:

No modelo do Estado liberal, sobre o qual se fundou o constitucionalismo clássico, não havia propriamente finalidades públicas na organização da vida social. Partia-se do pressuposto de uma nítida e, em certo sentido,

⁸ SILVA, Bruno Mattos. **Limites constitucionais à ação estatal na economia**. In Dantas, Bruno (Coord.). Estado e Economia em Vinte anos de mudanças: Sistema Tributário e Ordem Econômica. Brasília: Instituto Legislativo Brasileiro, 2008, p. 517

⁹ NAPOLITANO, Carlo José. **Do tratamento da matéria econômica nas constituições brasileiras e o histórico das restrições à atividade econômica impostas aos estrangeiros**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, vol. 54. Jan 2006, p. 7

¹⁰ BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**. 3º ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 40

¹¹ SOUZA. *op. cit.* p. 212

¹² VENANCIO FILHO, Alberto. **A intervenção estatal no domínio econômico**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1968, p. 28

radical separação entre as esferas do Estado e da sociedade civil. As atividades econômicas desenvolviam-se no interior desta última, com um caráter essencialmente privado ou particular, isto é, individualista. Se cada agente econômico perseguisse coerentemente o seu próprio interesse pessoal, desse conjunto de atividades privadas surgiria, naturalmente, a harmonia coletiva, sem que houvesse necessidade da imposição, pelos poderes estatais, de finalidades públicas. A função única do Estado consistia, nessa concepção, em garantir a ordem pública, para o livre desenvolvimento das atividades privadas na sociedade civil¹³.

Sob influência do constitucionalismo europeu e, principalmente da Constituição da República de Weimar de 1919, a Constituição de 1934 foi a primeira a abordar de forma sistematizada a ordem econômica, dedicando o Título IV, ao tratamento da matéria.

Prevê a Constituição de 1934 em seu artigo 115¹⁴ que a economia seria fundamentada na liberdade de iniciativa, mitigada, porém, pelos princípios da justiça social e das necessidades da vida nacional, possibilitando a todos uma existência digna¹⁵.

O princípio da liberdade econômica, desta forma, deixa de ser uma condição da atividade econômica para ser a consequência desta, pelo fato de exigir-se que todos tenham uma vida digna. Esta exigência a classifica como uma Constituição tipicamente social-democrática.

Como destaca Elival da Silva Ramos:

O Estado *gendarme* do liberalismo cedeu a vez ao Estado-providência, preocupado com a efetivação dos então chamados "novos direitos", vale dizer, os direitos econômicos e sociais, deixando para o passado a passividade do aparato estatal diante do fato econômico¹⁶.

¹³ COMPARATO, Fabio Konder. **Ordem econômica na Constituição brasileira de 1988**. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. São Paulo v. 6, maio/2011, p. 3

¹⁴ BRASIL. Artigo 115. Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil de 1934. Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm> Acesso em setembro/2013

¹⁵ NAPOLITANO. *op. cit.* p. 3

¹⁶ RAMOS, Elival da Silva. **O Estado na ordem econômica**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 43, abril/ 2003, p. 2

Entre as medidas de intervenção estatal na economia introduzidas pela Carta Constitucional de 1934, Washington Albino Peluso de Souza destaca o monopólio, pelo Estado, de determinadas indústrias ou atividades econômicas, consagração do fomento da economia popular, a nacionalização progressiva de bancos de depósitos, a nacionalização de empresas de seguros, separação da propriedade das minas e demais riquezas do subsolo da propriedade do solo em que se encontram, entre outras¹⁷. O professor sustenta que o fortalecimento do papel do Estado brasileiro na ordem econômica, com a adoção de um modelo econômico baseado na substituição das importações, com o conseqüente desenvolvimento de um parque industrial nacional, exigiu a adoção de um poder público estatizante e regulador, deixando de lado as bases liberais adotadas nas Constituições anteriores¹⁸.

A Constituição de 1937, em seu título “Da Ordem Econômica”, compreendida entre os artigos 135 a 155¹⁹, manteve as inovações econômicas e sociais introduzidas no direito brasileiro a partir da Constituição Federal de 1934. As mudanças ocorreram, sobretudo, no campo político, ao estabelecer o regime autoritário chamado “Estado Novo”.

A Constituição de 1937 fundamentava a riqueza e a prosperidade nacional na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo. Legitimava a intervenção do Estado no domínio econômico para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção evitando seus conflitos²⁰. Contudo, apesar de prever como subsidiário o papel no Estado na economia, o período de vigência da Constituição de 1937 foi marcado pelo intervencionismo do poder público no domínio econômico com viés desenvolvimentista, reduzindo a dependência do comércio exterior²¹.

A Constituição de 1946 marca a retomada do regime democrático no Brasil. Ela sistematizou a matéria econômica em seu Título V, “Da Ordem Econômica e Social”, alterando as bases da intervenção do Estado no domínio econômico.

¹⁷ SOUZA. *op. cit.*, p. 215

¹⁸ *Ibidem*, p. 214

¹⁹ BRASIL, Constituição Dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm> Acesso em setembro/2013

²⁰ SOUZA *op. cit.* p. 215

²¹ BASTOS, Pedro Paulo Zahluth. **A Construção do Nacional- desenvolvimentismo de Getúlio Vargas e a Dinâmica de Interação entre Estado e Mercado nos Setores de Base**. Disponível em <www.eco.unicamp.br/docprod/downarq.php?id=1765&tp=a>. Acesso em novembro/2013,

Conforme explica Carlos José Napolitano:

Em 1946, houve uma mitigação à liberdade de iniciativa, com forte interferência do Estado na economia, restabelecendo os ideais econômicos de 1934. O constituinte de 1946 aproximou-se bastante da Lei Fundamental de 1934, inspirando-se na democracia social weimariana. Essa Constituição é uma mescla da Constituição liberal de 1891 com a social de 1934, a constituinte foi abeberar-se nos princípios constitucionais que informaram a Constituição de 1891, sob o aspecto político, mas conservou as conquistas sociais de 1934. A Constituição permitia à União monopolizar indústria ou atividade, consoante art. 146. O art. 145 previa que a ordem econômica deveria ser organizada "conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano"²².

A Constituição de 1967²³, a qual vigeu concomitantemente aos Atos Institucionais editados pela Ditadura Militar Brasileira, manteve muitas das características sociais das cartas anteriores. A liberdade econômica não era considerada prioridade, estava ela subordinada à justiça social²⁴, sendo que a liberdade de iniciativa somente estaria garantida se não importasse em restrições para a distribuição da justiça social²⁵.

Conforme Carlos José Napolitano, a Constituição de 1967, em seu artigo 157, tratou da livre iniciativa como princípio informador da ordem econômica e social. Manteve as regras básicas do liberalismo econômico, admitindo a atuação do Estado no setor econômico apenas de forma supletiva ao setor privado. Porém, essa permissão legitimou "uma participação intensa do Estado na economia", respaldada pela doutrina da segurança nacional, conforme leitura do parágrafo 8º, do supramencionado dispositivo constitucional²⁶.

O autor, citando Alvair Alfredo Nicz, sintetiza o ideal econômico desta constituição da seguinte maneira:

²² NAPOLITANO. *op. cit.*, p. 49

²³ BRASIL. Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1967. Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm> Acesso em setembro/2013

²⁴ Artigo 157, *caput*.

²⁵ Napolitano. *op. cit.*, p. 7

²⁶ *Ibidem*, p. 8

Os textos constitucionais de 1967 e 1969, apesar de consagrarem o primado da iniciativa individual, sob inspiração da doutrina social da Igreja, limitam o seu campo de atuação. Enquanto no liberalismo econômico típico assistia-se à ilimitabilidade, pelo menos teórico, da iniciativa privada [...] nos textos constitucionais de 1967 e 1969 procede-se à atividade de limitar a iniciativa privada e estabelecer o campo de atuação em que o Estado poderá intervir. Existia, pois, conforme o mesmo autor, no texto constitucional anterior uma preferência pela empresa privada. O Estado, além de se abster de atuar nas atividades econômicas, deveria estimular e apoiar a iniciativa individual. Porém, não foi isso que se viu, pois no período em que essa Constituição permaneceu em vigor, o Estado atuou fortemente no setor econômico, havendo planos econômicos determinantes na condução da economia, congelamentos de preços, confiscos, dentre outras práticas de política econômica com drásticas reduções à liberdade de iniciativa²⁷.

De fato, a política econômica do regime militar, apesar da subsidiariedade prevista no texto constitucional, foi marcada por uma forte atuação estatal. Inúmeras atividades que poderiam ser desenvolvidas pela iniciativa privada foram continuamente absorvidas pelo setor público, e de forma quase sempre monopolística²⁸. Como lembra Luis Roberto Barroso, nesse período deu-se a criação de mais de 300 empresas estatais, comumente identificadas pelo radical “bras”, entre elas a Eletrobrás, Nuclebrás, Telebrás, etc²⁹.

Também se cita a participação do Estado na economia por meio do fomento do desenvolvimento econômico de regiões pouco povoadas, criando para isso, e.g., a Zona Franca de Manaus e implementando o polo petroquímico de Camaçari na Bahia; expandindo as malhas ferroviárias e rodoviárias federais; e investindo no desenvolvimento das indústrias aeronáutica e naval. No plano social, pode-se destacar a criação a criação do FUNRURAL (previdência social do trabalhador rural); Promulgação do Estatuto da Terra; criação do INDA - Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário – e do SFH - Sistema Financeiro de Habitação.

²⁷ NICZ, Alvacir Alfredo. **A liberdade de iniciativa na Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 110 *apud* NAPOLITANO, Carlo José. *Op. cit.* p. 11

²⁸ CYSNE, Rubens Penha. **Economia Brasileira no período militar**. Disponível em <<http://www.fgv.br/professor/rubens/HOMEPAGE/publica%C3%A7%C3%B5es/Artigos%20Publicados/A%20Economia%20Brasileira%20no%20Regime%20Militar.pdf>> Acesso em outubro/2013

²⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Apontamentos sobre as agências reguladoras**. In: Moraes, Alexandre de (Org.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 110

Conforme Carlos José Napolitano, muito embora houvesse a previsão de que o Estado somente atuaria na atividade econômica de forma supletiva e subsidiária à iniciativa privada, a atuação do Estado na seara econômica, trazendo monopolisticamente para si muitas das atividades econômicas, procurando desenvolver as regiões mais pobres, por meio das Superintendências de Desenvolvimento da Amazônia e do Nordeste – respectivamente chamadas de Sudam e Sudene -, bem como a censura dos meios de comunicação lembravam muito mais um regime socialista do que para um regime democrático e fundado na economia de empresas, aos moldes liberais dos Estados Unidos, ao qual o Brasil estava ideologicamente alinhado durante a Guerra Fria³⁰.

Conclui-se que a possibilidade de intervenção estatal na atividade econômica nacional foi acentuando-se durante a história brasileira. Supera-se, com a Constituição de 1934, a primeira a tratar de forma sistematizada a matéria econômica, a ideia de Estado Liberal, adotando-se, a partir de então, o chamado Estado Social, ou Estado Intervencionista, o qual está legitimado a atuar no campo econômico tendo como objetivo o desenvolvimento socioeconômico do país.

1.3. DA ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal atualmente vigente no Brasil foi promulgada em 1988. Em seu artigo 3º, prevê os objetivos fundamentais da República brasileira, entre os quais cabe citar (I) construir uma sociedade mais justa; (II) garantir o desenvolvimento nacional; e (III) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Para tanto, indispensável pensar que o Estado deve ter um papel fundamental no campo econômico. Cabe então analisar como nossa atual Constituição Federal tratou da matéria econômica.

A Constituição de 1988 disciplinou a ordem econômica de forma bastante analítica, reservando, preponderantemente, ao tema, o Título VII, denominado pelo legislador constituinte como “Da Ordem Econômica e Financeira”³¹.

O Título VII está dividido em quatro capítulos. Capítulo 1 que dispõe acerca dos princípios gerais da atividade econômica. O Capítulo 2 destina-se a regular as

³⁰ NAPOLITANO. *op. cit.*, p. 10

³¹ *Ibidem*. p. 10

regras sobre política urbana. O Capítulo 3 disciplina a política agrícola, fundiária e a reforma agrária. Por fim, o Capítulo 4 dispõe sobre o regramento do sistema financeiro nacional. Interessa ao presente trabalho basicamente o Capítulo 1 que disciplina os princípios gerais da atividade econômica, em especial o art. 170 que dispõe acerca dos fundamentos, objetivos e princípios que devem ser observados na atividade econômica, *in verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VII - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VIII - redução das desigualdades regionais e sociais; IX - busca do pleno emprego; X - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. XI - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

A partir da análise do dispositivo constitucional supramencionado, conclui-se que o modelo capitalista, baseado na livre iniciativa, na propriedade privada e no livre exercício de qualquer atividade econômica, foi o adotado pelo constituinte brasileiro. Entretanto, como mencionado anteriormente, a Constituição também prevê inúmeros objetivos de natureza claramente sociais. Pode-se dizer então que a principal característica, em matéria econômica, da Constituição vigente é sua natureza social-democrata.

O fundamento da livre iniciativa, base do sistema capitalista, é a ausência de restrição do Estado ao exercício das atividades econômicas, salvo nos casos em que se fizer necessário, para fins de defesa da sociedade, do consumidor, do

ambiente, etc³². Significa a liberdade de entrar, permanecer e sair do mercado, sem interferências externas. Conforme José Afonso da Silva, no início do século XIX, e até a eclosão da Primeira Guerra Mundial, a liberdade de iniciativa econômica significava a garantia aos proprietários da possibilidade de usar e trocar seus bens livremente, sem a interferência de um terceiro, com fundamento na autonomia jurídica do indivíduo³³.

No que se refere ao conceito clássico de liberdade econômica, na qual está incluída a livre iniciativa, cabe mencionar a lição de Marcos Juruena Villela Souto:

A liberdade de iniciativa significava que cada indivíduo era livre para escolher o que produzir, o que comerciar, quando, como, a que preço, com que qualidade, em que condições e sob que estrutura de atuação. O Estado não se metia nisso, não obrigava ninguém a produzir alguma coisa, não controlava preços, não controlava qualidade, porque a ideia era de que a mão invisível do mercado orientaria a produção para os interesses dos consumidores; portanto, se alguém vendesse por um preço mais elevado, os consumidores não teriam condição de adquirir aquela produção e esta ficaria encalhada e o produtor baixaria o preço até que se atingisse um ponto em que a sociedade pudesse adquirir aquele preço. Se alguém produzisse alguma coisa numa qualidade não desejada, o consumidor optaria por outro produto, de melhor qualidade, ainda que eventualmente mais caro. Então, a ideia de que o mercado funcionava como a mola mestra da economia era um norte do Estado liberal, de um Estado, portanto, que não se intrometia no domínio econômico³⁴.

Entretanto, atualmente, este princípio deve ser entendido no contexto de uma Constituição preocupada com a justiça social e com o bem estar coletivo. Em nosso ordenamento jurídico, o princípio da livre iniciativa dos particulares não implica na possibilidade desses agirem da maneira que bem entenderem. A livre iniciativa só será legítima quando exercida com o objetivo no interesse coletivo, e será ilegítima quando exercida com o objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário³⁵.

³² FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito econômico**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 68

³³ SILVA. *op. cit.*, p. 800

³⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Ordem econômica na Constituição**. Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo, v.32, maio/2000, p. 8

³⁵ *Ibidem*, p. 8

Conforme a lição de Eros Grau:

[a] ordem econômica na Constituição de 1988 consagra um regime de mercado organizado, entendido como tal aquele afetado pelos preceitos da ordem pública clássica (Geraldo Vidigal); opta pelo tipo liberal do processo econômico, que só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado, quer do embate econômico que pode levar à formação de monopólios e ao abuso do poder econômico visando aumento arbitrário dos lucros – mas sua posição corresponde ao do neo-liberalismo ou social-liberalismo, como a defesa da livre iniciativa (Miguel Reale); (note-se que a ausência do vocábulo ‘controle’ no texto do art. 174 da Constituição assume relevância na sustentação dessa posição; a ordem econômica na Constituição de 1988 contempla a economia de mercado, distanciada porém do modelo liberal puro e ajustada à ideologia neo-liberal (Washington Peluso Albino de Souza); a Constituição repudia o dirigismo, porém acolhe o intervencionismo econômico, que não se faz contra o mercado, mas a seu favor (Tércio Sampaio Ferraz Júnior); a Constituição é capitalista, mas a liberdade apenas é admitida enquanto exercida no interesse da justiça social e confere prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado (José Afonso da Silva)³⁶.

Desse modo, o princípio da livre iniciativa deve ser limitada diante dos princípios constitucionais da justiça social e da garantia a todos de uma existência digna.

A busca pela justiça social é uma das finalidades do Estado brasileiro. Traduz-se na efetivação de medidas jurídicas e adoção de políticas que garantam a todos o acesso indiscriminado aos bens imprescindíveis à satisfação de suas necessidades fundamentais. Significa superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico³⁷. Conforme ensina Leonardo Vizeu Figueiredo, baseia-se na ideia de justiça distributiva, na qual há repartição de bens e encargos entre todos os membros da sociedade, sendo promovida pelo Poder Público. Trata-se, portanto no compartilhamento social de todos os riscos e riquezas da Nação³⁸.

³⁶ GRAU. *op. cit.* p. 191-192

³⁷ *Ibidem*, p. 229

³⁸ FIGUEIREDO. *op. cit.*, p. 60

O mestre Washington Albino Peluso de Souza, no mesmo sentido, sustenta que, apesar do termo “justiça social” dar margem a inúmeras discussões, esse princípio traduz-se na valorização do interesse coletivo sobre o interesse particular. Conforme o citado professor:

O Direito econômico toma o interesse social como fundamento dos seus juízos de valor e por essa orientação procura realizar os princípios da justiça distributiva. [...] Assim, a justiça social exprime-se como fundamento de diversos capítulos, artigos e seus respectivos itens, do título “Ordem Econômica e Financeira (CF/88)”³⁹.

Existência digna, por seu turno, traduz-se no fato do Estado direcionar a atividade econômica para a erradicação da pobreza, mitigando as desigualdades e injustiças sociais. Para tanto, deve aplicar políticas econômicas e sociais que efetivem uma justa distribuição de rendas, fazendo com que as classes marginalizadas tenham acesso ao mínimo existencial⁴⁰.

Carlos Jacques Vieira Gomes cita que existe uma segunda categoria de princípios em nossa constituição: aqueles que preveem a intervenção estatal nas atividades econômicas. Entre os princípios intervencionistas podemos destacar a dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho, função social da propriedade, construção de uma sociedade livre e solidária, dentre outros⁴¹. Como já mencionado, a presença estatal é indispensável à efetivação de tais princípios e objetivos, deixando claro o papel atuante do poder público.

Pode-se dizer que a adoção de um sistema capitalista, fundado sobre a livre iniciativa subordinada a princípios sociais reflete as ambiguidades e contradições do quadro político que foi se configurando ao longo do processo de transição do regime militar à democracia. A Assembleia Constituinte não foi um órgão homogêneo, havendo inúmeros grupos, representando diversos interesses, na maioria das vezes antagônicos, fator que levou a uma composição de interesses, sendo certo que, para a aprovação, houve a necessidade de que os diversos grupos de interesses cedessem parcelas de seus objetivos para que a Constituição pudesse ser

³⁹ SOUZA. *op. cit.*, p. 127

⁴⁰ *Ibidem.* p. 60

⁴¹ GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste**. Porto Alegre. S.A. Fabris, 2004, p. 82

finalmente aprovada. Porém, essa peculiaridade não retira da ordem econômica constitucional o caráter capitalista liberal, amparado nas regras de mercado⁴².

Por fim, cabe trazer manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca dos princípios da liberdade de iniciativa e da justiça social previstos na Constituição Federal de 1988:

É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da 'iniciativa do Estado'; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23, V, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes

⁴³ ⁴⁴

⁴² MERCADANTE, Aloizio. **Concepção e reforma da ordem econômica e financeira na Constituição de 1988**. In Bruno Dantas (Coord.). Estado e Economia em Vinte anos de mudanças: Sistema Tributário e Ordem Econômica. Brasília: Instituto Legislativo Brasileiro, 2008, p. 308

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.950, Relator Ministro Eros Roberto Grau, julgamento em 3-11-2005, DJ de 2-6-2006.

⁴⁴ Segundo Giovanni Clark, a Ação Direta de Constitucionalidade n.º 1950 pode ser considerada um verdadeiro "voto aula do direito econômico". Isto porque, segundo Clark, o Ministro Relator Eros Grau insere, por meio de suas obras doutrinárias, de forma clara e objetiva o Direito Econômico dentro dos debates e das decisões do Supremo Tribunal Federal, de modo a reafirmar o papel do Estado de ator, de transformador de nossa sociedade desigual sempre subjugada pelo medo e pela exploração. Conforme Clark, o voto do Ministro Relator, além de julgar a constitucionalidade do dispositivo legal, traz em sua fundamentação temas como a autonomia – ainda discutida – do Direito Econômico em relação a demais ramos do Direito, a competência de legislar em Direito Econômico e a intervenção do Estado na economia (**A ADI 1950: o voto aula do Direito Econômico**. In Costa, José Augusto Fontoura (org.) Homenagem a Eros Grau: teoria e experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau. São Paulo: Malheiros, 2013. Páginas 428-448).

Pela análise do trecho citado da decisão Supremo Tribunal Federal, pode-se concluir que o princípio da liberdade econômica – nos quais estão abarcados também a livre iniciativa, propriedade privada, liberdade de profissão -, fundamento da ordem econômica prevista em na Constituição Federal de 1988, não pode ser exercida de forma absoluta, prevendo o texto constitucional a intervenção do Estado no domínio econômico a fim de garantir o cumprimento dos objetivos fundamentais da República brasileira previstos na Constituição de 1988.

2. O ESTADO REGULADOR

Após examinar de que forma as Constituições brasileiras trataram da matéria econômica, legitimando a presença do Estado na economia, cabe agora analisar a regulação econômica, entendida como uma espécie do gênero intervenção, estudando seu conceito, sua finalidade e sua origem.

2.1. DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

Segundo Eros Grau, durante século VXIII, com o grande desenvolvimento econômico em muitos países europeus, o termo mercado deixa de referir-se apenas aos locais físicos de transações econômicas para assumir o caráter de ideia, lógica que reagrupa uma série de atos, de fatos e de objetos, passando a expressar um projeto político - de cunho claramente liberal - como princípio de organização social⁴⁵. Citando Avelãs Nunes⁴⁶, Eros Grau sustenta que o mercado, como instituição social construída a partir do desenvolvimento e da institucionalização do próprio Estado, deve ser entendido como um fruto da história, algo não natural, o qual, por muitas vezes serve a apenas interesses de uma minoria⁴⁷.

Para o mestre Eros Grau, Natalino Irti⁴⁸, do mesmo modo, é incisivo ao expor que o mercado não é uma instituição espontânea, não é um *locus naturalis*, mas uma instituição que nasce graças a determinadas reformas institucionais, operando como fundamento em normas jurídicas que o regulam, o limitam, o conformam; é o *locus artificialis*. O mercado, para Irti, seria uma ordem instável, no sentido de regularidade e previsibilidade de comportamentos, cujo funcionamento pressupõe a obediência pelos agentes econômicos que nele atuam de determinadas condutas. Essas uniformidades de condutas permite a cada um desses agentes econômicos desenvolver cálculos que irão informar as decisões a serem assumidas no

⁴⁵ GRAU. *op. cit.*, p. 33

⁴⁶ NUNES, Avelãs. **Os sistemas econômicos**. Boletim de Ciências Econômicas. Coimbra. 1973 *apud* Grau. *op. cit.* p. 33

⁴⁷ GRAU. *op. cit.* p.33

⁴⁸ IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. 3. Ed. Roma: Laterza, 1998, *apud* GRAU. *op. cit.* p. 18

dinamismo do mercado. A segurança da qual os agentes econômicos advém somente da adoção de padrões objetivos de conduta definidos pelo Direito⁴⁹.

O que Eros Grau demonstra, a partir da citação de tais autores, é que a mera existência de um sistema baseado na economia de empresas pressupõe a existência de um Estado atuante, o qual, por meio de suas políticas e normas econômicas, torna-se parâmetro para a atuação dos particulares. Portanto, é impossível pensar um sistema capitalista “puro”, em que não exista a mínima intervenção estatal na ordem econômica. A existência da intervenção estatal no domínio econômico torna-se pressuposto na existência do mercado.

Como explica o mestre, a expressão intervenção significa, na sua conotação mais vigorosa, precisamente atuação em área de outrem. Ou seja, o Estado passa a ter uma expressa atuação em área de titularidade do setor privado:

"[...] o Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. Por isso mesmo dir-se-á que o vocábulo intervenção é, no contexto, mais correto do que a atuação estatal: intervenção expressa atuação estatal em área de titularidade do setor privado; atuação estatal, simplesmente, expressa significado mais amplo.

[...] Intervenção indica, em sentido forte (isto é, na sua conotação mais vigorosa), no caso, atuação estatal em área de titularidade do setor privado; atuação estatal, simplesmente, ação do Estado tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado. Em outros termos, teremos que intervenção conota atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito; atuação estatal, ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido amplo. [...] verificação de que o gênero - atividade econômica - compreende duas espécies: o serviço público e a atividade econômica"⁵⁰.

Washington Peluso Albino de Souza também se manifestou acerca do significado da intervenção do estado na economia. Ele primeiramente lembra que o termo intervenção econômica ainda possui uma carga pejorativa muito grande. Para

⁴⁹ GRAU. *op. cit.* p.34

⁵⁰ *Ibidem.* p 92

os liberais, este termo abarcaria a ideia de atuação estatal em algo que não é de sua competência, que pode ser regulado unicamente por interesses particulares⁵¹.

O autor sustenta, entretanto, que diante das circunstâncias da vida econômica em sociedade, especialmente a partir da formação do capitalismo moderno e pela acumulação de riqueza na mão de poucos, é de se reconhecer a responsabilidade do Estado, que, em Direito Econômico, atrela-se às consequências das medidas de política econômica por ele praticadas, seja como empresário ou planejador.

Para o professor Washington Peluso Albino de Souza, entende-se a intervenção como uma forma de atuação, uma forma de ação. Trata-se da execução dos objetivos com os quais se compromete o poder público, quer legislando, quer executando ou estimulando por meio de normas. O Estado poderá intervir na economia de duas maneiras: uma como agente normativo e regulador, atuando de forma indireta no âmbito econômico – na qual estão inseridas as agências reguladoras -, e outra de forma direta, explorando propriamente a atividade econômica⁵².

Cabe também destacar o conceito de intervenção feito por Egon Bockmann de Moreira em seu artigo *O direito administrativo contemporâneo e a intervenção do Estado na economia*⁵³.

Para o Professor Egon Bockmann Moreira, intervenção do Estado na ordem econômica é tida como qualquer atuação do poder público (comissiva ou omissiva⁵⁴) que vise alterar o comportamento econômico espontâneo dos agentes privados, seja com fins de prestígio ao mercado concorrencial, seja com fins estranhos ao próprio mercado (mas vinculados ao interesse público, tal como definido em lei)⁵⁵.

Para o administrativista, a intervenção do Estado na ordem econômica é sempre inovadora, uma vez que altera os parâmetros comportamentais dos agentes

⁵¹ SOUZA. *op. cit.*, p. 316

⁵² *Ibidem.* p. 318

⁵³ MOREIRA, Egon Bockmann. **O Direito Administrativo contemporâneo e a intervenção do Estado na ordem econômica.** Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-10-MAIO-2007-EGON%20BOOCKMAN.pdf>> Acesso em outubro/2013

⁵⁴ Cabe aqui notar o possível equívoco do Professor Egon Bockmann Moreira. Conforme explica Washington Peluso Albino de Souza, intervenção sempre pressupõe uma ação. Intervenção significa atuar, coordenar, regular, controlar, regulamentar, entre outros meios, pela fiscalização, incentivo e planejamento da economia, de modo a salvaguardar o interesse geral. O Professor Egon Bockmann Moreira, possivelmente equivocou-se com uma política econômica omissiva, em que o Estado atua minimamente no campo econômico (Primeiras Linhas de Direito econômico, p. 327).

⁵⁵ MOREIRA. *op. cit.*, p. 4

que adviriam caso a intervenção não ocorresse, ou seja, a intervenção do Estado na economia tem como fundamento um fim estranho àqueles próprios dos particulares participantes do mercado⁵⁶.

Como já mencionado a Constituição Federal prescreve determinados objetivos a serem alcançados pela República brasileira, tais como diminuição das desigualdades sociais e a garantia a todos uma existência digna. Por isso, é preciso inserir o Estado na ordem econômica tendo uma postura compatível com os reclamos invocados pela própria sociedade. O modelo liberal de Estado encontra-se superado de modo que hoje se adota o modelo intervencionista.

Desta maneira, em síntese, tendo em vista os preceitos de justiça social consagrados em nossa Constituição, a intervenção estatal no domínio econômico funda-se na promoção de uma economia de bem-estar social, tornado-se nítida a presença do Estado como agente de promoção de direitos fundamentais.

2.2. DA REGULAÇÃO ECONÔMICA

Como lembra Washigton Peluso Albino de Souza, o termo regulação tem sua origem no direito norte americano (*regulation*), sendo, muitas vezes, tomado como sinônimo de regulamentação⁵⁷. Assim, antes de adentrar na análise do conceito de regulação, é preciso fazer uma distinção dos vocábulos.

Alexandre Aragão, citando Angel Manuel Moreno Molina, traz a diferenciação dos termos:

A tradução do termo regulação é bastante problemática. *Regulation* se traduz usualmente por regulamentação, regulação, regulamento, e regra. Há, portanto, uma assimilação de *regulation* a regulação normativa, ou seja, a produção de normas jurídicas de caráter regulamentar. [...] No sistema norte-americano o termo *regulation* equivale a todas as atividades dos poderes públicos de organização e configuração da realidade social. Em sentido estrito, todavia, *regulation* consiste na determinação do regime jurídico de uma atividade econômica. o poder mais importante do Estado é a

⁵⁶ *Ibidem*. p. 4

⁵⁷ SOUZA, *op. cit.* p. 331

coerção. *Regulation* é o uso desse poder que tem por finalidade limitar as decisões dos agentes econômicos⁵⁸.

Esta distinção entre os dois termos é feita brevemente pela administrativista Profa. Maria Sylvia Zanella di Pietro, que ensina:

Regular significa estabelecer regras, independentemente de quem as dite, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio de órgãos da Administração direta ou entidades da Administração indireta. Trata-se de vocábulo de sentido amplo, que abrange, inclusive, a regulamentação, que tem um sentido mais estrito.

Regulamentar significa também ditar regras jurídicas, porém, no direito brasileiro, como competência exclusiva do Poder Executivo. Perante a atual Constituição, o poder regulamentar é exclusivo do chefe do Poder Executivo (art. 84, IV, CF/1988), não sendo incluído, no parágrafo único do mesmo dispositivo, entre as competências delegáveis⁵⁹.

Como se vê, "regular" é disciplinar a atuação de agentes de um determinado mercado, por meio de normas. Já "regulamentar", segundo a Constituição Federal, significa expedir normas que possibilitem a fiel execução da lei⁶⁰.

Visto a diferença entre os termos regulação regulamentação, cabe analisar o conceito de regulação.

Para Egon Bockmann Moreira, regulação da economia é uma forma de intervenção do estado na economia. Intervenção seria o gênero do qual regulação é a espécie. Para esse autor, regulação pode ser definida da seguinte maneira:

“Propõe-se uma definição estrita de regulação, limita ao estabelecimento de normas (gerais e abstratas, mas na condição de preceitos-medida ou atos concretos) que sujeitem terceiros ao seu comportamento (e respectivas sanções). Regulação econômica é a positivação de normas para o

⁵⁸ MOLINA, Angel Manuel Moreno. **La administración por agencias em lós Estados Unidos de Norte America. Boletín oficial Del Estado.** Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 75-76 *apud* Aragão, Alexandre. O conceito jurídico de regulação da economia. Revista de Direito Mercantil. São Paulo, Junho/2001, p. 8

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-provada e outras formas.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 140-141

⁶⁰ BUENO FILHO, Edgard Silveira. **Agências reguladoras e concorrências e o controle jurisdicional dos atos.** São Paulo: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, junho de 2003

atingimento de alguma finalidade econômica. Inclui-se no conceito a formulação de princípios e de regras; de normas de estrutura e normas de conduta. [...] A intervenção estatal no domínio econômico pode dar-se através da positivação jurídica de determinados comportamentos permitidos, proibidos e ordenados. Nesse caso, ao invés de se inserir “fisicamente” no mercado objeto de intervenção, o Estado emana normas que disciplinam a conduta dos particulares, estabelecendo limites e parâmetros comportamentais que antes não existiam, visando gerar efeitos econômicos naquele mercado, naquele setor ou em toda economia privada⁶¹.

No mesmo modo, Washington Peluso Albino de Souza tem a regulação como uma técnica de intervenção do estado no domínio econômico, uma espécie da intervenção, a qual se caracteriza pela atuação indireta do Estado no campo econômico, afastando-se, de certa forma, do sistema intervencionista do Estado de Bem Estar Social, ou das atuações do Estado-empresário. Para o mestre Washington Peluso Albino de Souza, a regulação orienta-se no sentido do absentismo, sem jamais atingi-lo completamente, sob pena de negar o papel fundamental do Estado no campo social⁶².

Carlos Ari Sundfeld, por seu turno, conceitua regulação da seguinte maneira:

A regulação, enquanto espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes de ação com objetivos declaradamente econômicos (o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado), como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina de profissões etc.). Fazem da regulação autoridade cuja missão seja cuidar de um específico campo de atividades considerado em seu conjunto (o mercado de ações, as telecomunicações, a energia, os seguros de saúde, o petróleo), mas também aquelas com poderes sobre a generalidade dos agentes da economia. A regulação atinge tanto os agentes em setores ditos privados (o comércio, a indústria, os serviços comuns – enfim, as atividades econômicas em sentido estrito) como os que, estando especialmente habilitados, operem em áreas de reserva estatal

⁶¹ MOREIRA. *op. cit* p. 5

⁶² SOUZA. *op. cit* .p. 331

(prestação de serviços públicos, exploração de bens públicos e de monopólios estatais)⁶³.

De modo conciso, Marçal Justen Filho define regulação como uma forma de intervenção estatal indireta no poder público sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados de modo permanente e sistemático, para implantar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais⁶⁴.

Marçal Justen Filho ainda lembra-se de um importante fato: regulação não se confunde com o dirigismo estatal, o qual vigorou em muitos países da Europa Oriental e ainda vigora em países como Cuba e Coreia do Norte. Nestes países, o Estado, por meio de coerção, suprimiu em sua totalidade a autonomia empresarial privada, trazendo para si ampla e ilimitadamente as competências do setor econômico.

Conforme cita Carlos Ari Sunfeld:

Regulação é característica de um certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício da atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade. Assim, a regulação não é própria de certa família jurídica, mas sim de uma opção de política econômica⁶⁵.

O jurista português Vital Moreira também manifesta-se sobre o conceito do termo regulação. Como comenta:

Desde logo quanto à amplitude do conceito, aparem-nos três concepções de regulação (Jarass, 1987: 77): a) em sentido amplo, é toda a forma de intervenção do Estado na economia, independentemente dos seus instrumentos e fins; b) num sentido menos abrangente, é a intervenção estatal na economia por outras formas que não a participação directa na actividade económica, equivalendo, portanto, ao condicionamento,

⁶³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito econômico brasileiro**. São Paulo. Malheiros Editores, p. 18, *apud* Figueiredo, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013

⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 563

⁶⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Serviços públicos e regulação estatal**. In *_.* Direito administrativo e direito econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 23 *apud* SAMPAIO, Gustavo Jose Marrone. O princípio da subsidiariedade como critério de competências na regulação bancária. 207 f. Dissertação (Tese de doutorado). Universidade de São Paulo. São Paulo. 2011

coordenação e disciplina da actividade económica privada; c) num sentido restrito, é somente o condicionamento normativo da actividade económica privada (por via de lei ou outro instrumento normativo)⁶⁶.

No mesmo sentido, lembra Paulo Henrique Rocha Scott que o artigo 174, prevê a atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica. O autor sustenta que tal dispositivo tem como destinatário o Estado, que deverá se servir de instrumentos válidos à solução das questões complexas provenientes dos setores econômicos, normatizando-as e regulando-as, a fim do cumprimento de determinados almejados pelo próprio Estado⁶⁷.

A regulação expressaria as ações que se voltam à sujeição da realidade ao regramento jurídico já estabelecido, ou seja, as ações que visam enquadrar, ajustar, acertar, moderar ou mesmo reprimir as manifestações dos agentes econômicos que, porventura, estejam em desconformidade com o modelo traçado pela norma jurídica⁶⁸.

Portanto, tal como a intervenção direta, a regulação é uma forma de atuação estatal vinculada à realização do interesse público. O modo de realizar o bem-comum em um Estado Regulador consiste na atuação regulatória, o que se traduz basicamente na edição de regras e outras providências orientadas a influir sobre a atuação das pessoas e instituições⁶⁹.

2.3. FINALIDADE DA REGULAÇÃO

Na doutrina econômica, é usual apontar a regulação estatal como instrumento para suprir as deficiências do mercado. Conforme Luiza Helena Moll, a regulação econômica também se refere àquelas intervenções cujo propósito é mitigar imperfeições do mercado, como a existência de monopólios, e assim melhorar seu

⁶⁶ MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 34-35. *apud* Marcos Juruena Villela Souto. Agências Reguladoras. Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo, v. 33, Junho/2000, p. 153

⁶⁷ SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico: Estado e normalização da economia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2000, p. 114

⁶⁸ *Ibidem*, p. 114

⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p. 27

funcionamento⁷⁰. No mesmo sentido, Leila Cuelar sustenta que a regulação é o conjunto de técnicas utilizadas pelo Estado para intervir no domínio econômico de forma contínua, almejando corrigir as falhas dos mercados, tendo em vista o interesse público posto à guarda da Administração⁷¹.

Desse modo, cabe ao Estado mitigar determinadas imperfeições do mercado. Ou seja, aquelas falhas que o tornam menos eficiente ou que prejudiquem os consumidores, ou mesmo àqueles que não estão inseridos em um determinado processo econômico. A correção dessas falhas de mercado justifica o papel de agente regulador do Estado na economia. Propõe-se então analisar quais são as falhas de mercado que justificam este papel de agente regulador do Estado e a existência das agências reguladoras.

Marçal Justen Filho aponta cinco falhas de mercado que justificam a atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica⁷².

O primeiro problema apontado seria o da deficiência na concorrência, caracterizada pela inexistência de disputa suficiente e equilibrada no mercado, o que impede os mecanismos inerentes à atividade econômica produzam seus efeitos positivos.⁷³ O autor então cita o caso em que um único agente monopoliza determinado setor do mercado, tornando o seu produto o único disponível no mercado, possibilitando assim a imposição arbitrária de preços e condições aos consumidores.

Fábio Nusdeo sustenta que um pressuposto básico para o bom funcionamento do mercado deve ser a sua atomização, isto é, o mercado deve ser composto por um número razoavelmente elevado de compradores e vendedores em interação recíproca, e nenhum deles muito grande ou muito importante. O que vem a determinar se uma empresa é muito grande ou muito importante não é em si seu

⁷⁰ MOLL, Luiza Helena. **Externalidade e apropriação: projeções sobre o Direito econômico na nova ordem mundial**. In: **Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional: Estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza**. Ricardo Antônio Lucas Camargo (org). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 139

⁷¹ CUELAR, Leila. As agências reguladoras e seu poder normativo. São Paulo. Dialética. 2001. p. 53

⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p. 32

⁷³ *Ibidem*. p. 33

volume de produção, ou número de contratados, mas sim capacidade ou não de influir sobre as condições do mercado onde opera^{74 75}.

Contudo, Calixto Salomão Filho faz uma ressalva no sentido de que muitas vezes a própria regulação, a qual deveria prevenir o surgimento de monopólios e oligopólios, acaba tornando-se a origem destes. Em uma análise ao sistema bancário nacional, o autor aponta que o Banco Central ao instituir elevadas exigências quanto a depósitos e capital mínimos, impossibilita a entrada de novas instituições neste setor da economia. Conforme o professor, “ao não diferenciar a porcentagem de depósitos compulsórios em relação ao tamanho da instituição atingida, [o Banco Central] claramente limitou as possibilidades de concorrência das instituições financeiras de menor porte”. Desse modo, a fixação de condições muito gravosas para a autorização pode vir a se constituir em forma indireta de impedir o livre acesso à atividade⁷⁶.

No Brasil, a defesa do setor concorrencial, a qual visa principalmente evitar os monopólios e oligopólios, é feita primordialmente pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Esta autarquia, vinculada ao Ministério da Justiça, tem a finalidade orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico, exercendo o papel tutelador da prevenção e da repressão destes abusos⁷⁷.

A segunda hipótese que justifica a regulação da economia levantada por Marçal Justen Filho é a necessidade de tutela dos bens coletivos, como educação e saúde. Segundo o autor, justifica-se a atuação estatal nestes casos uma vez que, se estes bens fossem submetidos exclusivamente às regras de mercado, possibilitaria a exclusão de grande parte da população, o que traria como consequência prejuízos a toda coletividade⁷⁸. Como cita o autor:

⁷⁴ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia - Introdução ao Direito Econômico**. 3. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001, p. 146

⁷⁵ Cita-se como exemplo de concentração econômica o famoso caso norte-americano da *Standard Oil*. Esta empresa manteve durante o final do século XIX e início do século XX praticamente o monopólio da produção, transporte e refinamento de petróleo nos Estados Unidos, até que, em 1911, foi dissolvida em outras empresas menores. A empresa foi dissolvida com base no *Sherman Act* (lei que prevê sanções, tanto civis, quanto penais, para abusos econômicos), entendendo a Suprema Corte norte-americana que praticava preços abaixo do padrão de mercado destruindo competidores e monopolizando o setor.

⁷⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Condutas anticoncorrenciais no setor bancário**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. vol. 37, n. 114, abr.-jun. 1999, p. 51-62

⁷⁷ Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?2a0a0a161af83b1f35>>. Acesso em novembro/2013

⁷⁸ JUSTEN. *op. cit.* p. 34

Muitas vezes, a racionalidade da conduta coletiva apenas pode ser obtida através da atuação de um agente externo, capaz de dimensionar a extensão dos efeitos negativos coletivos derivados da busca individual pela auto-satisfação⁷⁹.

Fábio Nusdeo, neste ponto, ainda aponta que, sem a intervenção estatal, o mercado tenderá a discriminar fortemente os bens coletivos e a exagerar na produção de bens exclusivos. Terá, desse modo, e.g., muitos carros, mas poucas linhas de metrô ou um deficiente transporte coletivo⁸⁰.

A terceira falha de mercado que justifica a atuação estatal por meio da regulação são as externalidades do mercado. Externalidades podem ser entendidas como as consequências, que podem ser tanto positivas como negativas, do processo econômico àqueles que não estão diretamente ligados à atividade econômica. O exemplo comumente utilizado é o da fábrica que polui o ar, afetando às comunidades próximas.

Segundo Calixto Salomão Filho, externalidades podem ser entendidas como os efeitos de uma determinada relação jurídica que produz efeitos geralmente não-mensuráveis a sujeitos que não participam daquela relação jurídica. Segundo o autor, a ideia de participação estatal na prevenção e solução de externalidades é, por sua natureza, contrária aos pressupostos neoliberais. A atuação estatal justifica-se diante da relevância social na atividade regulada, a fim de mitigar os seus efeitos perversos sobre terceiros⁸¹.

A externalidade, como aponta o professor, revela a insuficiência do processo econômico para produzir, de modo imediato, os efeitos reputados como relevantes ou necessários à satisfação do interesse comum⁸². Deste modo, está legitimada a atuação estatal regulatório de determinados setores que transfiram indevidamente a terceiros determinados ônus de sua atividade econômica⁸³.

⁷⁹ *Ibidem.* p.. 34

⁸⁰ NUSDEO. *op. cit.* p. 161

⁸¹ CALIXTO Salomão Filho. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 27

⁸² *Idem.* p. 35

⁸³ Carolina Theodoro da Silva Mota lembra em seu artigo “**Relação e desregulação: uma discussão sobre o equilíbrio entre mercado e coletividade**”, que existem inúmeras críticas a teoria da regulação fundada nas externalidades do mercado. Para muitos o problema das externalidades

O quarto ponto que Marçal Justen Filho destaca como finalidade da regulação é a mitigação da assimetria de informação entre os agentes econômicos, a qual pode ser entendida como a diversidade de conhecimento dos agentes no processo produtivo. Conforme explica o autor:

A assimetria de informações significa que os diversos agentes que participam do processo econômico detêm diferentes graus de informação, o que significa que alguns dispõem de melhor condição de escolha que outros. Mais ainda, a titularização da informação se transforma em espécie de bem econômico de segundo grau, já que propicia grandes vantagens econômicas. Daí deriva que os titulares do conhecimento tentam evitar a difusão para a coletividade de informações mais fundamentais⁸⁴.

A colaborar com tal premissa finalística, pode-se citar o caso dos consumidores. Comumente consumidores são prejudicados pela falta de conhecimento de um produto que estão consumindo. Não sabem quais os riscos, se existe um mais moderno, suas limitações. Cabe ao Estado, por meio de sua atividade regulatória, tutelar o consumidor em situações similares.

O quinto, e último ponto, elencado pelo Professor Marçal Justen Filho é o desequilíbrio de mercado. O mercado, como é formado por agentes falíveis, está sujeito a crises. Como explica:

Na ausência de elementos externos reguladores, o processo capitalista tende a manter esse inevitável sucessão de períodos mais favoráveis e outros desvantajosos para a comunidade. A alternância de ciclos é inerente ao capitalismo e não deriva de eventos externos marcantes. Os fatos que desencadeiam imediatamente a crise ou desaparecimento da crise são irrelevantes, sob certo aspecto. São condições e circunstâncias do mercado que tornam possível que o evento produza a crise do desenvolvimento⁸⁵.

poderiam ser resolvidos no âmbito privado. Há ainda um terceiro grupo que, ponderando as duas posições, afirma que a regulação deverá alcançar na medida do possível, o resultado que seria obtido caso fosse possível a negociação direta entre os diversos grupos interessados na resolução do conflito (*In* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, (coord.). **Direito Regulatório: temas polêmicos**. São Paulo: Atlas, 2003).

⁸⁴ JUSTEN FILHO. *op. cit.*, p. 36

⁸⁵ *Ibidem*. p. 37

Esse constante ciclo de crises e expansão econômica leva, então, o Estado a adotar medidas necessárias a eliminar os desequilíbrios, evitando as causas que conduzem à crise e propiciando fatores para o desenvolvimento⁸⁶.

Desse modo, conclui-se que a aparente racionalidade do mercado torna-se insuficiente para a condução harmoniosa do sistema econômico, sendo facilmente perceptíveis as falhas do mercado. Estas falhas justificam a introdução do Estado no domínio econômico, mediante a edição de diversas normas reguladoras, destinadas a atenuá-las, ou, se possível, eliminá-las⁸⁷.

2.4. ORIGENS DA REGULAÇÃO

O fenômeno da atuação indireta do Estado no domínio econômico por meio de agências reguladoras teve origem na segunda metade do século XIX nos Estados Unidos.

Conforme destaca Marçal Justen Filho, ao longo do século XIX, ocorreu uma grande revolução econômica nos Estados Unidos. O número cada vez maior de imigrantes, o povoamento de novos territórios na costa oeste, o surgimento de novas tecnologias – tais como o sistema ferroviário e navegação por barcos a vapor -, ocasionaram o crescimento e fortalecimento da indústria nacional norte-americana, bem como o desenvolvimento de um grande mercado consumidor⁸⁸.

O intenso desenvolvimento econômico e social acarretou uma multiplicidade de controvérsias, litígios e disputas. Conforme o autor, as disputas contra os monopólios naturais nas estradas de ferro comparavam-se às disputas contra os privilégios monárquicos europeus. Essas disputas receberam muita simpatia dos setores mais fracos da economia, os quais passaram a desenvolver a ideia de que o Estado tinha a responsabilidade de rejeitar a consolidação de organizações que eram odiadas por todos⁸⁹.

Segundo Leonardo Vizeu Figueiredo, a regulação norte-americana foi concebida para permitir que o Estado exerça determinada influência e controle sob as atividades desenvolvidas pelos particulares, quando as mesmas revelam-se de

⁸⁶ *Ibidem*. p. 37

⁸⁷ NUSDEO. *op. cit.*, p. 166

⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Direito das agências reguladoras independentes**. p. 72

⁸⁹ *Ibidem*. p. 73

relevante interesse para a coletividade ou para a própria segurança econômica nacional⁹⁰.

A primeira lei de viés regulatório foi editada em 1852. A lei fixou padrões à produção de caldeiras de vapor, que eram comumente utilizadas na navegação e instituiu um conselho de nove inspetores, designados pelo Presidente da República, dotados de competência fiscalizatória e punitiva. Com a adoção do modelo fiscalizatório de caldeiras, o poder público tentava diminuir o grande número de mortes e acidentes causados pelas mesmas⁹¹.

Entretanto, devido à importância do setor ferroviário para o desenvolvimento econômico e social norte-americano, a consolidação de um sistema regulatório deu-se a partir da normatização deste setor da economia⁹².

O governo federal norte-americano, com a finalidade de regular o sistema ferroviário nacional edita, então, em 1887 o *Interstate Commerce Commission* (ICC). O ato legislativo buscava a harmonização dos interesses conflitantes do setor de transporte ferroviário em face dos empresários rurais. Para tanto, atuava estabelecendo o teto de preços e a fixação de tarifas, relativas à contraprestação pecuniária cobrada⁹³. Conforme Marçal Justen Filho, a adoção da regulação nesse setor significava a suavização das deficiências empresariais, o que abarcaria na redução dos custos e refletiria na redução das tarifas⁹⁴.

O crescimento da intervenção do poder público sobre a atividade econômica norte-americana deu-se também como a edição do *Sherman Act* em 1890. Trata-se do primeiro diploma legal editado nos Estados Unidos a fim de reprimir o abuso de poder econômico, prevendo sanções tanto civis, quanto penais.

Em sua primeira seção, o *Sherman Act* prevê que, para caracterização do abuso econômico, exige-se um contrato, uma combinação ou uma conspiração destinada a restringir a livre concorrência. A segunda seção proíbe os monopólios,

⁹⁰ FIGUEIREDO. *op. cit.*, p. 169

⁹¹ *Ibidem.* p. 72

⁹² *Ibidem.* p. 72

⁹³ FIGUEIREDO. *op. cit.*, p. 169

⁹⁴ JUSTEN FILHO. *op. cit.*, p. 77

tentativas de monopólios, e conspirações para monopolizar determinado setor do mercado⁹⁵.

Uma segunda onda regulatória do sistema econômico norte-americano teve início com a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, em 1929. Fazia parte da política econômica denominada *New Deal*, instituída por Franklin Roosevelt, a diminuição da liberdade dos agentes privados no campo financeiro e bancário, aumentando as competências do *Federal Trade Commission*, agência independente que visa intervir no âmbito de concorrência desleal, promovendo a proteção do consumidor e a eliminação e prevenção de práticas anti-competitivas, tais como a criação de monopólios⁹⁶.

Em 1946 tem início uma nova fase do Direito Administrativo norte-americano, com a edição do *Administrative Procedural Act* (APA). Esta lei trouxe uniformidade no processo de tomada de decisões pelas agências, conferindo-lhes maior legitimidade⁹⁷. Esse ato legislativo configura uma norma geral de procedimento administrativo face às atividades reguladoras, dando uniformidade e padrão na tomada de decisões da mesma⁹⁸.

Conforme Maria Sylvia Zanella di Pietro, a partir do *Administrative Procedural Act* advém o conceito de agência no Direito americano, a qual pode ser definida como qualquer autoridade do Governo norte-americano, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com a exclusão do Congresso e dos Tribunais⁹⁹.

Atualmente, o Direito Administrativo norte-americano, funda-se na ideia de agências trazida pelo *Administrative Procedural Act*. Nos Estados Unidos, há vários tipos de agências, sendo que a classificação mais antiga considerava duas modalidades: as agências reguladoras (*regulatory agency*) e as não-reguladoras (*non regulatory agency*), conforme tivessem ou não poderes normativos, delegados

⁹⁵ THE U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. **Antitrust Enforcement Guidelines For International Operations**. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/internat.htm>> Acesso em outubro/2013

⁹⁶ FIGUEIREDO. *op. cit.*, p. 169

⁹⁷ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências reguladoras: a metamorfose do estado e da democracia (uma reflexão de direito constitucional e comparado). Disponível em <<http://www.adami.adv.br/artigos/artigo17.asp>>. Acesso em agosto/2013

⁹⁸ FIGUEIREDO. *op. cit.*, p 170

⁹⁹ Disponível em < <http://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/>>. Acesso em setembro/2013

pelo Congresso, para baixar normas que afetassem os direitos, as liberdades ou atividades econômicas dos cidadãos¹⁰⁰.

No sistema norte-americano, outra distinção que passou a ser feita a partir do APA é entre agências executivas (*executive agency*) e agências independentes (*independent regulatory agency or commissions*). Os dirigentes das primeiras são livremente destituídos pelo Presidente da República e, os da segunda, protegidos por maior estabilidade, porque só podem perder seus cargos por razões expressamente estabelecidas em lei¹⁰¹.

Por fim, Maria Sylvia Zanella di Pietro também comenta que no sistema administrativo e econômico norte-americano, as agências exercem funções quase-legislativas, uma vez que editam normas; e funções quase-judiciais, tendo em vista que é de sua competência solucionar conflitos de interesses, determinando o direito aplicável, a qual é passível de controle apenas pelas tribunais judiciários¹⁰².

Um quarto momento identificado por Leonardo Vizeu Figueiredo dá-se a partir da década de 1960, quando a política de regulação norte-americana passou a sofrer pressão por parte dos agentes privados detentores de grande poder econômico, sendo capazes de impor seus interesses particulares sobre os demais segmentos sociais. Tal fenômeno é denominado de captura de interesses. Este fenômeno levou o governo a repensar o papel de suas *agencies*, de modo que a tomada de decisão das agências reguladoras americanas passou a ser suscetível de revisão judicial¹⁰³.

O último momento, o qual perdura até os atuais dias, pode ser identificado a partir dos anos oitenta, com o início do governo de Ronald Reagan. Esse último momento é caracterizado pela intensa desregulação de setores como transporte aéreo, ferroviário e de telecomunicações. A desregulação implicava a liberação dos preços que eram tradicionalmente fixados pelo governo, bem como na liberação do acesso à rede ou às rotas e no fim das restrições à entrada de novas companhias no mercado. O objetivo é promover a melhor qualidade na prestação de serviços, juntamente com a diminuição dos preços, beneficiando o consumidor. Conforme anota Couto e Silva, o governo Ronald Reagan, nos Estados Unidos, e de Margareth Thatcher, no Reino Unido, foram marcados pelo pensamento liberal dos

¹⁰⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 281

¹⁰¹ *Ibidem.* p. 282

¹⁰² *Ibidem.* p. 282

¹⁰³ FIGUEIREDO. *op. cit.*, p. 170

economistas das Escolas de Chicago e de Viena, também conhecida como Escola Austríaca^{104 105}.

Conforme explica Almiro Couto e Silva, foi a partir deste período que a discussão sobre o tamanho do Estado tornou-se mundial. Estão ligadas a esse contexto as privatizações, a liberalização, a quebra de monopólios estatais de serviços públicos, e abertura de mercados consumidores¹⁰⁶. Nesse contexto histórico, surgem as agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁰⁴ SILVA, Almiro Couto e. **Privatização no Brasil e novo exercício de funções públicas por particulares**. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-16-DEZEMBRO-2008-ALMIRO%20COUTO.pdf>>. Acesso em setembro/2013

¹⁰⁵ Ambas escolas econômicas citadas pelo Professor Almiro Couto e Silva possuem como características a defesa da liberdade econômica, com a consequente diminuição da participação estatal na economia, entretanto estas escolas diferenciam-se quanto ao grau de diminuição de atuação do Estado, podendo a Escola Austríaca ser considerada mais “radical”.

¹⁰⁶ SILVA. *Op. cit.*, p. 7

3. AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1. A REFORMA ECONÔMICA DO ESTADO BRASILEIRO

Luis Roberto Barroso vincula o fenômeno da adoção de intervenção na ordem econômica por meio de agências reguladoras à falência do Estado-empresário. Conforme explica o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, o inchamento do Estado brasileiro é um processo contínuo de muitas décadas, em que o poder público mostrou-se imponente, arbitrário e desastrosamente ativo no campo econômico¹⁰⁷.

Como já mencionado, a atuação econômica direta do Estado na economia ganhou maior destaque a partir das décadas de 1930 e 1940. Sob o governo de Getúlio Vargas, o Estado, diante da incipiente e fraca atividade econômica privada, promoveu a criação de grandes empresas estatais, tais como a Companhia Siderúrgica Nacional, a Fabrica Nacional de Motores, a Companhia Vale do Rio Doce e a Companhia Hidroelétrica do Rio São Francisco¹⁰⁸. Almiro Couto e Silva destaca que durante o governo Getúlio Vargas, o processo de criação de autarquias, que teve início durante a década de 1920, foi incrementado, de modo a intensificar, não somente diretamente, mas também indiretamente, a atuação estatal no campo econômico, por meio da edição de normas¹⁰⁹. Alberto Venâncio Filho ainda lembra que a complexidade das tarefas administrativas implicou a criação de Conselhos Técnicos, capazes de fornecer ao Estado o conhecimento necessário para a tomada de decisões¹¹⁰.

Durante este período, foram criados inúmeros órgãos e entidades reguladoras, embora sem a denominação agências, tais como tais como o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café - IBC (1923), o Instituto do Alcool e do Açúcar - IAA (1933), o Instituto Nacional

¹⁰⁷ BARROSO. *Op. cit.*. p 112

¹⁰⁸ *Ibidem*. p. 110

¹⁰⁹ SILVA. *op. cit.*. p. 7

¹¹⁰ VENANCIO FILHO. *op. cit.*. p. 32

do Mate (1938), o Instituto Nacional do Sal (1940), o Instituto Nacional do Pinho (1941)¹¹¹.

Diante da bipolarização ideológica entre Estados Unidos e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas durante a Guerra Fria, viveu-se durante a década de 50 uma interessante discussão acerca do papel do Estado e de sua participação no domínio econômico. Como sustenta Barroso, apesar da bipolarização ideológica, o alinhamento brasileiro com o sistema democrático e capitalista norte-americano não impediu que o Estado continuasse a agir diretamente no campo econômico, criando por o Banco Nacional de Desenvolvimento Nacional (BNDES) e a Petróleo Brasileiro S.A¹¹².

O agigantamento da presença estatal na economia deu-se nas décadas de 1960 e 1970, durante o Regime Militar brasileiro, quando ocorreu a criação de inúmeras empresas estatais¹¹³. Além de empresas, o Estado também empreendeu a criação de inúmeras rodovias, hidroelétricas, sistema de povoamento de áreas pouco habitadas.

Desse modo, o aparelho estatal brasileiro chegou ao fim do século XX grande, troncho, ineficiente, com bolsões endêmicos de pobreza e de corrupção. Esse novo panorama de ineficiência econômica, bem como atraso social, inauguraram um novo marco de atuação do Estado na ordem econômica. Inspirado no sistema administrativo regulatório norte-americano, que já completava mais de 100 anos, o Estado brasileiro passou por uma reforma econômica, que envolveu grandes transformações estruturais, a fim de reduzir a participação direta estatal na economia¹¹⁴.

A partir da década de 1990, então, surge no Brasil um movimento voltado a transferir para o setor privado atividades estatais antes sob o comando do Estado. Esse movimento teve como motivos pragmáticos, para liberar o Estado dos custos empresariais e arrecadar recursos, a fim de criar uma nova dinâmica econômica.

Como lembra o professor Washington Peluso Albino de Souza, no ano de 1990, realizou-se um seminário em Washington, com a participação dos Estados

¹¹¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **As agências reguladoras**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Revista dos Tribunais, v. 46, janeiro/2004, p. 5

¹¹² BARROSO. *Op. cit.* p. 110

¹¹³ *Ibidem*. p. 110

¹¹⁴ BARROSO. *op. cit.* p. 111

Unidos, do Banco Mundial, e do Fundo Monetário Internacional, em que se definiram as medidas consideradas neoliberais, dirigidas para a reforma e estabilização das economias emergentes, as quais se encontravam em um panorama econômico similar ao brasileiro. Tal seminário foi denominado Convênio de Washington¹¹⁵.

Estavam em pauta no Convênio de Washington privatizações, controle de inflação, “enxugamento” do Estado e das empresas, orientando os presentes a adotarem medidas um Estado mínimo¹¹⁶. Segundo o autor, tais medidas foram em grande parte seguidas nos anos seguintes pelas autoridades brasileiras, de modo que, no campo do Direito Econômico, podemos perceber a influência de elementos supranacionais e ideológicos a serem adotados em nosso ordenamento jurídico¹¹⁷.

Diante da influência liberal externa, bem como o cenário econômico nacional da década de 1980, considerada a “década perdida”, tem início a reforma econômica e administrativa no Brasil, com a edição da Lei 8.031, de 12 de abril de 1990¹¹⁸, ocorrida durante o mandato do presidente Fernando Collor, a qual deu início ao Plano Nacional de Privatização.

Dentre os objetivos fundamentais do programa incluem-se, nos termos do artigo 1º, incisos I e IV: reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; contribuir para a modernização do parque industrial do país, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia¹¹⁹.

Como explica Luis Roberto Barroso, o programa de privatização tem sido levado a efeito por mecanismos como (I) a alienação do controle de entidades estatais, tanto as que exploram atividades econômicas como as que prestam serviços públicos e (II) a concessão de serviços públicos a empresas privadas. Cita-se como exemplo a privatização de empresas públicas ligadas a setores como petroquímico, siderúrgico, metalúrgico e de fertilizantes¹²⁰.

A transformação do panorama de atuação do Estado no domínio econômico também é descrita por Luiz Carlos Bresser Gonçalves Pereira, antigo Ministro da

¹¹⁵ SOUZA. *op. cit.* p. 337

¹¹⁶ *Ibidem.* p. 338

¹¹⁷ *Ibidem.* p. 112

¹¹⁸ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm> Acesso em outubro/2013

¹¹⁹ BARROSO, *op. cit.* p. 112

¹²⁰ *Ibidem.* p. 112

Administração Federal e Reforma do Estado, indicado pelo ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, em seu artigo “Do Estado Patrimonial Ao Gerencial”¹²¹.

Bresser Pereira narra que, durante sua atuação como ministro Administração Federal e Reforma do Estado, objetivava-se rever a forma de intervenção do Estado na economia, com a adoção de um sistema chamado de gerencial. Para tanto, o ministro elabora o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, o qual foi apresentado pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado como solução para a chamada “crise do Estado”. Segundo o documento, o próprio Estado seria a causa do descontrole fiscal, da redução nas taxas de crescimento econômico, do aumento do desemprego e dos elevados índices de inflação. O Plano propõe cinco conjuntos de medidas para a crise do Estado, entre as quais a “reforma do aparelho do Estado, com vistas a aumentar sua governança” e a limitação da ação estatal a funções que lhes são próprias¹²².

Como fica claro a partir do próprio Plano:

A reforma do Estado deve ser entendida dentro do contexto da redefinição do papel do Estado, que deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento. No plano econômico o Estado é essencialmente um instrumento de transferências de renda, que se torna necessário dada a existência de bens públicos e de economias externas, que limitam a capacidade de alocação de recursos do mercado.

[...]

A reforma do Estado envolve múltiplos aspectos. O ajuste fiscal devolve ao Estado a capacidade de definir e implementar políticas públicas. Através da liberalização comercial, o Estado abandona a estratégia protecionista da substituição de importações. O programa de privatizações reflete a conscientização da gravidade da crise fiscal e da correlata limitação da capacidade do Estado de promover poupança forçada através das empresas estatais. Através desse programa transfere-se para o setor

¹²¹ Disponível em <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/2000/00-73EstadoPatrimonial-Gerencial.pdf>>. Novembro/2013

¹²² RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. **Regulação e agências reguladoras: reforma regulatória da década de 1990 e desenho institucional das agências no Brasil**. In RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. *Regulação e agências reguladoras governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: Anvisa, 2009, p. 131.

privado a tarefa da produção que, em princípio, este realiza de forma mais eficiente¹²³.

Conforme Fernando Quadros da Silva, as formas de intervenção do Estado na economia experimentaram sensíveis mudanças, passando-se a um Estado gerencial e regulador que, do ponto de vista de sua organização burocrática-administrativa, lança mão da descentralização e da especialização para fazer frente aos desafios impostos pelas complexidades da atividade econômica e assegurar o funcionamento da economia, fazendo valer os interesses públicos e sociais relevantes que o mercado não garante¹²⁴. No campo administrativo, a reforma trouxe uma nova concepção de Administração Pública, com objetivos de transformar uma administração burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, em uma administração gerencial, flexível e eficiente, voltada ao atendimento do cidadão¹²⁵.

A reforma econômica e administrativa ocorrida do Estado também implicou mudanças na estrutura constitucional.

No plano constitucional, ocorreu primeiramente a flexibilização dos monopólios estatais, por meio da Emenda Constitucional n.º 5, de 1995, a qual possibilitou aos estados conceder à empresas privadas a exploração de serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado.

Posteriormente, ocorreu a retirada de restrições ao capital estrangeiro. Por meio da Emenda Constitucional n.º 6, também de 1995, suprimiu-se o artigo 171 da Constituição, o qual previa privilégios às empresas brasileiras de capital nacional. O mesmo se passou com serviços de telecomunicações e radiodifusão, por meio da Emenda Constitucional n.º 8, de 1995, a qual modificou os incisos XI e XII, do artigo 21 da Constituição, que só permitiam a concessão desses serviços às empresas estatais. Também, por meio da Emenda Constitucional n.º 9, de 1995, rompeu-se

¹²³ Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>> Acesso em novembro /2013

¹²⁴ SILVA, Fernando Quadros da, **Controle judicial das agências reguladoras: a contribuição do processo civil brasileiro**. 2012. 250 f. Dissertação (tese de doutorado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Porto Alegre, p. 13

¹²⁵ MOTTA, Carolina Theodoro da Silva. **Relação e desregulação: uma discussão sobre o equilíbrio entre mercado e coletividade**. In: Maria Sylvia Zanella di Pietro (coord). *Direito Regulatório: temas polêmicos*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 182

com o monopólio no setor petrolífero, permitindo às empresas estrangeiras a pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural, bem como a refinação do petróleo e a importação e exportação de produtos petrolíferos¹²⁶.

Com as modificações na organização do Estado e da ordem econômica introduzidas pelas emendas constitucionais, passou-se a ter previsão expressa, em sede constitucional, de entidades reguladoras para os setores econômicos de telecomunicações e petróleo, conforme disposto nas emendas constitucionais n.º 8 e 9¹²⁷. Tais modificações possibilitaram não só a inserção de órgãos reguladores nos setores citados, como também ensejaram a criação por lei ordinária de outros órgãos reguladores, as quais têm sua legitimidade nos artigos 174 e 175 da Constituição Federal¹²⁸

Desse modo, foram criadas, no âmbito federal foram criadas, por exemplo, as seguintes agências reguladoras: Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), pela Lei n.º 9427/1996, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), pela Lei n.º 9472/1997 e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), pela Lei n.º 9478/1997. Posteriormente, em 1999, foi criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), pela Lei n.º 9782/1999 e no ano 2000 a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) por meio da Lei n.º 9961/2000 e da Agência Nacional de Águas (ANA) através da Lei n.º 9984/2000. No ano 2001 foi a vez da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), ambas criadas pela Lei n.º 10233/2001, bem como da Agência Nacional do Cinema (ANCINE), criada pela Medida Provisória n.º 2228-1/2001. Derradeiramente foi criada pela Lei n.º 11182/2005 a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC)¹²⁹.

No âmbito estadual, cita-se a criação da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS), instituída pela lei estadual nº10.931/1997, Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA), criada pela lei estadual 4.556/2005,

¹²⁶ VIDIGAL, Jose Augusto Maciel. **As agências reguladoras e seus poderes especiais no ambiente institucional contemporâneo brasileiro**. Disponível em <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2053970.PDF>>. Acesso em setembro/2013

¹²⁷ *Ibidem*. p. 8

¹²⁸ Camargo, Ricardo Antônio Lucas (org.). **Novo dicionário de direito econômico**. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris. Ed 2010, p. 23

¹²⁹ Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/governo/2009/11/agencias-reguladoras>> Acesso em outubro/2013

Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP), instituída pela Lei Complementar n.º 914/ 2002, entre outras. No plano municipal, existem, e.g., a Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município de Natal (ARSBAN) e a Agência Reguladora das Águas de Tubarão (AGR)¹³⁰.

Como se vê, a fim de garantir o efetivo desempenho de suas atribuições, o Brasil sofreu, na década de 90, importantes transformações estruturais que modificaram drasticamente o papel do Estado que, em lugar de protagonista na execução de serviços, passou a concentrar suas atividades nas funções de regulação.

3.2. AGÊNCIAS REGULADORAS

Como visto, devido à falência do Estado intervencionista e ao movimento da desestatização da ordem econômica, com a finalidade de se diminuir os gastos da máquina estatal, o Estado passou a adotar uma postura de agente regulador do mercado, diminuindo sensivelmente a sua atuação direta na exploração das atividades econômicas¹³¹. Entretanto, tendo em vista que os objetivos da República brasileira só são passíveis de concretização a partir da atuação do Estado no domínio econômico, foi necessário criar instrumentos próprios de intervenção que pudessem continuar operando modificações relevantes na esfera socioeconômica.

Para tanto, foram criadas em nosso ordenamento jurídico autarquias sob o regime especial, integrantes da Administração Indireta, vinculadas a um Ministério competente para o trato da respectiva atividade, tão somente, para fins organizacionais, sendo caracterizadas pela sua independência política, autonomia administrativa e financeira, bem como pelas prerrogativas de permanência no cargo de seus dirigentes, de modo que deixou de existir subordinação hierárquica entre essas autarquias e o Governo Central¹³². Tais autarquias receberam o nome de agências reguladoras.

¹³⁰ Disponível em <<http://www.regulacao.gov.br/agencias-reguladoras-municipais>> Acesso em outubro/2013

¹³¹ FIGUEIREDO. *op. cit.*, p. 165

¹³² *Ibidem*, p. 168

Conforme Diógenes Gasparini, sempre que a Administração Pública desejar descentralizar uma dada atividade cuja competência lhe for atribuída pelo ordenamento jurídico ou assumir um serviço que não é próprio, mas de execução permitia a qualquer um, inclusive ao particular, e.g., o ensino superior, cria, por meio de lei, uma pessoa pública de natureza administrativa e para ela transfere a titularidade da atividade ou serviço, bem como sua execução. Estas são as autarquias¹³³.

As autarquias podem ser definidas como as pessoas jurídicas de direito público, pertencentes à Administração Pública Indireta, instituídas para desempenhar as atividades administrativas sob regime de direito público, criadas por lei, a qual determina o grau de sua autonomia em face da Administração Indireta¹³⁴.

De acordo com o Decreto-lei n.º 200/1967¹³⁵, as autarquias são criadas para desempenhar atividades típicas da Administração Pública que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada. Conforme entendimento de José dos Santos Carvalho Filho, o legislador teve o escopo de atribuir às autarquias a execução de serviços públicos de natureza social e de atividades administrativas, com a exclusão dos serviços e atividades de cunho econômico e mercantil, que poderiam ser executados por entidades públicas como empresas estatais ou sociedades de economia mista¹³⁶. Portanto, serviços como educação e saúde seriam prestados por meio de autarquias.

Contudo, as agências reguladoras foram elevadas ao grau de autarquias especiais. Conforme explica Marçal Justen Filho, autarquias especiais são aqueles entes da Administração Pública Indireta que, por sua natureza, gozam de grande autonomia, consistente na ausência de submissão da entidade, no exercício de suas competências, à interferência de outros agentes administrativos. A produção dos atos de sua competência não depende da aprovação previa ou posterior da Administração Direta, tal como não se verifica uma competência de revisão desses

¹³³ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 8 ed, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 287

¹³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Direito administrativo**. p. 182

¹³⁵ BRASIL, Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967. Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em setembro/2013

¹³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 483

atos¹³⁷. Dentro deste conceito inserem-se as agências administrativas, que podem ser divididas, dentro de nosso ordenamento, em executivas e reguladoras.

Maria Zanella di Pietro explica que agência executiva é a qualificação dada à autarquia, disciplinada pelos Decretos n.º 2.487 e 2.488, de 1998, que celebre contrato de gestão com o órgão da Administração Direta a que se acha vinculada, para a melhoria da eficiência e redução de custos¹³⁸.

De acordo com o Decreto n.º. 2.487:

Art. 1º As autarquias e as fundações integrantes da Administração Pública Federal poderão, observadas as diretrizes do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, ser qualificadas como Agências Executivas.

§ 1º A qualificação de autarquia ou fundação como Agência Executiva poderá ser conferida mediante iniciativa do Ministério supervisor, com anuência do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, que verificará o cumprimento, pela entidade candidata à qualificação, dos seguintes requisitos:

- a) ter celebrado contrato de gestão com o respectivo Ministério supervisor;
- b) ter plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional, voltado para a melhoria da qualidade da gestão e para a redução de custos, já concluído ou em andamento.

A adoção do referido tipo de agência visa melhorar a eficiência das entidades autárquicas e fundacionais em nosso país¹³⁹.

As agências de regulação, por seu turno, conforme desataca Ricardo Antônio Lucas Camargo, constituem instrumentos da política econômica destinadas a fazer com que os serviços públicos e as empresas estatais entregues à iniciativa privada não deixem de atender à sua função social, sem, contudo, de deixar de atender aos interesses dos particulares dos agentes privados. O autor continua afirmando que

¹³⁷ JUSTEN FILHO. *op. cit.* p. 186

¹³⁸ DI PIETRO, Maria Sylva Zanella. **Direito Administrativo**. p. 283

¹³⁹ Marçal Justen Filho explica que a diferença entre agências executivas e agências reguladoras no Brasil não faz tanto sentido quanto no direito norte-americano. O autor sustenta que é de pouca utilidade qualificar, perante o direito brasileiro, uma entidade como agência executiva. A agência executiva seria uma autarquia em geral, sem poderes regulatórios, dedicada a desenvolver atividades administrativas clássicas, inclusive a prestação de serviços públicos. Conforme explica, reservar a expressão agência executiva para determinadas entidades cuja atuação esteja subordinada a um plano estratégico e um controle de gestão não envolve um regime jurídico peculiar, dotado de consistência própria distintiva da entidade em face de outras autarquias (**O direito das agências reguladoras independentes**, p. 341-343).

essas autarquias especiais surgem como instrumento da materialização da função racionalizadora do processo econômico em um contexto de minimização do Estado¹⁴⁰.

Conforme o *Novo Dicionário de Direito Econômico*, as agências de regulação podem ser definidas como um instrumento autárquico pela qual o Estado exerce o controle sobre as atividades econômicas que considera importantes de serem reguladas, as quais detêm considerável autonomia política, financeira, normativa e administrativa¹⁴¹.

Marçal Justen Filho, por sua vez, entende que as agências reguladoras podem ser definidas como aquelas autarquias especiais, sujeitas a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta e investida de competência para a regulação setorial¹⁴².

Dos conceitos citados, pode-se retirar os três elementos definidores das agências reguladoras que são (I) sua natureza autárquica, (II) sua autonomia, e (III) sua ingerência sobre determinados setores econômicos.

Primeiramente, trata-se de autarquia, pois consiste uma entidade integrante da Administração Pública Indireta, dotada de personalidade jurídica de direito público e sujeita ao regime jurídico dessa categoria¹⁴³.

Ademais, agências reguladoras são consideradas autarquias especiais uma vez que possui determinada margem de autonomia jurídica que não se encontra na maior parte das entidades autárquicas, bem como menor grau de subordinação em face da administração direta, de modo que seus atos administrativos somente possam ser sujeitos à revisão judicial¹⁴⁴.

Por fim, possui competência regulatória sobre determinados setores econômicos. Isso significa o poder de regulação setorial abrange a possibilidade de editar normas abstratas infralegais, adotar decisões discricionárias e compor conflitos em um setor econômico¹⁴⁵.

¹⁴⁰ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Agências de regulação no ordenamento jurídico-econômico brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000, p. 25

¹⁴¹ CAMARGO. *op. cit.*, p. 23

¹⁴² JUSTEN FILHO, **Direito administrativo**. p. 584

¹⁴³ JUSTEN FILHO. *op. cit.*, p. 585

¹⁴⁴ *Ibidem*. p. 585

¹⁴⁵ *Ibidem*. p. 585

3.3. A AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Não existe uma norma que discipline de forma padronizada as agências reguladoras brasileiras, as características e suas formas de atuação no mercado de cada agência devem ser extraídas da análise de respectiva lei instituidora. Entretanto, a fim de garantir sua independência do poder político, pode-se citar como a autonomia financeira, administrativa e técnica das agências reguladoras a característica comum de todos esses entes autárquicos.

Conforme Luis Roberto Barroso:

As agências reguladoras independentes somente terão condições de desempenhar adequadamente seu papel se ficarem preservadas de ingerências externas inadequadas, especialmente por parte do Poder Público, tanto no que diz respeito a suas decisões político-administrativas, quanto sua capacidade financeira. Constatada a evidência, o ordenamento jurídico cuidou de estruturá-las como autarquias especiais, dotadas de autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira¹⁴⁶.

A primeira característica das agências reguladoras é sua autonomia administrativa. As agências reguladoras são autarquias especiais dotadas de determinados privilégios outorgados por lei, sendo sua autonomia em relação à administração direta a característica marcante dessas entidades.

A autonomia administrativa que uma agência reguladora dispõe, significa, em síntese, que, dada sua personalidade jurídica própria, a autarquia tem poderes para contratar e administrar em seu próprio nome, bem como contrair obrigações e adquirir direitos, contudo, dentro das normas do ordenamento jurídico vigente, não podendo, deste modo, p.ex., contratar servidores com salários diferentes dos pagos pelo Estado pela mesma função, ou dispensar licitações para a contratação de um serviço. Sua autonomia significa estrutura própria de seus órgãos e agentes públicos, admitidos, nomeados, estruturados de acordo com as normas legais e regulamentares em vigor¹⁴⁷.

¹⁴⁶ BARROSO. *op. cit.* p. 121

¹⁴⁷ ARAUJO, Edmir Netto. **A aparente autonomia das agências reguladoras**. In: Moraes, Alexandre de (Org.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 50

Entretanto, conforme já mencionado, o Decreto-lei n.º 200, de 1967, garante a qualquer autarquia brasileira determinado grau de autonomia administrativa e financeira. A autonomia das agências reguladoras diferencia-se das demais autarquias justamente no grau de autonomia.

Conforme lição de Celso de Mello:

A independência administrativa ou autonomia administrativa, autonomia financeira e patrimonial e da gestão de recursos humanos ou de quaisquer outros que lhe pertencam, autonomia nas decisões técnicas, ausência de subordinação hierárquica são elementos intrínsecos à natureza de toda e qualquer autarquia, nada lhe acrescentando o que lhe é inerente. Nisto, pois, não há peculiaridade alguma. O que pode ocorrer é um grau mais ou menos intenso dessas características¹⁴⁸.

Conforme ensina Fernando Quadros da Silva, a principal diferença quanto à autonomia das agências reguladoras das demais autarquias é sua independência política.

O autor explica que as agências reguladoras federais são dirigidas por um colegiado de cinco Diretores ou Conselheiros, escolhidos pelo Presidente da República, decisão que deverá ser aprovada pelo Senado¹⁴⁹, para um mandato que varia entre quatro e cinco anos, os quais não poderão ser exonerados durante o transcurso do mandato, salvo em casos de justo motivo, ligados ao cumprimento das atribuições inerentes ao cargo¹⁵⁰, conforme artigo 9º, da Lei 9.986/2000, que uniformizou a disciplina dos recursos humanos das agências reguladoras, *in verbis*:

Art. 9º - Os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.

Parágrafo único. A lei de criação da Agência poderá prever outras condições para a perda do mandato.

¹⁴⁸ BANDEIRA, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 15 ed. São Paulo. Malheiros, p.130

¹⁴⁹ Conforme dispõe o artigo 52, inciso III, alínea "f", da Constituição Federal de 1988

¹⁵⁰ SILVA, Fernando Quadros da. **Agências reguladoras: a sua independência e o princípio do Estado democrático**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 123

O autor destaca que o início do mandato dos dirigentes das agências reguladoras federais não coincide necessariamente com o mandato de um novo Presidente da República, de modo que um novo Chefe do Poder Executivo poderá atuar com os dirigentes de agências nomeados pelo seu antecessor¹⁵¹. Segundo Fabio Konder Comparato, principalmente no regime político brasileiro, a manutenção dos dirigentes em órgão administrativo autônomo torna-se ainda mais importante diante do costume dos políticos em “demarcar” sua gestão governamental, tornando-a independente dos fracassos, mas também dos sucessos, obtidos com a gestão anterior¹⁵².

O mandato fixo para os dirigentes é fator essencial para a independência das agências reguladoras, tornando-as impermeáveis às pressões políticas do governo central, bem como, de forma indireta, de pressões das empresas dos setores regulados¹⁵³. Ademais, a estabilidade dos dirigentes nas agências reguladoras consubstancia na garantia de que seu corpo técnico, o qual acumulou experiência sobre o setor regulado, conhecendo pormenorizadamente seu funcionamento, seja desfeito e substituído por sujeitos sem devido conhecimento na área¹⁵⁴.

Por fim, a existência de uma direção que atua de forma colegiada é também um traço característico das agências reguladoras. A deliberação em colegiado afasta o risco de decisões movidas por interesses inconfessáveis. Há uma mútua fiscalização entre os dirigentes sendo mais difícil o desvio nos objetivos que o órgão deve atingir¹⁵⁵.

O controle do Poder Executivo sobre as agências reguladoras limita-se, como regra, à escolha de seus dirigentes, sob pena de se ofender a autonomia que lhes é assegurada pelas leis instituidoras. Isto significa que a decisão no âmbito da agência reguladora é final, não cabendo recurso hierárquico indireto para autoridade do poder central, ou seja, para o Ministério a que se vincula a agência reguladora ou

¹⁵¹ *Ibidem*, página 123

¹⁵² COMPARATO, Fabio Konder. *A organização constitucional da função planejadora*. In Camargo, Ricardo Antonio Lucas (org.). **Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional - estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, p. 87

¹⁵³ FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 177

¹⁵⁴ SILVA, Fernando Quadros Da. **Aspectos Institucionais das agências reguladoras**. TRF4: Porto Alegre 2007, p. 17-18

¹⁵⁵ *Ibidem*, página 18

para o Presidente da República, que não são superiores hierárquicos dela, senão diretamente ao Poder Judiciário¹⁵⁶.

Nesse sentido, Leonardo Vizeu Figueiredo consigna que:

[A autonomia] assegura às agências reguladoras mecanismos que evitem sua subordinação hierárquica ao Governo Central e, conseqüentemente, à corrente ideológica-partidária que temporariamente se encontra no poder. Traduz-se, portanto, em autonomia política em relação à estrutura do Governo Central, fato que se configura na impossibilidade de revisão de seus atos reguladores por qualquer outro órgão ou entidade da Administração Pública, salvo do poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CRFB)¹⁵⁷

As agências reguladoras independentes no direito brasileiro têm, portanto, como característica essencial a acentuada autonomia de que são dotadas, denominada por Alexandre dos Santos Aragão de "autonomia reforçada"¹⁵⁸.

Outro aspecto determinante de sua autonomia é a sua independência orçamentária e financeira.

Conforme Alexandre Santos de Aragão, a autonomia orçamentária e financeira é requisito essencial para que qualquer autonomia se efetive na prática¹⁵⁹. O autor explica a própria lei instituidora de uma agência reguladora prevê em seu texto que a autonomia financeira da autarquia será garantida através da titularidade das taxas regulatórias e sua independência orçamentária, através do envio de proposta de orçamento ao Ministério ao qual é vinculada¹⁶⁰.

Marçal Justen Filho explica que as taxas cobradas pelas agências reguladoras encontram previsão no artigo 145, II, da Constituição Federal de 1988¹⁶¹. As taxas são cobradas, em decorrência do poder de polícia das agências reguladoras, são cobradas das empresas reguladas e necessariamente utilizadas

¹⁵⁶ CAMARGO, Sabino Lamego. **Agências reguladoras e fato do príncipe**. In. Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial. São Paulo, v. 4, 2010, p. 8

¹⁵⁷ FIGUEIREDO. *op. cit.* p. 174

¹⁵⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 331

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 332

¹⁶⁰ *Idem*, p. 332

¹⁶¹ Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: [...] II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

para o pagamento das custas envolvidas no desempenho das funções regulatórias¹⁶². Trata-se do ressarcimento das despesas com a fiscalização do cumprimento das normas regulatórias pelos agentes econômicos.

A título de exemplo, citam-se os casos da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). No caso da primeira agência, a Lei 9.472, de 1997, prevê em seu artigo 51 que o produto da arrecadação das taxas de fiscalização de instalação e de funcionamento será destinado ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (Fistel), em parte aplicados para o "atendimento de outras despesas correntes e de capital por ela realizadas no exercício de sua competência". No caso da ANS, o artigo 18 da Lei 9.961, de 1999, dispõe "é instituída a Taxa de Saúde Suplementar, cujo fato gerador é o exercício pela ANS do poder de polícia que lhe é legalmente atribuída".

Quanto à disciplina orçamentária, a sistemática constitucional acerca das Finanças Públicas exige a submissão de todas as entidades estatais à observância da lei orçamentária, à qual incumbe a distribuição e partilha de recursos financeiros. Conforme artigo 165 e seguintes da Constituição Federal, todas as entidades autárquicas sujeitam-se aos efeitos da lei orçamentária. Isso implica a necessidade de elaboração de previsões orçamentárias e atendimento às regras atinentes às finanças públicas¹⁶³.

Por fim, cabe mencionar que a independência das agências reguladoras está garantida diante da exigência de formação técnica de seus dirigentes e, pelo fato dos seus atos demandarem conhecimento técnico e científico especializado para que possam ser emanados, aplicados e fiscalizados^{164 165}.

Segundo Alexandre Santos de Aragão, os fenômenos industriais fizeram com que a vida social deixasse de se fundar apenas em valores preponderantemente

¹⁶² JUSTEN FILHO. **Direito das agências reguladoras independentes**. p. 479

¹⁶³ *Ibidem*, p. 480

¹⁶⁴ ARAGÃO, *op. cit.*, p. 232

¹⁶⁵ Ricardo Antonio Lucas Camargo entende que as agências reguladoras somente têm autonomia no que diz respeito à competência técnica. Isto porque, conforme também sustenta Fabio Konder Comparato (*in: A organização constitucional da função planejadora*. In: PLURES. Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional - estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, p. 86-87) os planos aos quais as agências reguladoras se vinculam não passariam de programas de governo, com todas as marcas da pessoalidade e precariedade que lhe são próprias. Contudo, quanto à autonomia técnica, não há falar em subordinação hierárquica (*In: Agências de regulação no ordenamento jurídico-econômico brasileiro*. p. 28).

políticos, para também se inspirar fortemente em fatores técnicos. Isto porque a necessidade de maior especialização em razão das constantes evoluções tecnológicas e da crescente complexização e pluralização do sistema social exigem conhecimentos que não de conhecimento de um simples operador do Direito, de modo que a especialização nos setores regulados da economia acarreta o surgimento de “juristas-biólogos”, “juristas-sanitários”, “juristas-economistas”, etc¹⁶⁶.

Em resumo, a autonomia conferida às agências reguladoras independentes é um mecanismo assecuratório de sua independência frente aos agentes políticos, que se traduzem pela: (a) independência política dos dirigentes (impossibilidade de exoneração *ad nutum*); (b) independência técnica decisória; (c) independência normativa (necessária para a disciplina dos serviços públicos e atividades econômicas submetidas ao controle das agências); (d) independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada por força de receitas atribuídas pela lei às agências¹⁶⁷.

3.4. PODER NORMATIVO

Como anteriormente já visto, a regulação é uma forma de ação do Estado na ordem econômica adotada a partir dos anos 90. Trata-se, em linhas gerais, do modo como a coordenação entre empresas, cidadãos consumidores e os diferentes órgãos do governo se dá quanto à edição de normas, e cujo objetivo primordial é o de estimular, vedar ou determinar comportamentos envolvendo determinados mercados que, por seus traços próprios, requerem a interferência estatal. A ação regulatória se dá por meio de leis, regulamentos e outras regras editadas pelo poder público e por entidades às quais os governos delegam poderes regulatórios ou normativos¹⁶⁸.

Entretanto, apesar do importante papel desempenhado pelas agências de regulação, a sua capacidade de editar normas que interferiram no seu setor competente vem gerando debates na doutrina nacional acerca da afronta aos princípios constitucionais da separação dos poderes e da legalidade.

¹⁶⁶ *Ibidem*. p. 232

¹⁶⁷ CAMARGO, Sabino Lamego. *op. cit.* p. 9

¹⁶⁸ BRASIL, Presidência da República. **Relatório Final do Grupo de Trabalho Interministerial Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no Atual Arranjo Institucional Brasileiro**. Disponível em <<http://www2.anac.gov.br/portal/media/agenciasReguladoras.pdf>>. Acesso em outubro/2013

O professor Eros Grau, a fim de justificar o fundamento para a atividade normativa e reguladora das agências reguladoras, aplica ao direito brasileiro a tese defendida pelo jurista italiano Renato Alessi¹⁶⁹.

Segundo Eros Grau, o poder estatal compreende várias funções: a função normativa – de produção das normas jurídicas; a função administrativa – de execução das normas jurídicas; e função jurisdicional – de aplicação das normas jurídicas. A função estatal não se confundiria com o poder estatal. Poder é expressão de uma capacitação para efetivamente realizar ou impor determinado fim. Função estatal é expressão do poder estatal, enquanto preordenada a determinadas finalidades de interesse coletivo e objeto de um dever jurídico. Desse modo, por exemplo, a função legislativa não se confunde necessariamente com o Poder Legislativo¹⁷⁰. Para Alessi, as funções administrativa, normativa e jurisdicional estariam presentes simultaneamente nos Três Poderes¹⁷¹.

Eros Grau ainda explica que a função normativa não se confunde com a função legislativa. Legislar significa emanar estatuições primárias que valem por força própria. Trata-se da inserção de regras inovadoras sob a forma de *lei* ao ordenamento jurídico decorrente do exercício de poder originário. A função normativa, por seu turno, pode ser entendida como a possibilidade de emanar estatuições primárias, seja em decorrência do exercício do poder originário para tanto, seja em decorrência de poder derivado, contendo preceitos abstratos e genéricos¹⁷². Destarte, a função legislativa é espécie da função normativa.

O professor Eros Grau continua sua explicação afirmando que a possibilidade do poder executivo – ao qual as agências reguladoras estão vinculadas – trata-se na delegação, por meio de lei, do poder normativo feito pelo Poder Legislativo. Ou seja, o Poder Legislativo confere determinado grau de autonomia ao Poder Executivo para que este, por meio de suas autarquias, formule normas, as quais, não se confundem com leis. Eros Grau frisa que os regulamentos são estatuições primárias, ainda que não emanados de um poder originário. Por isso, o poder normativo

¹⁶⁹ ALESSI, Renato. **Principii di diritto amministrativo**. 4. ed. v. I. Milano: Giuffrè, 1986

¹⁷⁰ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 238

¹⁷¹ PAGOTTO, Leopoldo. **Fundamento constitucional da atividade normativa das autarquias no direito brasileiro**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord). **Direito Regulatório: temas polêmicos**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 299

¹⁷² GRAU. *op. cit.* p. 242

(regulamentar) das agências apresenta-se como derivado. Daí porque Eros Grau defende que os regulamentos autônomos expedidos pelo Poder Executivo – e pelas agências reguladoras - não seriam inválidos diante do princípio da legalidade¹⁷³.

O professor, discordando de grande parte da doutrina nacional, defende que o poder normativo do Poder Executivo não está restrito ao poder de expedir regulamentos de execução, ou seja, aqueles que se destinam a ao desenvolvimento dos textos legais, tendo em vista a fiel execução da lei. Existe a possibilidade do poder Executivo em expedir os regulamentos autônomos, os quais inovam a ordem jurídica não tendo como fim o mero desenvolvimento da lei anterior e que independem de delegação legislativa. O professor então retoma a diferenciação entre poder normativo e poder legislativo, lembrando que estas se consubstanciam em estatuições primárias decorrentes de um poder originário com conteúdo normativo sob uma das formas previstas no artigo 59 da Constituição Federal¹⁷⁴.

O professor Egon Bockmann Moreira compartilha da posição de Eros Grau.

Para Egon Bockmann Moreira, as conclusões do professor Eros Grau quanto a capacidade do Poder Executivo, bem como das agências reguladoras, em criar normas tem relevantes desdobramentos diante do cenário econômico e social atual. Isto porque Eros Grau defende aquilo que chama de “capacidade normativa de conjuntura” da Administração, vinculada à compreensão de que o processo de desenvolvimento implica uma dinâmica mobilidade social correspondente a adoção de uma nova visão da realidade, pois o direito necessita, como organismo vivo, estar em constante mutação, impondo-se a superação do descompasso existente entre o ritmo de evolução das realidade sociais e atividade de transformação da ordem jurídica¹⁷⁵.

Por meio da capacidade normativa de conjuntura dá-se uma resposta mais dinâmica aos instrumentos normativos de que deve lançar mão o Estado para dar correção a desvios ocorridos no desenrolar do processo econômico e no curso das políticas públicas que esteja a implementar. Trata-se de um dever-poder de órgãos e

¹⁷³ *Ibidem.* p. 244

¹⁷⁴ *Ibidem.* p. 245

¹⁷⁵ *Ibidem.* p. 232.

entidades da Administração que envolve a definição de condições operacionais e negociais em determinados setores e mercados¹⁷⁶.

Percebe-se que, se por um lado o Poder Executivo é necessário para situações momentâneas, por outro, o Poder Legislativo serve para regular situações estáveis, por meio de leis marcadas pela abstração e generalidade, até porque o procedimento legislativo, com seu prolongado trâmite, é incapaz de trazer respostas rápidas aos fatos¹⁷⁷.

Na lição de San Tiago Dantas:

O poder de baixar regulamentos, isto é, de estatuir normas jurídicas hierarquicamente inferiores e subordinadas à lei, mas que nem por isso deixam de reger coercitivamente as relações sociais, é uma atribuição constitucional do Presidente da República, mas a própria lei pode conferir, em assuntos determinados, a um órgão de Administração Pública ou a uma dessas entidades autônomas que são as autarquias. Não só a elaboração de regulamentos, mas a própria atividade legislativa, não se acha hoje enclausurada na competência de um só órgão do governo, mas se desloca, por força da delegação de poderes, para outros órgãos eventualmente mais aptos por se acharem em contato imediato com a matéria regulada ou disporem de maior rapidez de decisão¹⁷⁸.

Nesse mesmo sentido, Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández:

Com muita frequência, a lei contrai sua regulação a enunciar alguns princípios básicos, no que podem marcar sistematicamente as grandes linhas diretivas, deixando à Administração que por meio de um regulamento precise todo o casuísmo de desenvolvimento que pode exigir a situação ou a complexa atuação administrativa sobre ela. Duas razões concorrem para explicar esse processo: por uma parte, os tecnicismos da atuação administrativa não são conhecidos pelo órgão legislativo e por isso se

¹⁷⁶ *Ibidem*, P. 232

¹⁷⁷ WILLHELM, Camila Neves. **O Poder Normativo do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil diante do Artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988**. In Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central. Banco Central do Brasil. Procuradoria-Geral. – Vol. 1, n. 1, dez. 2007 –. Brasília: BCB, 2011, p. 65

¹⁷⁸ DANTAS, San Tiago. **Poder Regulamentar das Autarquias - Problemas do Direito Positivo**. *apud* Egon Bockmann Moreira. Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional, p. 10

remetem à determinação da Administração, por outra parte, o concurso de normas paralelas pode permitir à mais solene de ambas, a lei, uma concentração de princípios mais imune ao passar do tempo, em tanto que o casuísmo regulamentário pode ser objeto de adaptações constantes. Desse modo, se dota o conjunto normativo de maior flexibilidade¹⁷⁹.

Segundo o mesmo entendimento, Washington Peluso Albino de Souza explica que, no Direito Econômico, as leis tendem a ser mais genéricas, menos rígidas que as demais leis, o que permite adaptação constante à realidade. Para tanto, ele cita o exemplo das leis que estabelecem o tabelamento de preços. Segundo o mestre, a lei ordinária “cria” o órgão “tabelador” e lhe dá autorização para editar as tabelas de preços, por meio de “portarias”, “circulares”, e assim por adiante. Os limites do poder normativo são estabelecidos pela própria lei que instituiu o órgão¹⁸⁰.

Nesse sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4, de 1991, sobre a constitucionalidade e eficácia do Parecer Normativo SR nº. 70, de 06/10/1988, o qual trata da taxa de juros de 12% ao ano, elaborado pela Consultoria Geral da República, a qual, depois de aprovado pelo Presidente da República, passou a ter caráter normativo. As normas objeto da ação foram julgadas perfeitamente válidas, uma vez que foram editadas quando o Poder Executivo possuía competência para dispor sobre instituições financeiras e suas operações¹⁸¹.

A capacidade normativa de conjuntura dos entes da administração pública também foi reconhecida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2591/DF, conforme trecho da ementa:

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 50, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA

¹⁷⁹ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 299

¹⁸⁰ SOUZA. *op. cit.* p. 142

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4. Requerente Partido Democrático Trabalhista - PDT. Requerido: Presidente da República. Relator Ministro Sydney Sanches. Brasília, 07 de março de 1993. Disponível em <stf.jus.br> Acesso em novembro/2013

ECONOMIA [ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL.

[...]

9. O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa --- a chamada capacidade normativa de conjuntura --- no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro. 10. Tudo o quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional¹⁸².

Entretanto, apesar do Poder Executivo ser detentor da capacidade normativa de conjuntura, capaz de inovar a ordem jurídica, destaca o professor Egon Bockmann Moreira que existem determinados limites ao exercício do poder regulamentar das agências reguladoras – e do próprio Poder Executivo - em nosso ordenamento jurídico. Isto porque as competências normativas das agências reguladoras são criadas por lei e por elas limitadas¹⁸³.

O professor explica que, em primeiro lugar, a norma redigida pela autarquia não pode contrariar a lei, esta compreendida de forma ampla. Ainda que a autarquia tenha poder de editar disposições normativas, estas não podem opor-se a qualquer lei.

Em segundo lugar, o regulamento não pode criar, de forma inédita e autônoma, sem qualquer lastro normativo, obrigações e deveres às pessoas provadas, de modo a restringir o universo de direitos constitucionais ou legalmente assegurados aos administrados.

Em terceiro lugar, o regulamento não pode criar penas e sanções. Aplica-se o princípio da tipicidade penal (*nullum crimen, nulla poena, sine previa lege*).

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2591. Requerente Confederação Nacional Do Sistema Financeiro. Requerido: Presidente da República. Relator Ministro Carlos Velloso, relator p/ acórdão Ministro Eros Grau. Brasília, 07 de junho de 2006. Disponível em <stf.jus.br> Acesso em novembro/2013.

¹⁸³ MOREIRA, Egon Bockmann. **Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional**. p. 12

Em quarto lugar, o regulamento não pode ter efeito retroativo, a não ser quando vise beneficiar pessoas privadas, observando o princípio da igualdade e os limites da lei de outorga.

O professor também aduz que, tendo em vista, a organização político-administrativa brasileira, o regulamento deve respeitar a divisão de competências entre as pessoas componentes da federação (artigos 21, 23 e 30 da Constituição Federal). Isto porque já existem, além das agências federais, agências reguladoras estaduais e municipais, cada uma atuando em sua área de influência.

Por fim, os regulamentos autônomos serão sempre passíveis de controle pelo Poder Judiciário – quer no que diga respeito à possibilidade de sua emanção, quer quanto ao conteúdo de suas previsões, conforme dispõe o inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal¹⁸⁴. Conforme Washington Peluso Albino de Souza, o controle judicial dos atos das agências reguladoras consubstancia-se em um ponto de equilíbrio, ou seja, traduz-se na mais justa ponderação dos interesses individuais e sociais postos em confronto ante os fundamentos econômicos da ideologia adotada¹⁸⁵.

Como visto, as agências reguladoras detêm a capacidade de editar normas as quais visam adequar a atuação dos agentes econômicos nacionais em vista dos princípios sociais previstos na Constituição de 1988. No tocante à legitimidade da atuação regulamentar do Poder Executivo e das agências reguladoras, no campo da intervenção, por direção, no domínio econômico, está em sua capacidade de expedir normas que se amoldem, de forma eficiente, rápida e precisa, às mudanças conjunturais da realidade econômica e social do país, o que é incapaz de ser atendido pelo prolongado trâmite legislativo, destinado apenas a situações de estabilidade¹⁸⁶.

Independentemente da discussão a respeito da legitimidade do poder normativo conferido às agências reguladoras, o que de fato importa é que estas autarquias, para desempenharem seu papel regulador, disponham de instrumentos adequados e necessários ao alcance de seus objetivos.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 12

¹⁸⁵ SOUZA. *op. cit.* p. 123

¹⁸⁶ WILLHELM. *op. cit.* p. 69

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho propôs analisar o novo fenômeno da intervenção estatal no campo econômico por meio das agências reguladoras.

Como visto, a possibilidade do Estado brasileiro em intervir na ordem econômica não esteve sempre prevista nas Constituições brasileiras. As cartas constitucionais novecentistas, as quais tiveram forte influência do pensamento liberal da época, davam ampla liberdade aos particulares de atuarem no campo econômico. O papel do Estado consistia, nessa concepção, em garantir a ordem pública, para o livre desenvolvimento das atividades privadas da sociedade civil.

A primeira Constituição de 1934 foi a primeira a trazer de forma sistematizada um Título destacado à matéria econômica, superando-se, desta forma, concepção liberal de Estado. A partir de 1934, o Estado deixa de ficar omissos quanto aos problemas econômicos brasileiros, passando a conduzir sua atuação conforme as regras traçadas pela Constituição, atuando na solução dos problemas sociais brasileiros.

A partir de então, o Estado passou a ter a legitimidade constitucional para intervir no campo econômico a fim de promover o desenvolvimento socioeconômico do país. Na atual Carta Constitucional brasileira, a intervenção do Estado brasileiro encontra fundamento em artigos como 1º, 3º, 170 e 174, os quais preveem diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado em prol da sociedade.

No Brasil, durante muitos anos, a intervenção do Estado na ordem econômica consistiu na execução e exploração direta das atividades econômicas. Entretanto, tal modelo resou substituído, durante a década de 1990, por um modelo de intervenção indireta no campo econômico, a chamada regulação econômica.

Por meio da regulação econômica, o Estado retira-se da execução direta das atividades econômicas, diminuindo sensivelmente sua atuação nos setores que anteriormente controlava. No caso da regulação, ao invés de se inserir diretamente no mercado objeto de intervenção, o Estado emana normas que disciplinam a conduta dos particulares, estabelecendo limites e parâmetros comportamentais que antes não existiam, visando gerar efeitos econômicos naquele mercado que sejam condizentes aos fins previstos na Constituição Federal.

Este modelo interventivo teve origem nos Estados Unidos da América, durante o final do século XIX. Neste país, diante das exigências sociais de atuação do poder público a fim de combater monopólios e outras formas de concorrência desleal em determinados setores econômicos. Dessa forma, começaram a ser editadas pelo Congresso Nacional normas de caráter regulatório visando tutelar os consumidores norte-americanos dos abusos econômicos cometidos pelos empresários. Foram editados nesta época, por exemplo, o *Interstate Commerce Act* (1887), que proibia as empresas ferroviárias de cobrarem preços abusivos, e o *Sherman Act* (1890), o qual visava garantir a justa concorrência empresarial, prevendo sanções naqueles casos em que fosse constatada a existência de condutas que viessem a lesar o mercado e os consumidores.

No Brasil, a adoção das agências reguladoras tem início na década de 1990. Diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos, no Brasil, as agências reguladoras foram inseridas em nosso sistema econômico e administrativo em um contexto em que o Estado deixava de atuar diretamente na economia. Diante do elevado número de privatizações, concessões, permissões, terceirizações, das empresas e serviços públicos, o poder público adotou o sistema regulatório como meio de continuar a intervir no campo econômico.

No nosso sistema jurídico, as agências reguladoras constituem instrumentos da política econômica destinadas a fazer com que os serviços públicos e as empresas estatais entregues à iniciativa privada não deixem de atender à sua função social, ou seja, continuem a exercer os fins ditados pela Constituição Federal. Como principal característica destes entes autárquicos, pode-se citar sua autonomia, na esfera política, técnica-decisória, financeira e normativa. Conclui-se que as agências reguladoras necessitam de ampla autonomia a fim de desempenhar adequadamente suas finalidades se ficarem preservadas de eventuais ingerências externas do partido político ou da ideologia adotada pelo governo.

Por fim, conclui-se que as agências reguladoras também possuem capacidade de editar normas. Segundo Eros Grau, trata-se de capacidade normativa de conjuntura. Conforme foi exposto, cabe ao Poder Executivo, por meio de sua capacidade de elaborar normas que inovam a ordem jurídica, dar uma resposta imediata, por meio de textos normativos, às flutuações da conjuntura econômica que estão a todo tempo impor. Esta capacidade de editar normas, conforme visto,

não fere os princípios da separação dos poderes e da legalidade, uma vez que é preciso que as agências reguladoras disponham de instrumentos adequados e necessários ao alcance de seus objetivos.

5. BIBLIOGRAFIA

ALESSI, Renato. **Principii di diritto amministrativo**. 4. ed. v. I. Milano: Giuffrè, 1986

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000

_____. **O conceito jurídico de regulação da economia**. Revista de Direito Mercantil. São Paulo: Melhoramentos, Junho/ 2001

ARAUJO, Edmir Netto. **A aparente autonomia das agências reguladoras**. In: Moraes, Alexandre de (Org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002

BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**. 3º ed. São Paulo: Atlas, 2008

BANDEIRA, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 15 ed. São Paulo. Malheiros, 2003

BARROSO, Luis Roberto. **Apontamentos sobre as agências reguladoras**. In: Moraes, Alexandre de (Org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002

_____. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. São Paulo, V. 795, janeiro/2002

BASTOS, Pedro Paulo Zahluth. **A Construção do Nacional-desenvolvimentismo de Getúlio Vargas e a Dinâmica de Interação entre Estado e Mercado nos Setores de Base**. Disponível em <www.eco.unicamp.br/docprod/downarq.php?id=1765&tp=a>. Acesso em novembro/2013

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000

BRASIL, Presidência da República. **Relatório Final do Grupo de Trabalho Interministerial Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no Atual Arranjo Institucional Brasileiro**. Disponível em <<http://www2.anac.gov.br/portal/media/agenciasReguladoras.pdf>>. Acesso em outubro/2013

BUENO FILHO, Edgard Silveira. **Agências reguladoras e concorrências e o controle jurisdicional dos atos**. São Paulo: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, junho de 2003

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Agências de regulação no ordenamento jurídico-econômico brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000

_____. **Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional - estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

_____. **Direito econômico: aplicação e eficácia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001

_____. **Direito Econômico e Direito Administrativo: o Estado e o poder econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006

_____. **Novo dicionário de direito econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010

CAMARGO, Sabino Lamego. **Agências reguladoras e fato do príncipe**. Disponível em

<http://www.scamargo.adv.br/scripts/forum/textoTema.asp?Id=77&tema=Ag%EAncias+Reguladoras+e+Fato+do+Pr%EDncipe>

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2012

CLARK, Giovani. **A ADI 1950: o voto aula do Direito Econômico**. In: José Augusto Fontoura Costa/Outros (Org.). **Homenagem a Eros Grau: teoria e experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau**. São Paulo: Malheiros, 2013.

COMPARATO, Fabio Konder. **Ordem econômica na Constituição brasileira de 1988**. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. vol. 6. Revista dos Tribunais: São Paulo. Maio de 2011

_____. **A organização constitucional da função planejadora**. In Camargo, Ricardo Antonio Lucas (org.). **Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional - estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995

CYSNE, Rubens Penha. **Economia Brasileira no período militar**. Disponível em
<<http://www.fgv.br/professor/rubens/HOMEPAGE/publica%C3%A7%C3%B5es/Artigos%20Publicados/A%20Economia%20Brasileira%20no%20Regime%20Militar.pdf>>. Acesso em outubro/2013

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013

_____. (coord). **Direito Regulatório: temas polêmicos**. São Paulo: Atlas, 2003

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-provada e outras formas.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito econômico.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013

FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. **A regulação do serviço público concedido.** 1999. Dissertação (tese de mestrado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Porto Alegre

FORGIONI, Paula. **Agências reguladoras, serviços públicos e disciplina da concorrência no Brasil.** In: Ricardo Antonio Lucas Camargo (org.). **Títulos de crédito: concorrência e Mercosul: estudos em memória do professor Werter R. Faria.** Sergio Fabris Editora. Porto Alegre, 2008

_____. **Os fundamentos do Antitruste.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990

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

GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste.** Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris, 2004

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Agências reguladoras: a metamorfose do estado e da democracia (uma reflexão de direito constitucional e comparado).** Disponível em <<http://www.adami.adv.br/artigos/artigo17.asp>> Acesso em outubro/2013

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 14^a. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **As agências reguladoras**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 46, janeiro/2004

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

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

MERCADANTE, Aloizio. **Concepção e reforma da ordem econômica e financeira na Constituição de 1988**. *In* Bruno Dantas (Coord.). **Estado e Economia em Vinte anos de mudanças: Sistema Tributário e Ordem Econômica**. Brasília: Instituto Legislativo Brasileiro, 2008

MOLL, Luiza Helena Malta. **Externalidade e apropriação: projeções sobre o Direito econômico na nova ordem mundial**. *In*: Camargo, Ricardo Antônio Lucas (org.). **Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional: Estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995

_____. **Agências de regulação do mercado**. Porto Alegre: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002

MOREIRA, Egon Bockmann. **Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional**. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-11-AGOSTO-2007-EGON%20BOOCKMAN.pdf>> Acesso em agosto/2013

_____. **O Direito Administrativo contemporâneo e a intervenção do Estado na ordem econômica.** Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-10-MAIO-2007-EGON%20BOOCKMAN.pdf>>. Acesso em setembro/2013

NAPOLITANO, Carlo José. **Do tratamento da matéria econômica nas constituições brasileiras e o histórico das restrições à atividade econômica impostas aos estrangeiros.** Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: vol. 54. Jan 2006

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia - Introdução ao Direito Econômico.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Do estado patrimonial ao gerencial.** Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/papers/2000/00-73EstadoPatrimonial-Gerencial.pdf>. Acesso em outubro/2013

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. **Regulação e agências reguladoras: reforma regulatória da década de 1990 e desenho institucional das agências no Brasil.** In Pedro Ivo Sebba Ramalho. Regulação e agências reguladoras governança e análise de impacto regulatório. Brasília: Anvisa, 2009

RAMOS, Elival da Silva. **O Estado na ordem econômica.** Revista de Direito Constitucional e internacional. vol. 43. Revista dos Tribunais. São Paulo: Abril de 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Condutas anticoncorrenciais no setor bancário.** Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. vol. 37, n. 114, abr.-jun. 1999

_____. **Regulação da atividade econômica.** São Paulo: Malheiros, 2000

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico: Estado e normalização da economia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000

SILVA, Almiro Couto e. **Privatização no Brasil e novo exercício de funções públicas por particulares**. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-16-DEZEMBRO-2008-ALMIRO%20COUTO.pdf>>. Acesso em outubro/2013

SILVA, Bruno Mattos. **Limites constitucionais à ação estatal na economia**. In Bruno Dantas (Coord.). Estado e Economia em Vinte anos de mudanças: Sistema Tributário e Ordem Econômica. Brasília: Instituto Legislativo Brasileiro, 2008

SILVA, Carolina Theodoro da. **Relação e desregulação: uma discussão sobre o equilíbrio entre mercado e coletividade**. In: Maria Sylvia Zanella di Pietro (coord). Direito Regulatório: temas polêmicos. São Paulo: Atlas, 2003

SILVA, Fernando Quadros da. **Aspectos Institucionais das Agências Reguladoras**. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2007. Disponível em <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/apg_FERNANDO_QUADROS_DA_SILVA_CP2007.pdf . Acesso em outubro/2013> Acesso em outubro/2013

_____. **Controle judicial das agências reguladoras: a contribuição do processo civil brasileiro**. 2012. 250 f. Dissertação (tese de doutorado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Porto Alegre

SILVA, Jose Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Agências Reguladoras**. Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo, v. 33, Junho/2000, p. 150-160

_____. **Direito administrativo regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

_____. **Ordem econômica na Constituição.** Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo, v. 32, maio/ 2000

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico.** São Paulo: 2005

_____. **Lições de Direito Econômico.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002

_____. **Questões polêmicas de direito econômico.** São Paulo: LTR, 2008

_____. **Teoria da Constituição Econômica.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Curso de direito administrativo econômico.** São Paulo: Malheiros, 2006

THE U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. **Antitrust Enforcement Guidelines For International Operations.** Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/internat.htm>> Acesso em outubro/2013

VENANCIO FILHO, Alberto. **A intervenção estatal no domínio econômico.** Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas Ed,1968

VIDIGAL, Jose Augusto Maciel. **As agências reguladoras e seus poderes especiais no ambiente institucional contemporâneo brasileiro.** Disponível em <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2053970.PDF>>. Acesso em novembro/2013

WILLHELM, Camila Neves. **O Poder Normativo do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil diante do Artigo 25 do Ato das**

Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988. In Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central. Banco Central do Brasil. Procuradoria-Geral. – Vol. 1, n. 1, dez. 2007. Brasília: Banco Central do Brasil, 2011

6. LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA CONSULTADAS

BRASIL. Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil de 1934. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm

BRASIL, Constituição Dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm

Brasil. Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1967. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm. Acesso em outubro/2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em outubro/2013

BRASIL, Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em setembro/2013

BRASIL. Lei n.º 8.031, de 12 de abril de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm. Acesso em outubro/2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4. Requerente Partido Democrático Trabalhista - PDT. Requerido: Presidente da República. Relator Ministro Sydney Sanches. Brasília, 07 de março de 1993. Disponível em stf.jus.br Acesso em novembro/2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.950. Requerente: Confederação Nacional Do Comércio. Requerido: Governador do estado de São Paulo e Assembleia Legislativa de São Paulo. Brasília, 03 de novembro de 2005. Disponível em <stf.jus.br> Acesso em novembro/2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2591. Requerente Confederação Nacional Do Sistema Financeiro. Requerido: Presidente da República. Relator Ministro Carlos Velloso, relator p/ acórdão Ministro Eros Grau. Brasília, 07 de junho de 2006. Disponível em <stf.jus.br> Acesso em novembro/2013