Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R e DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 17 – fevereiro/março/abril - 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

COMO REGULAR AGÊNCIAS REGULADORAS?

Prof. Tercio Sampaio Ferraz Junior
Professor titular da Faculdade de Direito da USP.

O noticiário político tem mostrado, por vezes, um certo constrangimento para não dizer inconformismo do poder político em face do poder regulador concedido às chamadas agências reguladoras. Há algum tempo, um embate veio à tona pelo posicionamento do Ministro das Comunicações em face da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), que culminou com a edição do Decreto n. 4635/03, que estabeleceu competência à Secretaria de Telecomunicações do Ministério para orientar, acompanhar e fiscalizar, além de supervisionar, a própria ANATEL.

O Direito Administrativo brasileiro incorporou um instrumento do direito norte-americano: as agências reguladoras. A nova entidade é considerada "autarquia especial", em face de poderes ampliados que detém, em comparação com a simples autarquia. Sua principal característica, neste sentido, é apontada na **independência** (quanto a *decisão, objetivos, instrumentos, financiamento*). Por conta dessa característica ocorre, com a criação de agências, uma ostensiva **delegação de poderes**, uns quase-legislativos, outros quase-judiciais e outros quase-regulamentares. Tal delegação, obviamente, levanta sérias dificuldades no que toca ao fundamento jurídico do controle de suas atividades.

Essa questão do controle das agências reguladoras não é um problema novo.

A figura da "agência" é uma importação direta do direito administrativo dos Estados Unidos da América. Prolifera não só no Brasil, mas se espalha, por força da globalização, por diversos países da Europa continental, cuja tradição mais centralista sempre encarara a administração a partir dos interesses da Coroa, tendo por paradigma o Fisco como entidade arrecadadora e mantenedora do patrimônio do rei (cf. M.S. Giannini: *Corso di Diritto Amministrativo, Milano,* 1966, vol. I, p. 16, 23, 26). Daí uma concepção manifestamente orgânica, em que os entes administrativos são órgãos de um único corpo. Ao contrário, a tradição

anglo-saxônica sempre viu a administração como conjunto de corpos (*bodies*) de competência regionalizada, alguns sujeitos ao comando direto do Parlamento, outros até mesmo "eleitos" por convenções locais. Isto conduziu à famosa *negação de um direito administrativo* nos moldes franceses, proposta por Dicey, com repercussões, no direito britânico, até muito recentemente (cf. Griffith/Street – *Principles of Administrative Law,* London, 1951, p. 3 ss.).

No direito norte-americano, como assinala Di Pietro (Parcerias na Administração Pública, São Paulo, 1999, p. 133), *"o vocábulo* ***agência*** *tem sentido amplo, que abrange 'qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais', conforme consta expressamente da Lei do Procedimento Administrativo (Administrative Procedure Act)".* E conclui: naquele país, *"falar em Administração Pública significa falar nas agências, excluído do conceito o Poder Executivo".*

A tipologia americana das agências conhece diversas distinções. Do ponto de vista da delegação de poderes normativos pelo Congresso, fala-se em *regulatory agencies* e *non regulatory agencies*. As primeiras são atribuídas competências normativas capazes de afetar direitos, liberdades ou atividades econômicas dos administrados; às segundas, as atribuições limitam-se à prestação de serviços sociais, que, aparentemente, não envolveriam atividades de regulamentação. Esta distinção acabou sendo superada na jurisprudência, que percebeu, na atividade "não regulatória" aspectos de verdadeira regulamentação, o que fez submeter todas as agências ao *due process of law*. Outra distinção importante é entre as *executive agencies*, cujos quadros dirigentes são de livre disposição do Presidente da República, e as *independent regulatory agencies or comissions*, cujos dirigentes têm mandato e estabilidade.

A proliferação das agências nos Estados Unidos encontra uma de suas explicações na alta complexidade da atividade administrativa, impossível de ser dominada por saberes genéricos e formais. Daí a idéia de **especialização** em áreas de atuação demarcadas, nas quais o conhecimento **técnico** exige uma formação especial. Em conseqüência, a independência de grande parte delas tornou-se corolário do alto grau de **discricionariedade técnica** de seus atos regulamentares que, destarte, se supunham politicamente neutros, se comparados com a atividade legislativa do Congresso.

Nenhuma dessas características ficou isenta de grandes controvérsias, percebendo-se, sobretudo a partir dos anos 60, com a enorme proliferação de atos regulamentares, que os atos técnicos, a princípio restritos a decisões de casos concretos (*adjudications*), estendiam-se para a imposição de verdadeiras normas gerais (*rulemaking*), nas quais os juízos de valor (e, pois, políticos) eram patentes. De outro lado, o aparecimento de incontáveis "regras técnicas", para todo o tipo de atividade, levantou o problema do "engessamento" e a conseqüente proposta de "desregulamentação", adotada pelo governo Reagan, conduzindo o Poder Judiciário a julgar a necessidade dos regulamentos sob o prisma da razoabilidade. Com isso, o regime inicial das agências, sobretudo a sua independência, acabou por ser largamente contestado, reduzindo-se consideravelmente a sua função "reguladora", no que tange às suas relações com os três poderes.

No Brasil ao que parece, o modelo original é que vem sendo tomado para a criação de nossas agências.

Factualmente, as agências, no Brasil, surgem por conta do processo de privatização e da disciplina das concessões. Neste sentido aparecem como um novo instrumento de atuação do Estado no domínio econômico. Diz-se que elas representam a substituição do modelo de gestão com base em controles formais (legalidade e motivação fundamentada) e na intervenção direta (Estado empresário), pelo modelo gerencial, com base em avaliação de desempenho (eficiência) e intervenção condicionante da eficiência (regulação e regulamentação). Ou seja, nem o estado mínimo, protetor das liberdades (estado de direito liberal), nem o estado promotor de benefícios sociais e econômicos (estado social), mas o estado regulador que contribui para o aprimoramento das eficiências do mercado (estado regulador).

Sem muita reflexão teórica, mas na esteira de uma fundamentação constitucional não muito consciente, elas começam a proliferar. Com efeito, a CF, no art. 174, vê no Estado um "agente normativo e regulador da atividade econômica". Trata-se, neste âmbito, do exercício das funções de "fiscalização, incentivo e planejamento", esta última apenas indicativa para o setor privado. A noção de *agente normativo e regulador* parece dar supedâneo tanto à competência para baixar normas quanto para intervenções reguladoras no sentido de evitar distorções no comportamento do mercado por meio de imposições de ordem técnica (sobre a controvérsia a respeito da noção de *regulação* ver Vital Moreira: Auto-regulação profissional e administração pública, Coimbra, 1997, p. 34 e s.). No entanto, a criação de agências com atribuições técnicas, de suposta neutralidade política, mais voltadas para a eficiência das regulações e, necessariamente, independentes, com poderes quase legislativos: *problema da reserva de lei*, quase regulamentares: *problema da competência privativa do Presidente da República,* e quase judiciais: *problema dos limites do contencioso administrativo,* esbarra em conhecidos óbices constitucionais, a começar do disposto no art. 25 do ADCT. Segue-se toda uma série de indicativos limitadores de uma atividade regulamentar autônoma, que pudesse ser atribuída às agências, mesmo quando criadas com base em sede constitucional, como é o caso da ANP e da ANATEL.

Esses indicativos limitadores, porém, não parecem dar conta inteiramente do problema do controle.

A atribuição às agências de uma competência normativa e reguladora funda-se, basicamente, na sua independência. Segundo Arnold Wald (Wald/Moraes: Agências reguladoras, Revista de Informações Legislativas, 141/146) trata-se de independência *decisória, de objetivos, de instrumentos e financeira.* A primeira lhes garante capacidade de resistir às pressões políticas e econômicas, por força de *mandato*. A segunda lhes dá autonomia na determinação de fins, tendo em vista o interesse do consumidor. A terceira, diz com os meios, por exemplo, quanto a tarifas. A última refere-se à existência de recursos próprios e disponibilidade sobre eles. Obviamente, esta independência e as correspondentes competências devem estar fundadas em lei (legalidade). A

questão está, porém, em que medida é possível, em base constitucional, a ocorrência de verdadeira *delegação*, ainda que por via legal, daquela independência e das correspondentes competências, tendo em vista a tripartição dos poderes.

Isto posto, tem o presente texto o objetivo de analisar três questões dentre várias que possam ser suscitadas:

a) limites constitucionais à delegação de poderes: controle do poder regulamentar;

b) a presença, na Constituição atual, do princípio da eficiência: controle do poder regulador;

c) a delegação e a responsabilidade eficiente das agências: premissas para um controle das agências como entidades normativas e reguladoras.

1 - LIMITES CONSTITUCIONAIS À DELEGAÇÃO DE PODERES.

Se olharmos a questão do ponto de vista da doutrina mais tradicional, haveria de reconhecer-se que, na configuração de tipos legais para atos normativos, a Administração está adstrita à lei. Tanto que o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (art. 25) revogou, no prazo que determina, todos os dispositivos legais que atribuíssem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso, especialmente no que tange a "ação normativa". Assim, por exemplo, embora no passado, à luz da constituição anterior, fosse possível sustentar que a imposição de penas administrativas pudesse resultar de regulamentos, na Constituição vigente trata-se de expressa competência do Congresso (art. 48 caput, cc. art. 24 - I). Afinal, como observa Celso Bastos (Comentários à Constituição do Brasil, vol. 2º , Saraiva, p. 31): "Quanto aos regulamentos delegados, encontráveis em alguns países, também eles não se amoldam ao nosso direito, porque se trata de transferir competência legislativa, o que só se pode pela única via constitucionalmente aceita, que é a da lei delegada". E para a expedição de regulamentos o que resta é apenas a competência privativa do Presidente da República (regulamento para a *fiel* execução de leis, art. 84 - IV da CF). Nestes termos, a eventual competência conferida a órgãos administrativos para elaborar e aprovar seu regimento *interno* diz antes respeito ao próprio funcionamento, portanto a regras que disciplinam sua atuação no que diz respeito a seus membros e funcionários, não quanto a **direitos** dos administrados.

Trata-se, sabidamente, da submissão da Administração ao princípio da legalidade (art. 37). A legalidade dos atos administrativos, por exemplo, na imposição de penas, compreende não só a competência para o ato e suas formalidades extrínsecas, também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato (quando vinculantes do ato). Assim é também ilegal o ato que se baseie num dado fato que, por lei, daria lugar a um ato diverso do que foi praticado (cf. Victor Nunes Leal, Problemas de Direito Público e outros problemas, vol. I, ed. Ministério da Justiça, p. 264). Citando Seabra Fagundes (no seu clássico, O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 1941, p. 118, nota) diz o autor que tais atos serão examinados também para "aferir a conformidade do ato com o que apurou o processo", o que é uma questão de estrita legalidade. Não está em questão um tema de discricionariedade e conveniência (que se refere ao *acerto, à justiça, à equidade, enfim, a interesses, mas não a direitos*) mas de **não aplicação** ou **indevida aplicação** do direito vigente (lei no sentido formal).

Como esclarece Carlos Roberto Siqueira Castro (O Congresso e as Delegações Legislativas, Rio de Janeiro, 1986, p. 96 ss.), ao analisar as *delegações legislativas*, à luz do princípio da tripartição dos poderes, a rigor deveríamos reconhecer e admitir apenas a chamada *delegação nominada*. Trata-se daquela delegação *disciplinada diretamente numa constituição*, a qual determina o procedimento delegatório, seus limites e condições, e cujo exemplo patente é a lei delegada (atualmente, art. 68 da CF - 88).

A doutrina, no entanto, costuma reconhecer a existência – *de fato* - de um outro tipo de delegação, cuja natureza delegatória é, inclusive, discutível, denominada *delegação inominada*. Esta abarca diferentes sub-tipos, com diferentes formas de atribuição de competência normativa delegada, caracterizando-se, em geral, por ocorrer *sem nomeação constitucional*, fundada, pois, em legislação infraconstitucional.

A **delegação inominada** diz respeito ao fenômeno do poder regulamentar, em princípio atribuído privativamente ao chefe de governo, portanto restrita à forma nominada na constituição, para a fiel execução das leis formais; desta passa-se, também, a uma forma inominada, de estabelecer normas de implementação de leis que contenham princípios e diretrizes gerais (as *lois-cadres* dos publicistas franceses ou as *Massnahmengesetze* dos alemães) e, para uma forma ainda mais independente, para a regulamentação autônoma da consecução de serviços públicos e do exercício regular do poder de polícia. Correspondentemente, temos os chamado *regulamentos de execução*, cujo objetivo é explicitar o conteúdo das leis e descer a pormenores que tornem regular, disciplinada e viável a sua efetiva aplicação. Em seguida, os *regulamentos de complementação*, que exigem do Legislativo o estabelecimento explícito das normas gerais, dos princípios e dos critérios diretores, sob cuja égide ocorrerão especificações de natureza *executiva* que não apenas particularizam o conteúdo de regras gerais, mas, de algum modo, *criam regras* dentro das linhas fixadas pelo legislador. Por fim, temos os *regulamentos autônomos*, constituídos por atos normativos do Executivo, incondicionados em face de lei ordinária e fundados em reserva regulamentar autônoma prevista na constituição, por meio

dos quais são disciplinadas matérias *não* submetidas à reserva legal ou para as quais não haveria, eventualmente, lei ordinária.

Contudo, costuma ser bastante discutível, na doutrina, que o poder regulamentar inominado tenha o sentido de uma *delegação* ***legislativa*** (isto é, competência para fazer leis), pois isto equivaleria a uma renúncia em buscar critérios diferençadores entre lei e regulamento (cf. Afonso Rodrigues Queiró, Estudos de Direito Público, Coimbra, 1989, vol. I - O Poder Discricionário na Administração -, p. 435). Do ponto de vista da divisão dos poderes, a faculdade regulamentar é antes uma competência própria, inerente ao exercício da atividade administrativa, que requer uma certa margem de discricionariedade, mas sempre balizada pela ordem legal. Conforme o grau dessa discricioneriedade, contudo, é possível falar em poder regulamentar *stricto sensu*, que , à diferença das delegações nominadas, toma a configuração de uma impropriamente chamada "delegação" *lato sensu*, que se chama, por isso, *delegação inominada*. Nesta linha de raciocínio, salvo os regulamentos de execução, que, seguramente, **não constituem nenhuma forma de delegação legislativa** (eles existem apenas para a **fiel** execução da lei)**,** os regulamentos de complementação (e também os autônomos), se tomados como *delegação*, apontariam para um tipo de discutível sustentação à luz da tripartição dos poderes.

Uma tal delegação inominada, se pudesse ser admitida, suscitaria ademais um problema de delimitação entre lei e regulamento, problema já conhecido (e tratado de longa data com mais precisão) no que se refere aos regulamentos de execução, de competência privativa do chefe de governo. À diferença destes, os regulamentos de complementação e os autônomos parecem não cingir-se à **fidelidade**, embora exijam outros critérios de delimitação em face das leis.

Assim, ainda mais complicada é a delimitação, no caso da delegação inominada de complementação e a autônoma, que deveria continuar, de todo modo, submetida à exigência da divisão dos poderes, cuja necessidade emerge clara na famosa advertência de Montesquieu, segundo a qual quando "na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistrados, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade; pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado estabeleça leis tirânicas para executá-las tiranicamente" (*L'Esprit des Lois,* Paris, sem data, Livro XI, capítulo VI).

De modo geral, partindo-se do princípio de que o poder de legislar é uma competência constitucional que, nos sistemas contemporâneos, pode ser atribuída também ao Executivo (decreto-lei, medida provisória, lei delegada), o primeiro critério para determinar limites entre lei e regulamento de complementação estaria na verificação daquilo que, pela constituição, é considerado *reserva de lei* ou, admitindo-se uma competência do Executivo para editar normas com força de lei, *qual o seu alcance*. Com isto, a chamada delegação de complementação não passaria de um problema de discricionariedade administrativa, mas não de delegação propriamente dita.

Assim, no primeiro caso - reserva de lei -, estará proibido tudo o que caracterizar uma delegação *abdicatória* (conforme a expressão de Siqueira Castro), ou seja, tudo que significar uma renúncia ao poder-dever do Legislativo de exercer sua competência constitucional (vide o art. 25 do ADCT). No segundo, sempre que o Executivo, com relação a determinados conteúdos e sob certas condições, estiver autorizado pela constituição a emanar normas com força de lei (decreto-lei, medida provisória), excluída estará a sua competência regulamentar inominada. Por exemplo, admitida a competência para editar normas com força de lei sobre certas matérias, o Executivo não pode regulamentá-las por delegação inominada, só cabendo aí regulamento de execução nos limites do dispositivo legal (regulamentação para fiel execução, privativa do Presidente da República).

Restaria, em conseqüência, apenas explicitar com mais cuidado o limite em que deve ocorrer uma atribuição de poder de regulamentação de complementação enquanto mera interpretação discricionária ou em que limite é este extrapolado, ocorrendo, então uma (vedada) delegação abdicatória.

Obviamente não existe uma linha divisória objetivamente universal para esta delimitação (Queiró, p. 433). Não obstante, algumas orientações tópicas, doutrinária e jurisprudencialmente, estão assentadas. Assim, mesmo quando pareça ao legislador que as necessidades coletivas devam ser satisfeitas pela administração, pois admitem uma variação intensa, de difícil detalhamento, requer-se que a lei-quadro estabeleça com clareza os limites, as condições e as diretrizes para o exercício da complementação. Por exemplo, a doutrina norte-americana, para a qual os regulamentos de complementação são considerados uma forma de delegação admitida mas não fundada constitucionalmente, a lei deve ser acompanhada de *standards* adequados (*delegation with standard* bem a propósito das *agencies*).

Na doutrina nacional, Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1967, t. I, p. 575) assim se expressou: *"o princípio prático que corresponde à vedação das delegações legislativas pode ser enunciado do seguinte modo: há delegação legislativa sempre que a função outorgada ao Poder Executivo permite que, sem ônus de afirmar e aprovar se terem dado as circunstâncias que permitem variações, varia de resolução dentro da mesma classe de atos administrativos. Quando a delegação é proibida, também o é a extradelegação (- delegação do Poder Executivo a comissões, entidades para-estatais, carteiras, diretorias, etc.)".* Ou seja, se o Executivo, para editar normas com conteúdo diverso e até oposto, estiver agindo apenas com base no seu exclusivo critério, sendo seu o ônus de provar as circunstâncias que autorizam as variações, então houve delegação legislativa vedada. Neste sentido, o antigo Tribunal Federal de Recursos já reconhecera que não podia a lei atribuir ao Executivo aptidões que implicassem criar, modificar ou extinguir direitos, pois isto seria admitir que um ato sem a força vinculante da vontade popular veiculasse disciplina própria de lei, mediante delegação não admitida pela Constituição (v. TRF, AC n. 85500 - RJ, DJ, 23/5/85, p. 7882).

Em face deste posicionamento doutrinário e jurisprudencial, haveria, como salta aos olhos, uma ostensiva inconstitucionalidade em muitos dos dispositivos que garantem, às agência reguladoras, sua característica *independência.* Note-se que o problema não está, propriamente, na delimitação

da discricionariedade administrativa em face da lei, questão conhecida e bastante discutida na doutrina e na jurisprudência, mas na delegação de competência regulamentar diretamente às agências e isto nos quadros de uma Constituição que, em princípio, só admite delegação para fiel cumprimento da lei, competência privativa do Presidente da República.

Ao contrário deste preceito, a delegação **direta** de competência regulamentadora às agências poderia significar para elas, pela independência de suas decisões em face da hierarquia ministerial e até presidencial, o estatuto de um verdadeiro "quarto poder: um poder burocrático", no dizer dos doutrinadores americanos (cf. Jethro K. Lieberman: The Evolving Constitution, 1992, p. 35). Afinal, nos Estados Unidos, o vulto tomado pelas agências chega a conferir-lhes "*considerable power to declare, enforce and interpret the law*", de tal modo que, por exemplo, "*much detail in the federal tax law comes not from Congress but from regulations written by the Internal Revenue Service an d the Treasury Department*". Trata-se de uma configuração que, obviamente, contrariará a posição tradicional e conservadora do direito brasileiro e que merece, no entanto, uma reflexão mais detida em face do advento do *estado regulador*, até para descobrir-lhe os fundamentos e os limites constitucionais apropriados à Constituição pátria.

2 - O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E O CONTROLE DO PODER REGULADOR.

À luz das limitações constitucionais, mormente em face do princípio da legalidade, a questão da delegação de poderes exige uma consideração mais precisa. É preciso entendê-la no que ela tem de sentido ampliado, mas também no que este sentido tenha de ser convenientemente balizado.

Justamente em face da independência das agências, parece que, por força da Constituição Federal, deve-se partir de um princípio inelutável: é vedada a delegação com abdicação legislativa, isto é, a delegação do poder-dever de legislar, que importe em renúncia do **âmago** intransferível dessa competência política. Este princípio está claro no art. 25 do ADCT. O problema está em determinar em que se constitui aquele **âmago**.

Um primeiro limite (função de bloqueio do princípio da legalidade) definidor deste âmago está nos casos de expressa exigência constitucional de reserva de lei. É o caso do disposto no art. 150 – I. Tratando-se de tributo, só por lei pode ser este exigido ou aumentado. Obviamente aqui se inclui também o disposto no art. 5º – XXXIX (*nullum crimen sine lege*). Admitida, porém, a legalidade como princípio geral da atividade administrativa, o problema maior está nos limites determinados por aquele princípio, em face de outros, como o da eficiência, na definição daquele âmago.

Uma pista para o seu entendimento dá-nos Sotirios Barber (*The Constitution and the Delegation of Congressional Power, Chicago, 1975*): "*Congress evades its constitutional obligations when it deliberately transfers to others the responsability for decision among what public debate shows to be the most salient policy alternatives presented to it*" (p. 38 – as citações de Barber são *apud* Siqueira Castro, op. cit. p. 182 e s.).

A pista é vaga, mas aponta para algumas direções. O próprio Barber avança na sua explicitação: "*Since Congress does not necessarly have an obligation to perform itself ...it may delegate decisions to others, even important decisions, as long as these delegations appear to be necessary and proper exercises of power; in other words, as long as it can be said that Congress has arrived at clear policy decision among salient alternatives and that the delegations in question are* ***instrumental*** *to such decisions...The question in every case should be whether Congress has delegated as a means to persuing policy or as a way of evading reponsability for decision*" (p. 40-41, 89 - grifei).

Com efeito, a noção importante trazida por Barber, em termos de teoria constitucional sobre o âmago da competência do Congresso, é a da validade de *delegações instrumentais* a órgãos independentes, na presunção de que tenha havido prévia decisão do Congresso sobre *destacados* pontos de dúvida *política* referentes à questão. Tais delegações, enquanto **autênticas *delegações complementares***, nessas condições, e se for possível encontrar-lhes um fundamento na Constituição brasileira, não feririam o princípio da irrenunciabilidade do poder-dever de legislar, até porque, no plano dos fatos, *emergem da necessidade de lidar com a complexidade social e econômica em termos de técnicas e saberes especializados.*

O modelo do **Estado Regulador** tem a ver com este problema. Nele, a atuação do Estado deixa de ser estritamente a de mera proteção da liberdade (Estado de Direito e proteção da livre iniciativa), é também menos intervencionista isto é, menos assunção, pelo Estado, do *dever* de atuar diretamente no mercado, caso dos monopólios estatais, por exemplo (Estado Social), passando a um Estado em que a *dimensão* da Administração (empresarial) torna-se menor, com o conseqüente crescimento da participação da iniciativa privada na gestão de serviços públicos *lato sensu*, donde decorre a necessidade de maior flexibilização da Administração para exercer **funções de controle normativo e regulador**. *Neste contexto pode-se entender a introdução do princípio da eficiência no art. 37 da Constituição Federal.*

Entende-se, desde logo, que o princípio da eficiência traz para a discussão constitucional da delegação de competências um elemento novo. A eficiência cria para a Administração uma **responsabilidade** que não se reduz nem ao risco administrativo (responsabilidade pelo risco) nem à igualdade perante os encargos públicos (responsabilidade institucional), mas antes as incorpora em nome da obrigação imposta ao poder público, ao exercer funções reguladoras no mercado, de evitar as assimetrias de informação que funcionem como um incentivo para o comportamento oportunista dos agentes privados, levando o mercado a uma disfunção (responsabilidade pelo êxito). Lembre-se, a propósito, a doutrina francesa, que, ao tratar da responsabilidade objetiva (sans faute) da Administração, falava apenas de duas tendências: a) a civilista, que aplica a teoria

do risco para explicar a responsabilidade, pressupondo que a Administração também "tira vantagens" de sua atividade, decorrendo daí um risco assumido, tendo em vista a correlação vantagem/encargos; b) a publicista, que aplica o princípio da igualdade de todos perante os atos decorrentes de encargos públicos para justificar a responsabilidade por atos que ofendam o princípio (G. Vedel: Droit Administratif, Paris, 1961, p. 258 ss.). O princípio da eficiência cria, pois, uma outra forma de responsabilidade.

Está aí, assim, o fulcro da eficiência e desta como base constitucional para uma delegação de poder às agências, bem como de seus limites por força da sua responsabilidade pela solidariedade de meios e fins por atos normativos e reguladores. Afinal, o princípio da eficiência tem por característica disciplinar a atividade administrativa *nos seus resultados* e não apenas na sua consistência interna (legalidade estrita, moralidade, impessoalidade). Por assim dizer, é um princípio *para fora* e não *para dentro*. Não é um princípio *condição* mas um princípio *fim*, isto é, não impõe apenas *limites* (condição formal de competência) mas impõe *resultados* (condição material de atuação). Por seu intermédio, a atividade administrativa continua submetida à legalidade, muito mais, porém, à legalidade enquanto relação solidária entre meios e fins e pela qual se responsabiliza o administrador.

Entende-se, assim, a possibilidade de que uma delegação (instrumental) venha a inserir-se na competência do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, basicamente nas funções de fiscalização e incentivo, ambas em termos do princípio da eficiência. Ou seja, o princípio da eficiência exige que a Administração, em vista do mercado, seja dotada de competências reguladoras de natureza técnica e especializada sob pena de paralisia. Isto é, é impossível exigir-se *eficiência* da Administração sem dar-lhe competência para alocar fins específicos e encontrar meios correspondentes. A especialização técnica é exigência da eficiência.

Uma discussão sobre se é possível uma tal delegação instrumental, num sentido diferente do tradicional e conhecido problema da mera interpretação discricionária, principia por um entendimento, a começar, do próprio sentido da legalidade. Isto porque sua responsabilidade não está na escolha discricionária de meios, em face de fins definidos na lei, mas na eleição dos fins específicos, genericamente estabelecidos em lei, e da escolha dos correspondentes meios.

Ora, como entender estes *limites*, tendo em vista o sentido da *eficiência* como base da delegação instrumental?

3 - OS LIMITES IMPOSTOS PELA EFICIÊNCIA AO PODER NORMATIVO E REGULADOR DAS AGÊNCIAS.

Em primeiro lugar, em termos de eficiência, tratando-se de uma delegação para alocar meios e fins específicos, ela deve ser posta pelo Legislativo a serviço de uma decisão tomada entre várias alternativas políticas. É preciso ficar suficientemente claro que o Congresso tenha assumido uma diretriz quanto a uma política setorial, e que os objetivos dessa política tenham sido discutidos em face de alternativas plausíveis. Não basta que a delegação tenha por objetivo fins genéricos do tipo *interesse público* (ainda que setorial), mas é preciso que as finalidades sejam postas na forma de princípios finalísticos de ação. Não basta, no mesmo sentido, a fixação de fins do tipo *interesse protegido do consumidor*, mas exige-se algum detalhamento desses interesses. Com isso, a competência instrumental delegada obriga-se a completar este detalhamento, estabelecendo *fins tecnicamente viáveis* e encontrando os *meios adequados*, responsabilizando-se, afinal, pela relação solidária de meios e fins (responsabilidade pelo êxito).

Para esclarecer esta responsabilidade é necessário ter em conta a chamada eficácia técnica das normas contidas na lei. Neste sentido, a eficácia tem a ver com a aplicabilidade em termos de uma aptidão (de extensão variável) para produzir os efeitos (a política finalística adotada). Para uma realização normativa, a norma contém *funções eficaciais* (cf. Ferraz Jr. Introdução ao Estudo do Direito, 1994, p. 199).

Em primeiro lugar, normas visam a impedir ou cercear a ocorrência de comportamentos. Esta função tem o sentido de bloqueio de condutas indesejáveis (função de bloqueio). Em segundo lugar, normas visam à consecução de um objetivo, que funciona como um *telos* programático (função programática). Por fim, normas visam a assegurar um comportamento (função de resguardo).

Em princípio, as normas contêm as três funções, mas com graus de intensidade e importância diferentes. Neste caso é preciso distinguir entre funções primárias e secundárias, com o fito de estabelecer-lhes a prioridade e a dependência. Por outro lado, quando as três funções estão explicitadas na norma, sua eficácia é plena. Quando a função primária é explicitada, mas não as secundárias, a eficácia é limitada (isto é, sem a explicitação destas, a eficácia da função primária não se realiza). Se as secundárias não são explicitadas, mas a eficácia primária tem condições de realizar-se sem um detalhamento preciso, a eficácia é contida.

A delegação instrumental tem a ver com os casos de eficácia limitada da lei, em que preponderam as funções programáticas e de resguardo. Trata-se de situações em que, por razões de complexidade setorial e de correspondente exigência de especialização técnica, a lei que atribui a delegação autoriza decisões de mérito, responsabilizando-se o órgão competente pela alocação de fins tecnicamente apropriados e pelo encontro do meio correto. Esta responsabilidade é avaliada pela *eficiência* da medida. A lei traça as políticas setoriais, decidindo sobre as macro-alternativas, indica os meios gerais (função

de resguardo) e, para o detalhamento de fins e meios, exige a atividade delegada (função programática). A questão é saber como se dá, então, a função de bloqueio (limites legais de atuação da agência).

Na doutrina econômica norte-americana o assunto já é discutido há algum tempo. A teoria econômica da regulação, tendo por base a teoria do interesse público (implícita na literatura sobre falhas de mercado e regulação exigida pela especialização técnica), admitia que a regulação é dirigida ao mercado e é desenhada e operada primariamente para o seu benefício (Stigler 1971 - teoria da captura). Daí a prevalência genérica do interesse público. Mas a literatura posterior contestou o pressuposto.

O centro das discussões estava na impossibilidade de que políticas públicas pudessem ser reduzidas a uma explicação meramente econômica, seja baseada na premissa de comportamento racional/maximizador, seja na idéia normativa das falhas de mercado e dos objetivos de justiça e equidade, por parte do Estado. Os estudos mostram que as políticas econômicas de governo atendem a muitos e diferentes objetivos, inclusive os de barganha de votos, nitidamente políticos. Peltzman, (Toward a More General Theory of Regulation, em Journal of Law and Economics 19, n. 2, p. 211-40 - 1976, The Economic Theory of Regulation after a Decade of Regulation em Brooking Papers on Economic Activity-Microeconomics, 1989) resume as justificações econômicas, mostrando que a) grupos compactos e organizados tendem a se beneficiar mais da regulação que grupos amplos e difusos, b) a política regulatória tende a preservar uma distribuição de rendas políticamente ótima dentro de coalizões, c) na medida em que a recompensa política da regulação resulta da distribuição de riqueza, o processo regulatório é sensível a perdas.

Já a teoria das escolhas públicas (Buchanan, Liberty, Market and the State – Political Economy in the 1980s, 1983) insiste em que uma legislação é, desde sua origem, motivada pelos interesses privados que favorece, donde a possibilidade de que, de fato, os resultados de políticas sejam muito diversos, senão opostos, a suas motivações iniciais, por força de todos os outros elementos envolvidos.

Na Constituição brasileira, este tipo de preocupação esta presente, sem dúvida., no parágrafo 8º do art. 37, quando autoriza a celebração dos chamados *contratos de gestão*. Diz o preceito; "*A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I – o prazo de duração do contrato; II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III – a remuneração do pessoal*".

Ora, generalizando analogicamente tais preceitos para a discussão da delegação instrumental e da conseqüente responsabilidade pela solidariedade meio/fim da Administração por atos legalmente fundados, a noção de **eficiência**, aplicada às agências reguladoras, adquire alguns parâmetros que podem ser assim sintetizados. Tratando-se de princípio jurídico-constitucional (CF, art. 37

caput), algumas balizas normativas à lei que crie a delegação instrumental e ao conseqüente exercício desta podem ser, então, reconhecidas, de tal modo que se possa exercer controle da competência *regulatória* (normativa e reguladora):

> *1 - uma política regulatória eficiente deve procurar preservar uma distribuição de rendas politicamente ótima (ver, a propósito, o art. 170 –VII da CF: redução das desigualdades regionais e sociais);*
>
> *2 - políticas que reduzem a riqueza total disponível para a redistribuição devem, em princípio, ser evitadas na medida em que reduzem a recompensa política (interesse público) do ato regulatório (ver, neste sentido de orientação, o art. 170-VIII: busca do pleno emprego);*
>
> *3 - regras orientadoras das análises que conduzem a uma ação reguladora devem ser previamente conhecidas (exigência de transparência do poder público – art. 37 caput);*
>
> *4 - os atos regulatórios devem ser tomados por autoridade dotada de mandato (para minimizar a pressão de interesses: importante condição para tornar efetivo, por exemplo, o disposto no art. 175, parágrafo único, da CF);*
>
> *5 - por sua (tradicional) impermeabilidade institucional, o Poder Judiciário deve ser levado a decidir sobre o mérito das regulações (art. 5º – XXXV, tomado em sua plena extensão);*
>
> *6 - a eficiência é pressuposto tanto de atos vinculados quanto de discricionários, estando o agente da regulação obrigado a afinar suas decisões com os objetivos políticos setoriais prescritos em lei (legalidade em sentido de legitimação);*
>
> *7 - a participação do usuário de serviços e atividades regulados no controle das atividades de regulação deve estar prevista (CF art. 37, par. 3º).*

CONCLUSÃO

Por fim, tenha-se presente que estas regras gerais para controle da eficiência não dão conta, obviamente, do detalhe, mormente quanto às questões de natureza técnica. Elas são antes regras para *políticas* reguladoras, que o implemento técnico deve observar e cuja disciplina é adstrita ao caso concreto.

A competência das agências reguladoras funda-se na própria exigência constitucional de racionalidade que informa aquela competência: a de que se deve criar um ambiente onde o próprio mercado funcione, mediante a indução de comportamentos.

Aquela competência encontra embasamento jurídico no art. 174 da CF, consoante o qual o Estado é "*agente normativo e regulador da atividade econômica*" e exerce "*as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado*". Mas ela vem informada pelo dever de racionalidade, que, imposto ao Legislador, combina a atividade (*agente*) normativa com a reguladora. Pela primeira, cabe ao Estado, mediante *lei*, fixar diretrizes para a economia. Pela segunda, realizar o que os economistas chamam de *intervenção conforme*, isto é, orientar e influenciar os agentes econômicos por meio de políticas globais que equilibrem níveis de demanda, condições de repartição, eficiência na alocação e distribuição de recursos, sem lhes eliminar a livre determinação.

Em suma, o poder regulador das agências encontra limites no princípio da eficiência, o que faz com o que o seu controle seja exercido sobre a *razoabilidade* de seu conteúdo. Nos termos de uma exigência de eficiência, o controle de razoabilidade desdobra-se em três itens, a saber, adequação com relação aos fins propostos (*adequação*), êxito dos meios escolhidos para alcançar os resultados (*êxito*) e proporcionalidade dos meios com relação aos ônus impostos aos administrados, i.e., gerar os ganhos pretendidos com o mínimo de custos sociais (*proporcionalidade*).

No que se refere ao êxito (aptidão da medida para alcançar os resultados desejados), devemos notar que, na situação analisada, os agentes econômicos atualmente (sob o regular funcionamento do mercado) têm incentivos para realizar eles próprios uma fiscalização eficiente; as emendas introduziriam uma distorção nessa auto-regulação que hoje é satisfatória, criando demanda por uma regulação estatal mais intensa. Ou seja, as medidas propostas eliminariam a eficiência da fiscalização privada, acarretando a necessidade de elevação no volume de regras e intervenções sobre as atividades jurídicas.

Quanto à exigência de proporcionalidade (alcance do resultado com o mínimo ônus aos administrados e aos demais bens protegidos pelo ordenamento), a ampliação da carga regulatória geraria consideráveis restrições à livre iniciativa e livre concorrência restrições, quando o mesmo resultado poderia ser atingido sem esse ônus.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Como regular agências reguladoras?. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, fevereiro/março/abril, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br

4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não Disponível.