

ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SUA EFETIVAÇÃO POR PARTE DO ESTADO

FRANCISCO CARLOS DUARTE

Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutorado pela Università degli Studi di Lecce - Itália e pela Universidad de Granada - Espanha. Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Procurador do Estado do Paraná e advogado.

Resumo

O presente artigo consiste em um estudo acerca da efetividade dos princípios constitucionais relacionados ao desenvolvimento econômico, que revelaram-se ser os princípios que fundamentam a decisão do Estado de agir por meio das agências reguladoras, conciliando o interesse público e a iniciativa privada. Trata-se de uma revisitação da reforma do aparelho estatal, com um novo enfoque hermenêutico principiológico de acordo com o complexo de situações fáticas, éticas e axiológicas da sociedade contemporânea que viu seus direitos sociais abalados diante do cenário de instabilidade econômica que tem assolado o mundo todo nos últimos anos. Será desenvolvida uma reflexão sobre a interação destes princípios entre si e, em linha conclusiva, como se dá a sua efetivação por parte do Estado.

Palavras-chave

Desenvolvimento; Atividade econômica; Políticas públicas; Agências reguladoras.

Abstract

This paper consists of a study about the effectiveness of the constitutional principles related to the economic development, which proved to be the principles that justify the State's decision to act through regulatory agencies, balancing the public interest and the private sector. It is a revisitation of the reform of the State's apparatus, with a new principiological and hermeneutic approach in accordance to the complex factual, ethical and axiological situations of the contemporary society that saw its' social rights shaken by the economic instability scenario that has affected the whole world in recent years. It will be developed a reflection on the interaction of these principles with each other, and conclusively, how is the effectiveness managed by the State.

Key words

Development; Economic activity; Public policies; Regulatory agencies.

1. Introdução

Com o advento da Constituição Federal de 1988 houve um alargamento significativo na abrangência dos direitos e garantias fundamentais como princípios. A interpretação e efetivação desses princípios constitucionais é um tema fartamente debatido no meio acadêmico, e no cenário atual, de instabilidade econômica, o estudo de alguns destes princípios adquire nova relevância, quais sejam aqueles relacionados ao desenvolvimento econômico.

Em um sistema capitalista abalado, os princípios do livre mercado e da supremacia do interesse público merecem um novo enfoque quanto ao seu conteúdo e sua efetividade. Isso ocorre porque a hermenêutica principiológica abrange aspectos histórico-concretos do ato interpretativo que está condicionado por um complexo de situações fáticas e eventos carregados de exigências éticas e valorativas diante dos fins sociais a serem atingidos.

[...] Qualquer interpretação sofre as consequências do tempo e da época em que é executada, pois cada oportunidade temporal tem sua forma própria de impor suas limitações ou diretrizes, não podendo os intérpretes fugir a este tipo de imposição social. Conforme a época em que é efetuada a interpretação, ela carrega em seu bojo as ideias daquele tempo e os modos como se desenrolam e se desenvolvem as coisas, tudo encarado de forma concreta pelos constituintes das sociedades contemporâneas. (BAPTISTA, R. B. 2006, p.133)

Streck (2005) afirma que a hermenêutica tem como função deixar o fenômeno constitucional visível, “*des-objetificar* a Constituição”, superando o paradigma metafísico da dogmática jurídica e partindo para uma maior concretude das promessas da modernidade e do Estado Democrático de Direito. O erro dos juristas é querer desmembrar a norma constitucional de seu manancial político e ideológico, e do sentido dinâmico e renovador que sempre haverá de acompanhar este tipo de norma (BONAVIDES, 2002).

O que percebemos é que, no panorama atual, muitas dessas promessas não estão sendo cumpridas e isso resulta em grande descontentamento da população de um modo geral – o que é notório diante das diversas manifestações e protestos que estão eclodindo em todo o Brasil. Surge a noção de que os princípios do livre mercado e da supremacia do interesse público seriam antagônicos, onde um estaria prejudicando a efetividade do outro. Há no senso comum a ideia, talvez preconceituosa, de que o interesse privado, próprio do livre mercado, é oposto ao interesse público, de forma que sempre que a balança pender para um lado, o fará em detrimento do outro. Daí a necessária presença do Estado

regulador e fiscalizador, capaz de regular o livre mercado (FERRAZ Jr., 2003). Cabe ao Estado conciliar esses interesses, especialmente porque ambos estão expressamente assegurados na Constituição Federal.

Outro princípio evidentemente relacionado ao desenvolvimento econômico e bem-estar é o princípio da eficiência, que importou da ciência econômica a ideia de custo-benefício, abrindo caminho para que outros conceitos da microeconomia chegassem até a ciência jurídica.

No presente artigo será analisada a atuação do Estado como conciliador de interesses diversos, os meios pelos quais isso ocorre e a interpretação e efetivação dos princípios relacionados ao desenvolvimento econômico.

Para cumprir esta empreitada, optou-se pelo método indutivo, a partir da pesquisa bibliográfica e análise da legislação vigente.

2. Efetividade dos Princípios Aparentemente Conflitantes

O estudo dos meios de conciliação entre princípios conflitantes é de extrema importância para a ciência jurídica, pois é sobre as normas principiológicas que é construído e validado todo o sistema. O clássico modo de resolução empregado na incidência de colisão entre princípios é o método da ponderação. Na visão de Dworkin (2002) a colisão é solucionada levando-se em conta o peso e a importância relativa de cada princípio para escolher qual prevalecerá ou sofrerá menos restrição do que os outros. Robert Alexy (1999) esclarece que os princípios são mandamentos de otimização, que podem ser cumpridos em diferentes graus em cada caso concreto.

Quando há um conflito em nível fático, não haverá uma antinomia, os princípios serão verificados de acordo com o peso, ora privilegiando um princípio, ora outro (FARIAS, 2000).

O equacionamento das tensões principiológicas só pode ser empreendido à luz das variáveis fáticas do caso, as quais indicarão ao intérprete o peso específico que deve ser atribuído a cada cânone constitucional em confronto. E a técnica de decisão que, sem perder de vista os aspectos normativos do problema, atribui especial relevância às suas dimensões fáticas, é o método de ponderação de bens. (SARMENTO, 2004, p.55)

A ponderação é a decisão jurídica que será aplicada aos casos difíceis, em que uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia, mas que indicam soluções diferentes (BARROSO, 2004). É possível essa decisão acatar todos os princípios aplicáveis ao caso, cada um em menor ou maior grau. Além disso, a decisão não poderá violar o núcleo dos direitos fundamentais, lembrando que estes, igualmente, podem ver

seus conceitos jurídicos variados em função da compreensão histórica dos fenômenos sociais (BARCELLOS, 2005). Para isso, faz-se necessário compreender melhor os princípios aqui abordados.

Sempre que houver confronto entre interesses, há de prevalecer o coletivo. É o que determina o princípio da supremacia do interesse público, que é objeto do Direito Administrativo – ramo que existe para assegurar que a Administração Pública concretize os objetivos fixados em prol da coletividade. O intervencionismo estatal é justificado na medida em que assegura o bem-estar geral e permite que os indivíduos desfrutem de seus direitos constitucionalmente reconhecidos. Esta é a atividade administrativa adequada ao modelo de Estado Democrático de Direito:

[...] parte-se da premissa de que o vigente sistema constitucional, cujo núcleo é a defesa dos direitos e garantias fundamentais, vincula todos os poderes estatais e está no centro de todo o ordenamento jurídico. Dessa forma, a razão de ser do Estado é a satisfação dos direitos e garantias fundamentais. (BAPTISTA, I. 2013, p.57)

O princípio da supremacia do interesse público é apresentado como pressuposto de uma ordem social estável e não se encontra exclusivamente atrelado à Administração Pública – embora à ela compita o poder-dever de zelar por esse interesse. Em uma sociedade democrática, este princípio deve ser aplicado a toda sorte de decisões políticas, jurídicas e econômicas. Sempre que uma ação individual por em risco ou gerar consequências para a coletividade, tal atividade deverá ser impedida.

Entretanto, a Constituição de 1988 instituiu um Estado pluralista, onde *pluralista* significa que interesses diversos devem ser protegidos. Conciliar, por exemplo, o livre mercado com a supremacia do interesse público faz parte dessa proteção plural. “A preservação, na maior medida possível, dos direitos individuais constitui porção do próprio interesse público.” (BINENBOJM, 2005)

O princípio do livre mercado é oriundo do liberalismo econômico e traz diversos sentidos, segundo Eros Roberto Grau (2003), como o livre exercício das atividades econômicas, a mínima ingerência do Estado do domínio econômico e não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei.

No Brasil, este princípio esteve presente já na Constituição Imperial de 1824 no art. 179, inciso XXIV, que determinava que “nenhum gênero de trabalho, indústria, ou comércio pode ser proibido”; a Constituição Republicana de 1891, no art. 72, §24 garante o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial”; a Constituição de 1934 foi a primeira a unir a ordem econômica e a social, garantindo a liberdade econômica de acordo com os princípios da justiça e de uma existência digna; a Constituição de 1937 foi a primeira a permitir a intervenção do Estado no domínio

econômico – este formato foi consolidado também nas Constituições de 1946 e 1967 que traziam expressas a necessidade de se reprimir o abuso do poder econômico. Atualmente, a Constituição Federal de 1988 adota a livre iniciativa, de natureza principiológica, como fundamento da ordem econômica (art. 170, caput) e da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV).

Ainda que previsto constitucionalmente, o princípio do livre mercado e livre iniciativa é limitado, também constitucionalmente, pela proteção à dignidade da pessoa humana e do bem-estar social.

[...] a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo. (SILVA, 2012, p.726)

O constituinte teve o cuidado de elencar princípios diversos e até mesmo antagônicos à primeira vista de forma que haveria uma mútua limitação, contendo excessos, privilegiando o equilíbrio. O mercado completamente livre é uma ameaça à estabilidade do próprio mercado. Há a necessidade de uma segurança jurídica para as relações comerciais, a propriedade, os contratos, os impostos, etc. O Estado Democrático de Direito surge com a incumbência de reduzir antíteses econômicas e sociais, e isso se torna possível com a devida interpretação e aplicação de seus preceitos. Esse equilíbrio pode ser verificado nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr:

A livre iniciativa é afirmada prescritivamente, na Constituição Federal, como base da Ordem Econômica (art. 170). Afirmá-la é acreditar na liberdade humana na conformação da atividade econômica, é aceitar sua intrínseca contingência e fragilidade, preferindo uma ordem aberta ao fracasso (risco) contra uma estabilidade imposta e regulada. Significa que a estrutura da Ordem Econômica está centrada na atividade das pessoas e não na atividade do Estado. Isto não significa a eliminação deste, mas sublinha que o exercício da atividade econômica, na produção, na gestão, na direção, na definição da política econômica da empresa está regulado pelo princípio da exclusão: o que não está juridicamente proibido está juridicamente permitido. Esta observação não quer significar uma afirmação do *laissez faire* [...] não há nenhum sentido ilimitado e absoluto na livre iniciativa. A ilimitação está no principiar da atividade, mas não nos desempenhos e nas conseqüências. (FERRAZ Jr., 2003, p.215)

Discute-se aqui a aparente colisão de conflitos porque a historicamente delicada relação entre liberalismo e *Welfare State* foi avaliada, até recentemente, como contraditória. A racionalização normativa da economia somente se firmou após o Protocolo de San

Salvador¹, que expressamente afirmou em seu preâmbulo que há uma estreita relação entre direitos econômicos, direitos sociais e direitos civis e políticos.

O que passamos a investigar aqui não é a interpretação dos princípios com vistas à solução de um único e específico caso concreto, é a interpretação e efetividade dos princípios norteadores da atuação do Estado, pois é sabido que a ordem principiológica jurídica orienta também as decisões políticas, como forma de impedir retrocessos sociais.

Dessa forma, surge um novo paradigma para o Estado. A Constituição Federal de 1988, em seu Título VII, disciplina a atuação dos agentes econômicos vinculando a sua conduta à determinados princípios:

É o conjunto de preceitos e instituições jurídicas, garantidos os elementos definidores de um determinado sistema econômico, que instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica” (MORAES, 1974, p.34)

Ocorre que a livre iniciativa e a justiça social estão destacadas já no *caput* do art. 170 da CF – onde os termos “justiça social” podem ser traduzidos como o bem da coletividade. Portanto, não há contradição entre interesse público e interesse privado, pelo contrário, ambos são complementares e devem receber proteções e estímulos equivalentes. Os princípios da supremacia do interesse público e do livre mercado, na realidade, interagem em busca do equilíbrio.

3. O Integrador Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência, de certa forma, é uma soma dos supracitados princípios, podendo ser visto até mesmo como o equilíbrio encontrado a partir de uma paradoxal limitação e complementação mútua e simultânea. Atualmente, as instituições devem garantir o funcionamento estável do mercado, pois este é imprescindível para a realização da justiça social. E a noção de mercado aqui compreende toda a produção e circulação de bens, serviços e ativos financeiros, até o consumo e todos os sujeitos envolvidos neste processo. Neste sentido, o Direito Público, igualmente, visa satisfazer as necessidades sociais de forma eficiente.

O conceito de eficiência, importado da microeconomia, baseia-se na avaliação do custo-benefício, e pode ser resumidamente explicado como a capacidade de realizar trabalhos com o mínimo de desperdícios e o máximo de produtividade. Para o Estado, é a

1 Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

maior realização concreta possível dos fins de interesse coletivo, os maiores benefícios, com os menores ônus possíveis – tanto para o próprio Estado, como para as liberdades dos cidadãos (ARAGÃO, 2006).

Sua inserção no rol dos princípios que regem a Administração Pública se deu através da Emenda Constitucional 19/1998, respondendo aos anseios de uma ordem econômica com tendência neoliberal, consolidando uma reforma administrativa em busca de mais resultados e menos burocracia na gestão da coisa pública.

Nos últimos anos assistimos em todo o mundo a um debate acalorado [...] sobre o papel que o Estado deve desempenhar na vida contemporânea e o grau de intervenção que deve ter na economia. No Brasil, o tema adquire relevância particular, tendo em vista que o Estado, em razão do modelo de desenvolvimento adotado, desviou-se de suas funções precípua para atuar com grande ênfase na esfera produtiva. Essa maciça interferência do Estado no mercado acarretou distorções crescentes neste último, que passou a conviver com artificialismos que se tornaram insustentáveis na década de 90. Sem dúvida, em um sistema capitalista, Estado e mercado, direta ou indiretamente, são as duas instituições centrais que operam na coordenação dos sistemas econômicos. Dessa forma, se uma delas apresenta funcionamento irregular, é inevitável que nos deparemos com uma crise. (CÂMARA DA REFORMA DO ESTADO, 1995, p.9)

O princípio da eficiência veio para dar respaldo à diminuição da máquina estatal, que passa a estar restrita apenas às áreas imprescindíveis e abre espaço para a iniciativa privada. O argumento utilizado pelo governo para implantar o Plano Diretor da Reforma do Estado, em 1995, segue esta linha:

Reformar o Estado significa melhorar não apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também as finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que o mesmo tenha uma relação harmoniosa com a sociedade civil. A reforma do Estado permitirá que seu núcleo estratégico tome decisões mais corretas e efetivas, e que seus serviços – tanto os exclusivos, quando os competitivos, que estarão apenas indiretamente subordinados na medida em que se transformem em organizações públicas não estatais – operem muito eficientemente. (DI PIETRO, 1999, p.73)

O desafio era o de favorecer o desenvolvimento e ajustar a atuação do Estado em um cenário de economia de mercado globalizada, mas ainda de acordo com a necessária prestação de serviços básicos e implementação de políticas sociais.

Portanto, dissecado o princípio da eficiência percebe-se, de fato, que este consiste em uma combinação dos princípios da supremacia do interesse público e do livre mercado. Onde o mercado tem um bom funcionamento, a iniciativa privada sente-se mais

segura para atuar e isso resulta em investimentos em capital humano e tecnologia – duas importantes peças da mecânica do crescimento econômico. A vivência econômica absolutamente liberal apresentou sérias limitações nos quesitos de transparência, estrutura, mobilidade social e incentivo para bens e serviços coletivos. A atual ordem econômica constitucional busca conciliar, através de seus princípios, o progresso e a estabilidade, a justiça social e a liberdade.

A Constituição não deve ser algo divorciado da sociedade, mas um feixe de normas e princípios que devem, necessariamente, refletir o sentimento, os anseios e as necessidades da sociedade e a força da consciência popular de uma época. E quando esta *Constituição formal* – entendida como o conjunto de normas constitucionais abstratas – chega a coincidir com a *Constituição material* – entendida como a Constituição viva ou da realidade – tem-se, então, a primeira como parte ativa, influente e reguladora de um sistema em que realmente se exprimem as decisões básicas da sociedade. (BONAVIDES, 2002, p.76, grifo do autor)

Essa decisão normativa suscitou um maior dirigismo estatal na economia: o Estado regulador. “A livre iniciativa, assim, não exclui a atividade fiscalizadora, estimuladora, arbitral e até suplementarmente empresarial do próprio Estado” (FERRAZ Jr., 2003, p.215).

Os princípios indicam o ideal, mas a sua efetividade passa por um caminho tortuoso, que veremos a seguir. Para que os princípios do desenvolvimento econômico pudessem ser mais efetivos, foi imprescindível uma redefinição do papel do Estado, onde este deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via de produção de bens e serviços, para assumir a função apenas de promotor e regulador desse desenvolvimento. O modelo administrativo contemporâneo adota o sistema dual: juridifica o sistema econômico através da regulação. Estado e mercado passam a ser um todo indivisível.

4. A Atuação do Estado com Vistas à Efetividade dos Princípios do Desenvolvimento Econômico

A Constituição Federal de 1988 trouxe expressos princípios para favorecer o desenvolvimento econômico. Visto que os princípios apenas descrevem o estado ideal das coisas – ou, o fim buscado – analisaremos agora o meio escolhido pelo Estado para garantir a efetividade destes princípios.

O modelo burocrático do Estado com acúmulo de funções (produtor, prestador, protecionista e empresário) não era capaz de acompanhar o desenvolvimento da economia e da sociedade, especialmente diante da crescente globalização. Isso prejudicava a gestão pública e afetava profundamente a governabilidade. Era hora de modernizar o

Estado, que passaria a assumir o papel de regulador, fiscalizador e fomentador, estando voltado apenas para as funções mais essenciais.

Em todo o mundo, os cidadãos e seus representantes eleitos parecem simplesmente ter chegado à conclusão de que o governo de seu país, seja qual for o seu tamanho relativo, é grande demais e precisa ser reduzido, de que a administração pública é muito cara e deve ser modificada para oferecer maior eficiência e maior eficácia. (KETTLE, 1999, p. 76)

As atividades econômicas, de acordo com o princípio da livre iniciativa, deveriam ser exercidas prioritariamente pela iniciativa privada. Entretanto, para assegurar o respeito aos interesses da coletividade, essas atividades econômicas deveriam ser rigorosamente reguladas e fiscalizadas, de forma que tiveram que ser importadas para a realidade brasileira as agências reguladoras. As primeiras agências criadas no Brasil foram a ANP - Agência Nacional do Petróleo (Lei nº 9.478/96), ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) e ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica (Lei nº 9.427/96).

O processo de transformação do Estado é constante, assim como a evolução da civilização, onde o setor público abandona algumas funções e assume outras (PIMENTA, 1998). Nas últimas décadas, a globalização foi um fator de aceleração deste processo, pois exige o desenvolvimento da atividade econômica de forma mais rápida, menos burocrática e com mais qualidade, para que o país possa se manter competitivo. Este novo papel adota a descentralização como estratégia, enfraquecendo as funções de produtor direto, interventor e protecionista, e fortalecendo as funções reguladora, fiscalizadora e de indução do desenvolvimento, possibilitando o aumento da governabilidade (GROTTI, 2006).

Este é um ponto de grande importância: o aumento da necessidade de regulação é consequência da opção política e econômica do Estado de, em vez de assumir diretamente o exercício de atividade empresarial, intervir ativamente nessas atividades, utilizando instrumentos de autoridade. Não significa uma redução quantitativa obrigatória da atividade do Estado, mas uma alteração no perfil dessa atividade: ao deixar de assumir a tarefa de produção direta de bens e serviços, o Estado, na mesma proporção, intensifica o exercício de suas prerrogativas de intervenção no domínio econômico. (ALEXANDRINO e PAULO, 2013, p. 160)

Essa alteração ocorre com o propósito de que a Administração Pública direta fique mais voltada às suas atividades-fim. Neste cenário, a Administração Pública indireta torna-se mais relevante, e o controle das práticas econômicas também se dá de forma indireta. O Estado redimensionou a sua atuação como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174, CF), através da criação de agências reguladoras, encontrando

a medida exata em que o deve interferir na economia, visto que é sabido que o mercado sozinho não garante desenvolvimento, prosperidade e justiça social, assim como o estatismo exagerado dá vazão ao corporativismo e à ineficiência.

Com a implementação da política que transfere para o setor particular a execução dos serviços públicos e reserva para a Administração Pública a regulamentação, o controle e a fiscalização da prestação desses serviços aos usuários e a ela própria, o Governo Federal, dito por ele mesmo, teve a necessidade de criar entidades para promover, com eficiência, essa regulamentação, controle e fiscalização, pois não dispunha de condições para enfrentar a atuação dessas parcerias. Tais entidades, criadas com essa finalidade e poder, são as agências reguladoras. São criadas por lei como autarquia de regime especial recebendo os privilégios que a lei lhes outorga, indispensáveis ao atingimento de seus fins. São entidades, portanto, que integram a Administração Pública Indireta. (GASPARINI, 2000, p. 342)

Este novo modelo de Estado e de gestão objetiva, principalmente, assegurar maior eficiência no desempenho das atividades da Administração Pública, maior agilidade e capacidade gerencial, maior legitimidade e transparência e maior aproximação com a sociedade.

A característica fundamental das agências consiste na especialização dos fins ou atividades, pois trata-se do ponto principal para que seja possível alcançar o objetivo para o qual elas são criadas. As autarquias existem para atuar em serviços e setores onde é necessária uma administração mais ágil, dependendo, portanto, de pessoal especializado. Uma definição apropriada das agências reguladoras é a seguinte:

São autarquias que recebem por lei tal qualificação, quando de sua criação, para atuar como órgãos autônomos, destinados a administrar setores em que são desenvolvidas *atividades privadas de interesse público*, tais como o são os *serviços públicos*, por delegação (concessões e permissões e institutos afins), bem como as atividades, profissionais ou empresariais, que venham a estar legalmente submetidas a um *regime especial de controle* destinado a salvaguardar valores específicos, como ocorre com a vigilância sanitária, com o regime hídrico e tantos outros, em listagem em expansão, na medida em que as atividades privadas, em áreas econômicas ou sociais constitucionalmente definidas como de *relevância coletiva* recebam específico ordenamento público regulador. (MOREIRA NETO, 2014, p.256-257. Destaque no original)

As agências reguladoras atuam sobre setores vitais da economia – tais como a energia elétrica, telecomunicações, aviação civil, vigilância sanitária e o petróleo – cuja titularidade, via de regra, por imposição constitucional, é pública, mas sua execução, a partir

das privatizações, passou a ser encetada por entidades privadas, em consonância com o art. 175 da Constituição Federal (PIMENTA, 1998). A atividade econômica, portanto, é exercida pela iniciativa privada, mas o interesse público continua sendo velado pelas agências reguladoras, sendo respeitados os princípios constitucionais aqui estudados.

No que tange às funções das agências reguladoras, pode-se dizer que gozam de certa independência em relação aos três poderes do Estado:

(a) em relação ao Poder Legislativo, porque dispõem de função normativa, que justifica o nome de órgão regulador ou agência reguladora; (b) em relação ao Poder Executivo, porque as normas e decisões não podem ser alteradas ou revistas por autoridades estranhas ao próprio órgão; (c) em relação ao Poder Judiciário, porque dispõem de função quase-jurisdicional no sentido de que resolvem, no âmbito das atividades controladas pela agência, litígios entre os vários delegatários que exercem serviço público mediante concessão, permissão ou autorização e entre estes e os usuários dos respectivos serviços. (DI PIETRO, 1999, p.131)

Entretanto, cabe a ressalva de que essa independência deve ser vista em harmonia com o regime constitucional brasileiro que a limita, por exemplo, pelo princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, CF), ou com relação ao Poder legislativo que, por óbvio, as normas emanadas das agências não podem se sobrepor ou conflitar com as disposições constitucionais ou legais editadas pelo Congresso Nacional. Portanto, em que pese serem independentes ou autônomas, as agências reguladoras estão submetidas ao controle dos três poderes do Estado, bem como do Tribunal de Contas da União.

As atribuições das agências reguladoras, quando comparadas umas às outras, de um modo geral, sofrem pequenas alterações de acordo com a lei de criação de cada uma delas. Há, entretanto, uma atribuição comum à todas: a regulamentar – de onde vem o nome “reguladoras”.

Possuindo poder normativo, então, consideraremos o ente uma agência reguladora. Esta será, portanto, não o ente que, simplesmente exerça regulação em qualquer das formas, mas, acima de tudo, o que possua competência para produzir normas gerais e abstratas que interferem diretamente na esfera de direito dos particulares. (MENDES, 2000, p. 129)

Para que o desempenho dessas agências seja considerado satisfatório elas deverão expedir normas operacionais e de serviço, acompanhando o ritmo do desenvolvimento tecnológico e das demandas populares, fiscalizar o cumprimento dessas normas e, quando necessário, aplicar as devidas sanções com rapidez. O poder regulatório se deve ao fato de que as agências são instituídas para combater as prováveis falhas de mercado, assegurando a competitividade do setor no cenário mundial, diminuir custos de transação inerentes à

provisão de bens públicos, reduzir assimetrias de informação entre agentes econômicos, combater externalidades negativas advindas das interações econômicas, universalizar serviços e promover interesses dos consumidores (PRZEWORSKI, 1998).

O regulamento editado pela agência reguladora, portanto, tem validade sempre que houver previsão legal para essa edição, se forem cumpridos os requisitos constantes na lei permissora e se estiver de acordo com o ordenamento jurídico vigente, visto que, obviamente, uma agência reguladora jamais poderá criar uma norma que esteja em desconformidade com o que prevê uma lei hierarquicamente superior. Este poder normativo, ainda que amplo, se dá com base em parâmetros predeterminados chamados de *standards*, que são os limites para o exercício satisfatório do poder delegado.

Essas figuras [agências reguladoras] envolvem o exercício de um amplo poder normativo (o poder de ditar normas com a mesma força de lei e com base em parâmetros [...] - *standards* nela contidos), outorgado pelos diversos diplomas legais que as tem instituído, cumulado com o fiscalizatório, o sancionatório, o de dirimir conflitos de interesses entre agentes econômicos regulados, entre tais agentes e a própria agência, ou mesmo entre tais agentes e usuários, etc. (GROTTI, 2006, p.8)

Essa descentralização do poder permite uma melhor gestão e desburocratização do Estado e celeridade nas decisões. A função normativa das agências reguladoras representa hoje a condição *sine qua non* para que a regulação aconteça de forma ágil e satisfatória.

Como, em princípio, não se fazia necessária e nítida diferença entre as matérias que exigem escolhas político-administrativas e as matérias que devam prevalecer às escolhas técnicas, a competência legislativa dos parlamentos, que tradicionalmente sempre foi privativa, na linha do postulado da Separação dos Poderes, se exerceu, de início, integral e indiferenciadamente sobre ambas. Somente com o tempo e o reconhecimento da necessidade de fazer a distinção, até mesmo para evitar que decisões técnicas ficassem cristalizadas em lei e se tornassem rapidamente obsoletas, é que se desenvolveu a técnica das delegações legislativas. (MOREIRA NETO, 2000, p. 162)

As agências reguladoras estão inseridas no contexto do poder-dever da Administração Pública, ou seja, no poder jurídico conferido ao agente público para a satisfação do interesse da coletividade. Os setores sobre os quais elas atuam estão estritamente relacionados à questão do desenvolvimento pátrio, e portanto, evidenciam o poder-dever da atuação da agência sobre aspectos regulatórios existentes a respeito da relação e equilíbrio entre atividade econômica, energia, desenvolvimento, sociedade e meio ambiente, prevenindo falhas de mercado e preservando o interesse público.

O papel fundamental das agências reguladoras neste cenário é justificado:

[...] desenvolvem uma tripla regulação: a regulação dos monopólios, visando atenuar o efeito das forças de mercado, através de controle de preços e da qualidade do serviço; a regulação para a competição, a fim de criar condições para existência e manutenção da concorrência; e a regulação social, objetivando à universalização dos serviços, que agora obedece a uma certa tendência à eliminação dos subsídios cruzados. Por fim, a circunstância de agirem sem subordinação ao Executivo [...]. Com isso, busca-se assegurar uma regulação imparcial, decisões mais técnicas, dotadas de maior proteção contra as ingerências meramente políticas, que poderiam prejudicar o funcionamento ideal de um modelo competitivo. (GROTTI, 2006, p. 8)

Diante de todos esses aspectos vemos a importância de se ter um órgão especializado para o setor, que seja capaz de acompanhar o desenvolvimento da indústria, solucionar eventuais conflitos e direcionar os ganhos de forma que a economia brasileira possa se fortalecer, pois tudo isso representa, acima de tudo, zelo pelo interesse público. Ademais, o poder regulador ainda vai além do interesse público, conforme explica Tércio Sampaio:

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). (FERRAZ JÚNIOR, 2000, p. 151)

As delegações instrumentais à órgãos independentes são essenciais para que o Estado possa conviver com a complexidade social e econômica em termos de técnicas e saberes especializados. Neste sentido, a atuação das agências reguladoras está amparada pelo princípio da eficiência (art. 37, CF).

5. A Fiscalização Legitimadora da Atividade Regulatória

Em resumo, o principal objetivo da delegação do poder normativo em favor das agências reguladoras é propiciar a edição de normas de forma mais rápida e com mais conhecimento técnico e de casos concretos. Esses limites técnicos não podem ser ultrapassados, ou estaria caracterizada uma invasão à competência do Poder Legislativo. As limitações são, portanto, materiais (normas de cunho técnico e sobre matérias específicas) e formais (observando a legislação vigente). Sendo assim, o poder normativo das agências reguladoras não é exercido de forma arbitrária.

Atualmente, no Brasil, as agências reguladoras devem garantir o desenvolvimento sustentável, tanto no sentido de conciliar o desenvolvimento econômico com a preservação do meio ambiente² (em conformidade com o art. 23, inc. VI, da Constituição Federal), como no sentido de garantir que os diferentes setores da economia sejam capazes de se sustentar e se desenvolver ao longo do tempo, ou seja, protegendo os direitos e deveres dos agentes econômicos e dos consumidores e implementando políticas públicas, guiando os setores, inclusive quando há crises, e restabelecendo o equilíbrio dos mercados. Exemplos disso são a atuação da Comissão de Valores Mobiliários, que durante a crise financeira de 2008 publicou novas resoluções³ com o objetivo de atenuar a assunção de riscos no mercado de derivativos e coibir atos prejudiciais ao seu funcionamento, além de fazer as devidas adequações para a harmonização legislativa necessária para a competitividade do sistema financeiro brasileiro diante dos mercados globalizados e das alterações normativas⁴ que ocorreram nos países desenvolvidos. Essa atuação se dá em conjunto com a atuação dos Ministérios.

Na estrutura atual, os Ministérios são os auxiliares do Presidente da República na tarefa de direção da administração federal. De acordo com as atribuições que lhes foram conferidas constitucionalmente, deverão orientar, coordenar e supervisionar os órgãos e entidades que estiverem em sua área de competência. Essa atribuição se estende também para a Administração Pública indireta – as agências reguladoras –, conforme o art. 4º do Decreto-lei 200/67 (MARRARA, 2004).

Decorre do Poder Legislativo a política pública genérica (em sentido amplo), dos Ministérios e Conselhos, a política pública setorial, e cabe à agência reguladora implementá-la, aplicando seu respectivo marco regulatório.

Esse caminho percorrido se dá no sentido de maior concretização. Isso significa que a agência reguladora tem um contato mais direto e mais eficaz com os mercados que regula e com o povo.

As agências reguladoras não são eminentemente responsáveis pela formulação de políticas setoriais. Estas políticas, em especial no que diz respeito a planejamento e metas de universalização e acesso, devem ser formuladas pelos Ministérios, com uma fronteira bem delimitada, a fim de que política setorial não seja tomada por regulação econômica e vice-versa. Nesse particular, note-se que, embora distintas, regulação econômica e políticas setoriais têm papéis complementares e não antagônicos. Com

2 Conceito definido na Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, criada pela Organização das Nações Unidas.

3 Resoluções 467 e 475 da Comissão de Valores Mobiliários.

4 Um exemplo disso foi a Lei Dodd-Frank, que entrou em vigor em julho de 2010 e alterou os parâmetros de funcionamento dos mercados financeiros.

este propósito, o Poder Executivo deve também assumir e ativar, com firme determinação política e autonomia, os fóruns colegiados e interministeriais responsáveis pela formulação das políticas públicas setoriais, para inclusive poder orientar as agências de forma clara, permitindo-lhes implementar as políticas com o mínimo de ambigüidade. (CASA CIVIL, 2003, p.7)

Dessa forma, as agências reguladoras e os ministérios podem atuar de forma harmoniosa e até mesmo cooperativa. Compete às agências reguladoras “a escolha dos meios e instrumentos que, no âmbito das competências regulatórias, melhor se coadunam para, de forma eficiente, ensejar o atingimento das políticas públicas setoriais.” (CASA CIVIL, 2003, p.08)

Entre as funções das agências no atual cenário brasileiro, portanto, a fundamental é a de aplicar o marco regulatório, concretizando o plano de ação governamental e dando efetividade às políticas públicas. São também responsáveis por garantir a segurança jurídica do mercado, a sua previsibilidade, encorajando os investimentos através da transparência das “regras do jogo”; defender a concorrência, em atuação conjunta com o CADE, preservando a economia e combatendo as falhas de mercado; além de defender os usuários e consumidores dos serviços, promovendo a universalização do acesso e preservando os direitos difusos.

É importante lembrar que conexas à atividade regulatória existe também a atividade de fiscalização. As agências reguladoras, portanto, são as principais fiscalizadoras dos serviços públicos na busca por melhores resultados e promoção do bem-estar social, conciliando e definindo regras que permitam a credibilidade dos agentes econômicos privados e a continuidade da prestação de serviços aos usuários com padrões requeridos de qualidade e a preços compatíveis com o padrão

de renda da população brasileira.

Através da transferência da atividade empresarial para os agentes privados e também devido ao seu conhecimento técnico e especializado – fruto de constantes investimentos em pesquisas –, e à proximidade e boa interlocução com os agentes regulados, as agências e suas políticas regulatórias representam uma solução interessante no sentido de atingimento de metas com pouca onerosidade para o poder público. É o meio mais eficiente de se implementar as políticas públicas, e a efetivação dos direitos fundamentais (política de estado) depende da implementação dessas políticas.

Além disso, a atuação das agências reguladoras é indispensável para o sucesso dos investimentos privados, não apenas pela segurança jurídica que conferem ao mercado regulado, mas também pela tomada de decisões, de acordo com a política idealizada para cada caso concreto, que pode determinar que haja uma participação financeira do poder

público (por meio de subvenção, subsídios ou financiamentos), ou pode determinar que os custos sejam repassados diretamente aos usuários, quando possível e conveniente. O fato é que essas decisões dependem do alto grau de conhecimento que as agências reguladoras possuem sobre seus respectivos setores econômicos, e isso significa que essas agências exercem um papel chave na administração, prevenção ou solução de crises – inclusive porque a confiança dos investidores privados depende da eficiência dessa atuação.

Some-se a isto o fato de que a transferência da execução de determinadas políticas desonera o Estado, pois transfere, total ou parcialmente, os pesados custos com investimentos em infra-estrutura, com as vantagens decorrentes do ganho de eficiência da iniciativa privada, sendo os custos diluídos racionalmente, de modo a não afetar muito o orçamento público (DI PIETRO, 1999). A regulação econômica também pode ser o veículo indutor de criação das condições do mercado em circunstâncias em que elas não existem, estimulando a concorrência, minimizando deficiências e promovendo redistribuições equânimes (SALOMÃO FILHO, 2002). As agências reguladoras, portanto, são os veículos de implementação de políticas públicas que devem conciliar três objetivos: previsibilidade, estabilidade e flexibilidade dos mercados, combatendo a estagnação econômica. Diante dessa nova realidade de transformações econômicas rápidas e constantes e de uma população que cresce exponencialmente, o Estado não poderia permanecer no papel de empresário, produtor e protecionista sem se tornar demasiadamente inchado e oneroso. As agências reguladoras, portanto, representam hoje a única alternativa viável para a modernização da máquina estatal, onde a Administração Pública preserva o interesse público e o bom funcionamento do mercado através da regulação.

6. Conclusões

As normas são formuladas e interpretadas em cada época de acordo com um conjunto de relações políticas e sociais. A Constituição Federal de 1988 e seus princípios da ordem econômica abriram mais espaço para a iniciativa privada e o desenvolvimento do mercado, mas sem descuidar de assegurar a proteção aos interesses da coletividade e o direito à existência digna, conforme os ditames da justiça social. A importação de um conceito da microeconomia para a ciência jurídica, o princípio da eficiência, deu um passo adiante no que se refere à conciliação de interesses aparentemente opostos, encontrando um equilíbrio, um caminho de mais concretude para as finalidades da Administração Pública.

A ação reguladora do Estado, pautada pela liberdade econômica e pela supremacia e indisponibilidade do interesse público, consagrou-se como instrumento para a efetivação tanto dos direitos sociais, quanto do desenvolvimento econômico nacional, e as agências reguladoras foram o meio escolhido para isso. Entretanto, para que o povo recupere

solidamente sua confiança no governo e na economia, a regulação não basta: o próximo passo agora consiste em concentrar esforços para aprimorar a fiscalização, a transparência e a legitimação democrática dos entes reguladores para garantir que o mercado e a iniciativa privada possam, de fato, coexistir harmoniosamente e até mesmo de maneira colaborativa. O caminho está sendo percorrido, mas ainda há passos por dar.

7. Referências

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 21ª Ed. Rio de Janeiro: Método, 2013, p. 160.
- ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. **O princípio da eficiência**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.4, jan/2006, p. 1-7.
- BAPTISTA, Isabelle de. **O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: uma análise à luz dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito**. Revista TCEMG, jan/fev/mar, 2013, p.55-71.
- BAPTISTA, Raimundo Barbosa de Carvalho. **Da interpretação e integração de textos legais: hermêutica**. São Paulo: Iglu, 2006.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6º. ed. rev., atual. e ampl.-São Paulo: Saraiva, 2004.
- BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo**. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 117-169.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CÂMARA DA REFORMA DO ESTADO. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, novembro de 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 2 de março de 2015.

- CASA CIVIL. **Relatório final do grupo de trabalho interministerial**: Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro. Brasília, setembro de 2003. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/avaliacao_das_agencias_reguladoras_-_casa_civil.pdf> . Acesso em: 9 de dezembro de 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2º. ed. Porto Alegre: PC Editorial Ltda, 2000.
- FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. **Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade**. In: Revista tributária e de finanças públicas, n. 35, pp. 143-158, dez. 2000.
- _____. **Abuso de Poder Econômico por prática de licitude duvidosa amparada judicialmente**. Revista de Direito Público da Economia, ano 1, nº 1, jan.-mar./2003, pp. 215-225.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **As agências reguladoras**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº6, mai/jun/jul de 2006.
- KETTL, Donald F. Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. In: **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Org. Luiz Carlos Bresser Pereira. 3. ed., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.
- MARRARA, Thiago. **A legalidade na relação entre Ministérios e Agências Reguladoras**. Revista Jurídica Virtual. v. 6, n 66, p. 1-15. Brasília, 2004.
- MENDES, Conrado Hubner. **Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Direito Administrativo Econômico, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- MOREIRA, Vital. **Economia e constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 1974.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**, Rio de Janeiro; Renovar, 2000.

- PIMENTA, Carlos Cesar. **A reforma gerencial do Estado brasileiro no contexto das grandes tendências mundiais.** Revista de Administração Pública (RAP-FGV/ EBAPE). Rio de Janeiro, 32(5), pp. 173-199, set/out, 1998.
- PRZEWORSKI, Adam. **Sobre o Desenho do Estado:** uma Perspectiva Agent X Principal. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter. Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas Editora, 1998, pp. 39-73.
- SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). **Regulação e Desenvolvimento.** São Paulo: Malheiros, 2002.
- SARMENTO, Daniel. **Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 35a. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.