

A CRISE DO ESTADO MODERNO E AS AGÊNCIAS REGULADORAS

THE CRISIS OF THE MODERN STATE AND THE REGULATORY AGENCIES

Clodomiro José Bannwart Júnior¹
Diogo Diniz Lopes Sola²

Resumo:

O presente artigo busca analisar os efeitos negativos decorrentes do processo de globalização econômica e como estes têm repercutido nos Estados-Nações, principalmente no que diz respeito às imposições e pressões realizadas pelo mercado externo, que levam os Estados a sofrerem com a mitigação da possibilidade de autorregulação, em detrimento do capital, situação que, por si só fragiliza a capacidade do Ente Estatal de implementar diretrizes peculiares, necessárias a seu desenvolvimento, o que acaba por diminuir a capacidade de implementação de políticas públicas voltadas à solução dos assuntos internos. Contudo, a intervenção direta do Estado no domínio econômico pode contribuir para amenizar os efeitos negativos decorrentes da globalização econômica nos Estados subdesenvolvidos e em desenvolvimento, quando direcionada para investimentos em políticas públicas que, ao contrário do imposto pelo mercado externo, atendam aos interesses nacionais, e não aos interesses da economia mundial e dos grandes conglomerados transnacionais. Nesse ponto, o surgimento das agências Reguladoras amenizou a crise do Estado moderno e possibilitou o aumento da capacidade de implementar novas funções regulatórias.

Palavras-chave: Intervenção do Estado. Globalização econômica. Efeitos da globalização. Direito Econômico. Agências Reguladoras.

Abstract:

This paper aims to analyze the negative effects from the economic globalization process and also how these effects are reflected at Nations-States, mainly about the impositions and pressures from the external market, taking these States to suffer with the mitigation of the self regulation, over the capital. This situation weakens the State ability to implement peculiar guidelines, important to development, which reduces the capacity to implement public policies aimed at solving the internal affairs. However, direct state intervention in the economic domain can contribute to mitigate the negative effects from economic globalization

¹ Professor do Programa de Mestrado em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina.

² Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduado em Direito do Estado – área de concentração: Direito Administrativo – da Universidade Estadual de Londrina (2010-2011). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus Londrina.

in the underdeveloped and developing countries, when directed to investments in public policies that, not imposed by the external market, meet national interests – not the global economy or the huge transnational conglomerate interests. At this point, the creation of regulatory agencies decreased the crisis of the modern state and helped to grow the capacity to create new regulatory functions.

Key-words: State intervention. Economic globalization. Globalization effects. Economic Law. Regulatory Agencies.

INTRODUÇÃO

Os fenômenos da globalização e da desagregação social alteraram os então paradigmas sob os quais se sustentavam o Estado, ou seja, Soberania e a nítida separação entre as matérias afetas aos setores público e privado. Tais fenômenos fizeram com que mudanças ocorressem, principalmente quanto a capacidade estatal de intervenção sobre a seara econômica da vida, da sociedade, colocando ao Estado um enorme desafio a ser enfrentado.

Assim, buscou-se solucionar a crise do Estado Moderno (limitação do poder de decisão) por meio da assunção de novos papéis, ligados mais à intervenção indireta mediante entes descentralizados a regularem as atividades econômicas e menos à atuação direta, como um Estado empresário.

Neste passo, as agências reguladoras surgem como uma importante alternativa de substituição das antigas estruturas estatais centralizadas e unitárias, podendo exercer com maior capacidade técnica e conhecimentos específicos de cada setor a tarefa de proceder à composição e mediação dos diversos interesses públicos existentes e, ao mesmo tempo, agir na tutela de interesses difusos ou daqueles considerados como hipossuficientes. A dúvida que se coloca, neste momento da discussão, é quanto ao grau de legitimidade que as agências reguladoras brasileiras possuem a partir da formatação que adquiriram no processo de reforma de Estado ocorrido na última década do século XX.

Com o objetivo de buscar respostas ao problema proposto nesta pesquisa, será utilizada como recurso metodológico a análise de textos que intercalam a reflexão nas áreas de conhecimento que dialogam interdisciplinarmente com o Direito. Do ponto de vista dos objetivos, a pesquisa terá um caráter exploratório contando com recursos de levantamento bibliográfico, tendo como base de dados os periódicos disponíveis na temática, livros de Direito e afins que permitam circunscrever o objeto previamente delimitado. Do ponto de

vista do procedimento técnico, a pesquisa será bibliográfica (materiais diversos – livros, *internet*, etc.) e documental, contando com as fontes primárias, além de posições doutrinárias.

DA FORMAÇÃO À CRISE DO ESTADO MODERNO

O Estado como espaço de exercício político, onde existe o controle e a direção da sociedade, surge com o Estado Moderno, o qual tem como elementos fundamentais: o poder soberano ou o princípio da soberania estatal, governo (quem exerce o poder), território delimitado e o povo (STRECK, MORAIS, 2003, p. 24).

O entendimento do processo de surgimento do Estado Moderno é importante para analisar o Estado enquanto ambiente propício para decisões, no qual o poder é exercido dentro de uma “perspectiva governativa” de condução e coordenação da sociedade, conforme descreve Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto (2002, p. 28 e 29).

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

Foram estes diferentes acontecimentos que formaram as características do Estado Moderno, os quais serviram de base para toda a estrutura política e jurídica que, a partir de então, se formou, quais sejam: a afirmação da soberania, a separação entre os âmbitos públicos e privados e a delimitação das finalidades estatais visando atender os interesses públicos.

Ocorre que o Estado Moderno, acima referido, a partir da década de 70, passa a enfrentar problemas devido ao processo de globalização e de desagregação da sociedade, fatores que levaram à superação dos conceitos de soberania absoluta do Estado e da noção, até então vigente, de que as searas públicas e privadas poderiam ser precisamente delimitadas, uma totalmente separada da outra.

A realidade contemporânea tem se reconfigurado numa autocompreensão de “sociedade complexa” com a consciência das fragilidades do Estado liberal e, também, do Estado social experimentadas ao longo do século XX. É notório que a atuação do Estado contemporâneo tem perdido, aos poucos, a autonomia diante das transgressões que

extrapolam os seus limites, como a questão ambiental, o crime organizado, a atuação das Ongs e a crescente quantidade de negociações operacionalizadas por instituições paraestatais. Sem contar que diante da alta mobilidade das empresas e o deslocamento transnacional das mesmas, o Estado tende a diminuir sua capacidade de intervenção.

Nesse aspecto, cabe notar que a estrutura social complexa e plural da contemporaneidade, associada aos dilemas transnacionais impetradas pela globalização, coloca a leitura das estruturas de poder fincada em relação bastante movediça, na qual o Estado, a economia, o direito e a própria sociedade demandam análises de caráter interdisciplinar.

Assim, diante desse novo cenário que se apresenta, deve-se analisar os fenômenos que contribuíram para a superação dos antigos conceitos que sustentavam o Estado e, com isso, verificar quais são os novos padrões que devem ser atribuídos ao poder estatal para que este continue em seu papel moderador e, principalmente capaz de atender as diretrizes públicas por ele mesmo propostas.

Há correntes que cintilam na defesa da globalização, quando, por outro lado, também há correntes que deflagram a renúncia desse processo que conduz à configuração de uma aldeia global. Os defensores da globalização creem, de forma positiva, na desterritorialização e na ampliação das fronteiras do Estado. Apoiados na visão neoliberal, os defensores da globalização percebem o Estado como um empreendedor, como se o mesmo fosse um Estado empresarial ocupado em assegurar a efetivação de infraestrutura como condição de competição no cenário global. O Estado, nesse caso, agiria baseado em critérios de rentabilidade e de eficiência de mercado para atrair o maior número possível de empresas em seu território. Nesse diapasão, a atuação do Estado se limitaria para com os seus cidadãos, os quais teriam resguardas as condições de usarem suas liberdades negativas para perseguirem seus interesses individuais e atuarem de forma competitiva em escala mundial. A leitura da globalização nessa perspectiva coloca-a numa base eminentemente econômica, fazendo girar e gravitar as relações sociais, políticas e empresariais no denominador comum de uma economia ortodoxa.

Já os contrários à globalização, afetos ao protecionismo territorial e, em grande medida, defensores de posturas etnocêntricas, enxergam o processo de integração transnacional de forma negativa. Por adotarem posturas nacionalistas e atitudes que buscam evitar a fragmentação social e a decomposição de padrões éticos e culturais, acabam inexoravelmente se posicionando contra os fundamentos igualitários e universalistas próprios da democracia.

O filósofo alemão Jürgen Habermas aponta que entre os favoráveis e os contrários à globalização abre-se uma terceira via com duas possíveis perspectivas: a primeira parte do pressuposto de que o capitalismo já não pode mais ser domesticado politicamente, visto que na arena global o capital não encontra mais limites. Para esta primeira perspectiva, defende-se que o capital deve ser amenizado nos limites e nas forças disponíveis do Estado nacional. A segunda perspectiva aponta como possível estruturar uma força política no plano supranacional para alcançar o mercado que fugiu ao controle dos Estados nacionais. (HABERMAS, 2003, p. 112)

A primeira perspectiva da chamada “terceira via” defende que o Estado nacional não deve assumir apenas uma postura defensiva em relação ao processo de globalização e aos efeitos dos mercados mundializados. Deve, pois, adotar o Estado uma postura reativa, assumindo uma atitude ativa por meio de políticas públicas que permitam qualificar seus cidadãos para competirem no mercado global. Em suma, a idéia de que “política pública” deve expressar a ‘qualificação de cidadãos’ com capacidade de assumirem os riscos impostos pela concorrência.

Assim, o Estado passa a se ocupar de fomentar uma sociedade em que os atores – cidadãos, instituições, empresas, etc. – estejam aptos a assumirem riscos e, sobretudo, responsabilidades pelas suas tomadas de decisões. Trata-se, fundamentalmente, de um modelo de Estado que se ocupa menos da igualdade social e mais da igualdade de oportunidades. Enfim, um Estado tipicamente liberal onde se “espera que todo cidadão se forme para ser ‘o empresário de seu próprio capital humano’” (HABERMAS, 2003, p. 114). Por fim, a segunda perspectiva da terceira via aposta na prioridade da política, na medida em que requer o exercício da política à lógica de mercado; a deliberação democrática à imposição sistêmica da economia.

O aspecto mais negativo desse processo, do ponto de vista estatal, é a ampliação do déficit democrático. Diz Habermas: “O Estado, cada vez mais emaranhado nas interdependências da economia e da sociedade mundial, perde, não somente em termos de autonomia e de competência para a ação, mas também em termos de substância democrática” (HABERMAS, 2003, p. 106).

A perda de autonomia do Estado significa que o mesmo já não mais dispõe de força suficiente para a proteção de seus cidadãos quanto aos efeitos de decisões provenientes do âmbito externo, sobretudo, da esfera econômica. “Um capital que está atrás de novas possibilidades de investimento e de lucros especulativos não se submete à obrigação de se fixar numa nação, transitando livremente para cá e para lá” (HABERMAS, 2003, p. 109).

As organizações empresariais passaram de multinacionais a transnacionais, de forma a não fixarem matriz em determinado país, operando de forma interligada a partir de bases no mundo todo. Com isso, internacionaliza-se o próprio processo produtivo, bem como o mercado consumidor, com o apoio das novas e avançadas redes de comunicação em massa, de amplitude mundial (FARIA, 2004, p. 73-77).

O desenvolvimento de uma economia globalizada, onde a interdependência entre nações aumenta dia-a-dia, relaciona-se também com o surgimento da preocupação com questões ambientais e sociais, cuja incidência exige cada vez mais a busca por soluções aos problemas surgidos. Não há dúvidas de que o desenvolvimento dos mercados e também dos mecanismos de comunicação em massa, propiciados principalmente pelas grandes inovações tecnológicas, geraram o aumento do consumo no mundo todo. (SANTOS JUNIOR, 2009, p. 27)

Diversos fatores compõem esta quadra em que se desenvolveu, de forma intensa, a globalização. Mas, sem dúvidas, o principal deles é o econômico. (SANTOS JUNIOR, 2009, p.28)

Deve-se destacar que diante deste novo panorama os Estados ficaram mais interdependentes, pois os capitais estão mais transnacionais, ou seja, percorrem o mundo em busca do local mais favorável à expansão financeira, e também pela dinâmica do processo de produção e comércio internacionais.

Essas transformações econômicas exigiram e ainda exigem uma nova estruturação do Direito Internacional, as quais já podem ser facilmente notadas, como é o caso da atribuição da competência a órgãos arbitrais especializados para solucionar conflitos entre os entes econômicos mundiais, ou transnacionais. Da mesma forma e, também, com relação à tutela dos direitos humanos, destaca-se também a criação de uma jurisdição internacional com competência para julgar eventuais violações de direitos humanos, como o Tribunal Penal Internacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, dentre outras.

Os processos de globalização e de desagregação da sociedade acabam por desafiar aquele poder decisório exercido pelo Estado Moderno em seus pilares, principalmente em se tratando da concentração de poder.

O impacto da globalização no poder decisório dos Estados nacionais está interligado, necessariamente, ao aspecto econômico. O novo contexto de economia global de interdependência econômica de escala internacional de empresas transnacionalizadas, cujo processo produtivo é dividido em várias partes do globo sem se vincarem definitivamente em um único país, de concorrência acirrada em função de mercados de trabalho e de políticas

econômicas no sentido de atrair os investimentos privados – acabam por deslocar o poder decisório, que antes era de exercício exclusivo do Estado, para os mercados econômicos e financeiros, tanto no sentido da “desterritorialização” quanto no da fragmentação deste poder decisório (FARIA, 2004, p. 106-107).

Portanto, a fragmentação social e a globalização, processos que se desenrolaram na contemporaneidade, na medida em que mitigam a soberania clássica sobre a qual se fundou o Estado Absolutista, solapam a exclusividade do Estado quanto ao exercício do poder decisório, de deliberação em torno dos interesses públicos, confinando-o à uma atuação no sentido de coordenar e adequar os interesses, como assevera Celso Lafer, citado por Marques Neto (2002, p. 133).

O capitalismo se desenvolveu a partir da ótica liberal, que pugnava pela não ingerência do Estado nos assuntos privados, principalmente, no campo econômico, ou seja, a separação entre público e privado. Porém essa separação entre público e privada foi eliminada novamente no período em que se formulou o Estado do bem-estar social, ou *Welfare State*.

Não há dúvidas sobre o desenvolvimento econômico oriundo da aplicação desta ideologia (bem-estar social), porém sérios problemas sociais aos Estados Nacionais emergiram, demandando deste a realização de novas funções no sentido de atender às reivindicações por justiça social e promover a diminuição da desigualdade de classes, advindas do capitalismo. A intervenção do Estado no domínio econômico, campo até então restrito à iniciativa privada, fez-se necessária “para suavizar algumas das consequências mais penosas da desigualdade econômica” (DALLARI, 2003, p. 279).

Vale mencionar também que a globalização econômica contribuiu para essa aproximação entre o público e o privado. O Estado não consegue mais exercer soberanamente seu poder decisório desconectado da nova realidade econômica mundial. As contingências econômicas externas impõem-lhe margens as quais não podem ser ultrapassadas sob pena de cessarem os investimentos, retirarem-se de seu território o processo produtivo, etc.

Com isso, o poder decisório não é mais exercido pelo Estado, mas sim, pelos mercados financeiros e pelos grandes conglomerados econômicos (cujos objetivos são justamente a proteção e o incremento dos mercados), em outras palavras, o Estado acaba refém das grandes empresas, o que acaba conduzindo o mesmo a uma necessária republicização em seus processos de aferição e exercício do poder decisório em prol do interesse coletivo.

É alusão corrente de que cada vez mais ocorrem tomadas de decisões, fruto de negociações interestatais, firmadas por interesses de grupos e de instituições privadas,

destituídas da formação democrática da opinião e da vontade. Se, por um lado, o Estado perdeu aos poucos o substrato que lhe coube por séculos, a saber, o de mantenedor das instituições democráticas, por outro, é preciso ampliar, em um novo contexto e cenário, a inserção dos pressupostos democráticos à novos personagens – como é o caso das Agências Reguladoras – que possam dispor de significativo poder de decisão.

As autarquias reguladoras autônomas, também chamadas de agências reguladoras independentes, as quais, como se verá, albergam em sua estrutura jurídica e em seu modo de funcionamento os atributos que um Estado mais público (no sentido do termo ‘republicização’, de Floriano Marques Neto) deve demonstrar, a partir do novo contexto de economia globalizada, de mitigação da soberania absoluta do poder estatal, tanto no âmbito interno quanto no externo e, também, a partir da visualização de uma sociedade em que não é possível juntar todos os interesses dela provenientes e deixar como responsável apenas um órgão, mesmo que este seja o Estado.

Nesse momento, as Agências reguladoras surgem como solução a essa busca por uma nova postura do poder público no sentido de atuação e poder de decisão, pois é um órgão específico de defesa dos interesses difusos e/ou hipossuficientes, o qual, ao mesmo tempo, fortalece a intervenção indireta do Estado sobre o domínio econômico e também reduz sua interferência direta no mercado (visto que essa última era um problema ao Estado, pois se encontrava mitigada pelo processo de globalização, conforme acima mencionado).

AS AGÊNCIAS REGULADORAS

A estrutura administrativa pelo qual o Estado moderno foi fundado tornou-se incapaz de atender às demandas da sociedade e acabou por sofrer significativas modificações, dentre essas a legitimidade do poder público não ficou mais limitada apenas ao sistema de representatividade política, de viés estritamente formal.

O conceito de soberania absoluta do Estado veio à falência, e isso ocorreu devido ao processo de globalização econômica e cultural e a afirmação jurídica dos direitos humanos em nível supranacional. Verificou-se que interesses e demandas externas influenciam profundamente as decisões que o poder estatal deve tomar em âmbito interno.

As Agências Reguladoras Independentes apareceram para fins de atender os anseios dessa sociedade que busca uma nova postura do poder público no sentido de atuação decisória. Um Estado que caminha rumo à sua republicização, compatibilizando seus

procedimentos com o regime democrático, possibilitando a participação das ramificadas e diferentes entidades representativas de interesses públicos e, ao mesmo tempo, protegendo os interesses difusos ou hipossuficientes, como por exemplo, os direitos dos consumidores, a defesa do meio-ambiente, a prevalência da livre-iniciativa e da livre-concorrência na ordem econômica, etc.

Demonstra-se, portanto, a tendência do Estado em reduzir sua interferência direta no mercado, ou seja, sua interferência enquanto Estado empresário e, ao mesmo tempo, fortalecer sua intervenção indireta sobre o domínio econômico por meio da regulação e fiscalização dos fatos que ocorrem nesta esfera, mediando os interesses dos indivíduos participantes do setor regulado e protegendo os interesses daqueles que, embora dele não sejam participantes diretos, sofrem o impacto das diretrizes albergadas neste ou naquele nicho econômico.

Nesse sentido, as Agências Reguladoras atuam e realizam, como o próprio nome supõe, as funções de regulação do mercado e proteção dos interesses sociais difusos, na medida em que, por meio delas, o Estado se aproxima dos setores regulados com maior precisão, especializando-se em dado setor da ordem econômica (por exemplo, o setor de telecomunicações, de energia elétrica, da saúde, e assim por diante), o que, a toda evidência, pode oferecer à sociedade, desde que se criem mecanismos eficazes de participação, a oportunidade de acesso ao ambiente decisório do Estado, democratizando-o e republicando-o. (SANTOS JUNIOR, 2009, p. 50)

Esse processo de republicação, não tem nada a ver com a negação da democracia porque a formulação da política pública continua a cargo dos poderes políticos, cujas autoridades foram legitimadas pelo voto popular para desempenharem esta tarefa, não havendo, portanto, uma substituição das autoridades políticas pelas autoridades administrativas. Assim, não se viola o princípio da democracia ao se estabelecer que, uma vez formulada a política pública, ela deva ser executada por técnicos que representem o conhecimento sobre aquele segmento. (SILVA, 2006, p. 45)

O doutrinador Marçal Justen Filho (2002, p. 51) descreve que o exercício das funções regulatórias só pode se desenvolver de forma plena se este não partir das “estruturas estatais tradicionais”, ou seja, demanda a tomada de novas estruturas, das agências reguladoras, de autonomia e independência perante o poder público.

Entretanto, a autonomia qualquer entidade da Administração Pública indireta tem. Mesmo as empresas estatais conservam um grau de autonomia, ainda que abrandada pela lei

de responsabilidade fiscal. Então, a autonomia não é o elemento característico de uma agência reguladora.

Sem dúvida que o elemento diferenciador está na independência que as agências reguladoras possuem em relação aos demais Poderes do Estado, cujo interesse está na importância de se proteger de influências político-partidárias que se revelem nocivas ao bom andamento do setor o qual está sendo regulado. Assim, para que as agências reguladoras exerçam com isonomia e equidade as suas atribuições, que, em razão da complexidade e da tecnicidade dos seus atos, podem contrariar uma gama de interesses particulares, previram-se determinadas garantias para que os seus objetivos sejam efetivamente alcançados. (SILVA, 2006, p. 39)

Ainda sobre a independência das agências reguladoras, o doutrinador Luis Roberto Barroso descreve que a mesma é necessária para que as agências possam desempenhar suas atribuições, uma vez que se essas (agências reguladoras) estivessem sob o crivo e interferência do poder público, falhariam em sua missão de buscar a melhoria da qualidade dos serviços públicos. Vale mencionar também que tal independência deve ser tanto no âmbito das decisões político-administrativas quanto da capacidade financeira das agências. (BARROSO, 2002, p. 121).

As agências se mostram mais próximas do contexto específico do setor do mercado que regulam e por terem maior capacidade técnica podem atender de forma mais satisfatória e mais ágil os interesses provenientes da sociedade. Além de que, as agências possibilitam uma maior participação dos envolvidos no processo de aferição das prioridades para tomadas de decisões políticas.

Para dar um exemplo, pode-se citar o caso da ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil) que, além de mediar os interesses das empresas prestadoras de serviço, deve também regular o setor da aviação civil sempre procurando defender os interesses dos usuários, mesmo aqueles usuários em potencial, que nunca foram, efetivamente, passageiros, mas que têm garantido o direito ao acesso a tal serviço. (SANTOS JUNIOR, 2009, p. 51)

Para cumprir suas obrigações sem a interferência política, a Agência Reguladora necessita, portanto, de algumas perspectivas distintas de autonomia. A primeira delas é a autonomia administrativa, sendo esta aquela que determina que a investidura do cargo deve se dar por tempo certo de seus dirigentes, ou seja, que eles somente podem ser afastados do cargo que ocupam antes do vencimento do prazo previsto mediante o cometimento de falta grave, apurada esta em processo administrativo ou judicial, e desde que observados o contraditório e a ampla defesa. Vale mencionar também, que essa investidura por tempo certo

dos dirigentes não podem ser coincidentes entre si, e, muito menos, com o ciclo eleitoral. Além de que o cargo deve ser ocupado por técnicos especializados no setor e existe todo um processo de aprovação, desde a nomeação pelo chefe do Poder Executivo até a arguição pública no Senado Federal.

O segundo fator importante de autonomia da Agência Reguladora é a de ordem financeira, da qual decorre de sua função regulatória (fiscalizar) a qual, por obvio, não se dá de forma gratuita, ficando as empresas atuantes em determinado setor sob-regulação estatal sujeitas à cobrança de uma taxa referente ao serviço prestado, a chamada “taxa de fiscalização”, cujos dividendos se incorporam diretamente ao patrimônio da Agência Reguladora.

E por ultimo a autonomia técnica da Agência, que caracteriza pelo fato da impossibilidade de se interpor recurso hierárquico impróprio contra as decisões emanadas dos seus dirigentes. Essa restrição é oriunda do exercício de sua função quase judicial, que determina que o Conselho diretor das próprias agências funcione como última instância administrativa na solução de conflitos de interesses entre o delegante, o delegatário e os usuários de um determinado serviço.

Entretanto, é importante chamar a atenção para o fato de que a agência reguladora não é um quarto poder, mas sim um ente integrante da própria Administração Pública indireta e, portanto, submetida aos comandos do administrador, com a vantagem de estar protegida contra interferências de ordem política sobre a sua atuação, que deve ser técnica.

Por ter natureza autárquica, as Agências Reguladoras estão também sujeitas a algumas formas de controle comuns às autarquias. Dentre eles podemos destacar o sistema de freios e contrapesos, surgido em substituição à separação estanque de tarefas (executivas, legislativas e judicantes), o controle exercido por um Poder sobre o outro tem sido um importante elemento inibidor do seu exercício arbitrário por quem lhe seja titular.

Florianio Marques Neto (2002, p. 207), a respeito de tal mister, descreve em seu livro “para que tal permeabilidade se torne possível faz-se necessária a introdução de instrumentos jurídicos voltados à transparência da atividade regulatória”.

Assim, três instrumentos principais auxiliam na formatação deste exercício para dar maior transparência. São eles: i) a criação de mecanismos que possibilitem aos indivíduos participar com maior efetividade do processo regulatório, por exemplo, as consultas públicas e a publicidade dos atos. A adoção de tais medidas evita que interesses especiais e particulares tomem para si o exercício do poder político; ii) o estabelecimento de procedimentos a serem seguidos pelas entidades reguladoras para que se tenham bem delimitados os meios pelo quais

elas exercerão o poder decisório, afastando, desta feita, a arbitrariedade e iii) a formulação de mecanismos de controle das atividades das agências reguladoras, inclusive com a obrigação de prestações periódicas de contas aos poderes legislativo e executivo e a possibilidade de se responsabilizar pessoalmente os sujeitos que estiverem à frente do agir regulatório.

No caso do Brasil, as agências reguladoras foram instituídas sob a forma de autarquias especiais. Só pela condição de autarquia, pode-se concluir desde já que possuem personalidade jurídica própria e de direito público, “do que deriva titularidade de patrimônio jurídico autônomo, constituindo-se em centro de imputação de direitos e deveres”. (JUSTEN FILHO, 2002, p. 387).

Porém, quanto à expressão ‘especial’ a mesma reporta à idéia de independência das autarquias com relação à tomada de decisões e a prática de atos incluídos no rol de suas competências. Evidente que, não haveria de se falar em agências reguladoras independentes se seus atos tivessem que passar pelo crivo de outro ente componente da administração pública ou dele dependesse de ratificação. Apesar de se sujeitarem ao controle do Ministério a que se vinculam, “como autarquias de regime especial, seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo poder Executivo” (DIPIETRO apud JUSTEN FILHO, 2002, p. 391).

Como já analisado acima, as agências reguladoras possuem garantia legal de maior independência administrativa em sua atuação, sendo que sua função primordial é a de regular os serviços públicos concedidos à iniciativa privada ou as atividades econômicas que, conquanto próprias da iniciativa privada, assumem grande relevância no contexto social. Esta função reguladora liga-se, principalmente, ao poder normativo de que somente as agências reguladoras são dotadas. (SANTOS JUNIOR, 2009, p. 62)

As agências reguladoras de atividades econômicas em sentido estrito têm campo de atuação mais delimitado do que as agências reguladoras de serviços públicos, e, portanto se diferenciam na medida em que a função regulatória da primeira corresponde mais em “fiscalizar o cumprimento das normas editadas pelo Poder Legislativo”.

As agências reguladoras de atividades econômicas em sentido estrito atuam em ambientes próprios da iniciativa privada e, portanto, estão vinculadas ao princípio da livre iniciativa, da legalidade e aos demais princípios da ordem econômica nacional, conforme leciona Fernando Quadros da Silva (2007, p. 111). São exemplos desta modalidade de agências a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), a ANA (Agência Nacional das Águas) e a ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar).

Já a atividade reguladora de serviços públicos concedidos a empresas tem uma abrangência maior do que a mera fiscalização da atividade econômica, uma vez que sua

obrigação vem contida no Art. 175 da Constituição onde prescreve que é dever do Poder Público, a prestação adequada dos serviços públicos. Trata-se de serviços estabelecidos pela própria Constituição Federal como de responsabilidade do Estado, reservando a possibilidade de tais serviços serem prestados por instituições privadas por meio da concessão ou da permissão. Como exemplos de agências reguladoras de serviço público destacam-se a ANATEL, ANEEL, ANTT, ANAC.

A instituição do Estado Democrático de Direito reclama a efetiva participação dos diferentes setores da sociedade sob pena de padecer de legitimidade e não cumprir o que fora determinado na Constituição Federal da República. Assim, compete aos estudiosos do Direito a missão de estudar e analisar com intuito de aperfeiçoar os mecanismos que possibilitam a participação popular nas decisões e caminhos a serem tomados pelas agências reguladoras brasileiras, a fim de que as mesmas possibilitem a ampliação da eficiência estatal com a melhoria na qualidade da prestação de serviços públicos ou de interesses econômicos.

CONCLUSÃO

A idéia de separação entre público e privado está ligada diretamente com a definição de até onde é o dever do Estado intervir. Não há dúvida de que a atuação estatal deve se pautar por limites que assegurem tanto a autonomia privada dos indivíduos, denunciando quais os interesses em que o Estado está legitimado ou não a interferir, como aos interesses públicos, que fundamentam o exercício estatal homogêneo e que visam proteger todos os integrantes da sociedade.

A modernidade colocou o Estado em crise relacionada a processos externos e internos. Quanto aos processos externos, os quais se dão no plano internacional, pode ser citado o fenômeno da globalização e todas as suas facetas relacionadas ao desenvolvimento do capitalismo, como a internacionalização da economia, a interligação e interdependência dos mercados, o acelerado desenvolvimento tecnológico, a afirmação e proteção dos direitos humanos, etc. Já os movimentos internos remetem ao processo de desagregação social, pelo qual se pode notar a sociedade dividida em distintos núcleos de interesses em torno dos quais são criadas estruturas sociais representativas e descentralizadas.

Fora abordado neste trabalho como a globalização econômica, de certa forma, contribuiu para esse distanciamento entre público/privado, uma vez que as exigências econômicas externas, demandadas pelos mercados financeiros e conglomerados econômicos

(interesses privados), impõem barreiras à atuação estatal (interesses públicos), barreiras essas que, se não respeitadas, levam à cessação dos investimentos no país, a retirada do processo produtivo privado em seu território, dentre outras práticas “punitivas”, trazendo consequências sociais gravosas ao Estado.

A idéia de soberania absoluta do Estado no exercício do poder decisório está ultrapassada, apresentando um novo cenário político, econômico e social, em que as economias nacionais não podem ser controladas autonomamente, de modo a ignorar a íntima interligação e interdependência entre as economias mundiais. O poder de decisão não é exercido de forma absoluta pelo Estado, uma vez que, como já mencionado acima, os mercados econômicos e financeiros participam de forma significativa neste processo decisório. Daí a importância de organismos internacionais com estruturas próprias capazes de coordenar a economia, harmonizando as diferentes legislações, resolvendo os conflitos comerciais, ou seja, garantindo o pleno funcionamento de uma economia globalizada.

Os interesses muitas vezes conflitantes que brotam da sociedade fragmentada e a idéia de interesse público nesta égide do Estado Moderno, não permitem que o Estado exerça de forma absoluta e concentrada o poder decisório. Assim, o Estado deve abrir o processo de decisão para que os indivíduos dele façam parte, compondo os interesses diversos por meio do consenso.

E no caso do Estado Democrático de Direito resta que tais espaços decisórios sejam formados por procedimentos democráticos que, por sua vez, contem com a participação ativa dos cidadãos patrocinados pela formação consensual da opinião pública sem dispositivos impositivos e/ou coercitivos da dimensão estatal. Nesse sentido, acompanhando Habermas é possível afirmar que “as instituições do Estado de direito tiram sua energia da relação comunicativa de esfera públicas políticas e tradições liberais que o sistema jurídico não consegue reproduzir por suas próprias forças”. (PINZANI, 2009, p. 140).

Para que o Estado adote esse novo padrão de mudança no processo decisório, o mesmo deve passar por um processo de Republicização, visando oferecer à sociedade maneiras de participar do processo decisório de forma plena, mediando os distintos interesses que se conflitam e implementando os interesses hipossuficientes e difusos. Para isso, deve-se impedir que interesses particulares venham a capturar as estruturas políticas responsáveis pelo exercício do poder decisório, apropriando-se de bens e oportunidades que pertencem a todos os cidadãos.

A atuação estatal republicizada é uma intervenção indireta sobre o domínio econômico mediante a regulamentação, a fiscalização, o monitoramento, etc., e não uma

interferência direta, como um verdadeiro ator econômico, papel este que deve se restringir à iniciativa privada, inclusive na prestação de serviços públicos, o que não significa dizer que o Estado deve se ausentar. Portanto, como dito, cabe ao Estado a importante missão, por meio da intervenção indireta, de proteger e promover os interesses públicos dos hipossuficientes.

Neste passo, as agências reguladoras independentes vêm atender à demanda social por uma nova postura do poder público. No caso brasileiro, as agências reguladoras são instrumento estatal que visam acompanhar as mudanças processadas no contexto econômico nacional e internacional, exemplificando a imperativa mudança do Estado contemporâneo frente à globalização.

Como autarquias especiais, as agência reguladoras precisam desempenhar, com maestria, as funções atribuídas pelas respectivas leis instituidoras, atuando na harmonização dos diferentes interesses regulados, no sentido de evitar a ameaça de captura dos especuladores econômicos, uma vez que influenciam, de forma decisiva, na atração de investimentos, na expansão da oferta, no sensível aperfeiçoamento das atividades reguladas e no equacionamento das inevitáveis divergências capazes de comprometerem o interesse público e o desenvolvimento perseguido.

Apesar de não pretender apresentar um caráter conclusivo e definitivo, este trabalho buscou abordar o contexto em que se formaram as agências reguladoras, indicando seus intérpretes do direito e a importante tarefa de estudar e aperfeiçoar as estruturas que se formaram no sentido de estimular ou promover, se necessário, a legitimidade democrática das agências reguladoras brasileiras, as quais devem atuar de forma totalmente independente e sensível aos novos desafios sociais que lhe são apresentados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, v.1, 2002.

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

DA SILVA, Eduardo Marques. **A independência das agências Reguladoras no Brasil e o Projeto de Lei n.º 3.337/2004**. Rio de Janeiro. Prêmio SEAE, 2006. Disponível em: http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SEAE/arquivos/monografias_2006/regulacao/2_Lugar-Estudante-Regulacao-Eduardo.pdf. acesso em 08 de março de 2013.

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

HABERMAS, Jürgen. **Era das Transições**. Tradução e Introdução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

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

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

PINZANI, Alessandro. **Habermas: introdução**. Porto Alegre: Editora Artmed, 2009.

SANTOS JUNIOR, Althair Ferreira dos. **Intervenção estatal sobre o domínio Econômico diante da crise do estado moderno: As agências reguladoras**. Londrina, 2009. TCC.

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

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