

desafio de garantir acesso à justiça com efetividade, in Milaré, Edis (org.). *Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Existe discricionariedade judicial? Discricionariedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. in MEDINA, José Miguel Garcia, CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo, CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de, e GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (orgs.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais (estudos em homenagem à professora Tereza Arruda Alvim Wambier)*. São Paulo: RT, 2008, pp. 87 a 93.

HART, H.L.A. *The Concept of Law* ("O conceito de Direito." Trad. A. Ribeiro Mendes). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *Anotações sobre a discricionariedade judicial*, in MEDINA, José Miguel Garcia, CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo, CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de, e GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (orgs.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais (estudos em homenagem à professora Tereza Arruda Alvim Wambier)*. São Paulo: RT, 2008, pp. 94 a 98.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen, 2003.

SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos Humanos: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. "A legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade", in "Legitimação dos Direitos Humanos." Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 2ª ed. p. 467 a 519.

\_\_\_\_\_. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais, in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel. (Org.). *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v.1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Limites à chamada discricionariedade judicial, in *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 24, n. 96, p. 157-167, 1990.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3ª Edição. São Paulo: RT, 2008.

## DIREITO ECONÔMICO E SUA NOVA LÓGICA PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO: AS AGÊNCIAS REGULADORAS

Sérgio Barbosa Neves\*

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A lógica do Direito Econômico e sua influência na ruptura de paradigmas do Direito Administrativo pelas agências reguladoras; 3. Resistências à alteração da lógica; 4. A efetividade da nova lógica regulatória no Direito Administrativo brasileiro; 5. Referências.

### 1. Introdução:

As duas últimas décadas do século XX trouxeram inúmeras modificações, especialmente, de natureza política e tecnológica, que importaram em consideráveis alterações de paradigmas sociais, econômicos e jurídicos, tudo sob o tempero hegemônico do fenômeno da globalização. A dinâmica social é exponencialmente mais veloz na atualidade, exigindo dos diversos atores sociais uma evolução permanente e sincrônica, sob pena de inadequados à realidade posta. Antes, Estado, mercado e respectivas ideologias promoviam mudanças de efeitos mais perenes e que podiam ser vivenciadas por algumas gerações. O sistema jurídico que lhes dava esteio, de igual forma, admitia uma rigidez e um formalismo que favoreciam instituições e verdades estruturadas por décadas.

Interessante observar que, em 1955, Orlando Gomes tinha como perceptível o desgaste do instrumental jurídico e a necessidade de o Direito acompanhar essas mudanças e mais atento às tendências. "O que se verifica, em suma, é um grande poder de receptividade aos fatos novos, a que não corresponde, porém, aptidão construtiva. Eminentemente juristas perceberam a dissonância entre o direito codificado e as necessidades sociais, demonstraram brilhantemente que os fatos se revoltavam contra o Código, mostraram que as instituições tradicionais estavam em decadência, comprovaram, numa palavra, a imprestabilidade do arcabouço técnico do Direito"<sup>1</sup>.

Dentre essas verdades estruturadas, o Direito, visto sob o prisma de seus ramos tradicionais, era enunciado com vistas à relação jurídica havida entre o titular do direito subjetivo e o titular do dever jurídico correspondente. As causas e as conseqüências próprias de uma relação jurídica eram examinadas de forma intrínseca a esta relação numa lógica própria do primado da individualidade. Neste sentido, a lógica de imputação quando da verificação de uma lesão de direito replicava e aplicava a norma do tipo "Se A é B deve ser". Ferraz<sup>2</sup>, tendo por base o Direito Econômico, ensina que aspectos extrínsecos à relação jurídica são relevantes para este ramo, engendrando uma lógica própria e diferenciada.

\* Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>1</sup> GOMES, Orlando. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica. *Revista de DireitoGV* n. 1, maio/2005, pp. 121 a 134.

<sup>2</sup> FERRAZ, Roberto. O consumo, a concorrência, o Mercado e as distorções da substituição tributária (para frente). "Já o Direito Econômico parte de análise totalmente alheia a esses aspectos destacados do ponto de vista individual, para ir buscar elementos 'externos' à relação jurídica de compra e venda, como a verificação de qual o mercado relevante de atuação das empresas e quais as suas participações nesse mercado".

Algo de novo e imaginativo dá, finalmente, resposta às ponderações e questionamentos do Professor Orlando Gomes acerca da “*esterilidade imaginativa dos juristas*”<sup>3</sup>. O Direito Econômico traz uma lógica própria e inovadora, que foge àquela vetusta e estruturada pelos demais ramos do Direito, inservíveis, em muitos aspectos, à realidade atual da sociedade.

De outra parte, no âmbito do Direito Público, as mutações não foram menores, senão mais turbulentas, uma vez que o Estado, figura central deste ramo jurídico, foi e vem sendo obrigado a rever seu papel, principalmente no tocante à sua intervenção na economia, no exercício de sua autoridade e na prestação dos serviços públicos. “Há, indubitavelmente, um novo Direito Administrativo em emergência e que ainda está se definindo no torvelinho das transformações, que continuam a nos surpreender por serem incrivelmente céleres e profundas”<sup>4</sup>.

Revisitar as funções do Estado e restabelecê-las de forma mais adequada às aspirações da sociedade e do mercado passa, antes de tudo, pela percepção de que se tratam de fenômenos reciprocamente interferentes, que têm no Direito a normatização de suas relações. Tanto, dentro de um contexto de extrema mutabilidade, contraria antigos e rígidos preceitos de Direito Público, tais como a soberania, a insindicabilidade da discricionariedade administrativa, a intangibilidade dos atos políticos e, até mesmo, o intocável princípio da supremacia do interesse público. Schier<sup>5</sup> enfrenta a questão referentemente ao embate entre uma teoria dos direitos fundamentais e o princípio da supremacia do interesse público, anotando que “a práxis administrativo-constitucional o tem erigido a uma espécie de cláusula geral de restrição dos direitos fundamentais”, ensejando uma Administração fundada numa política autoritária, “onde os direitos e liberdades e garantias fundamentais devem (...) ceder aos reclames do estado que, qual Midas, transforma em interesse público tudo aquilo que toca”.

Comanducci é mais enfático ao reconhecer as mutações havidas no novo direito público, salientando que os sistemas jurídicos atuais refletem uma realidade onde “o estatismo, o legicentrismo e o formalismo interpretativo, três das características destacadas do juspositivismo teórico de matriz novecentista, hoje não parecem sustentáveis”<sup>6</sup>.

A potestade pública é posta em xeque nesse processo, o que Canotilho denomina por democratização da administração, que se apresenta (i) na substituição das estruturas hierárquico-autoritárias por formas de deliberação colegial; (ii) pelo voto na seleção das pessoas a quem foram confiados cargos de direção individual; (iii) participação paritária de todos os elementos que exercem a sua atividade em determinados setores da Administração; (iv) transparência ou publicidade do processo administrativo e (v) gestão participada, que consiste na participação dos cidadãos por meio de organizações populares de base e de outras formas de representação na gestão da Administração pública<sup>7</sup>.

O Direito Administrativo passa por uma mutação ou crise nesse processo evolutivo? “Mais correto é pensar a evolução histórica da disciplina como uma sucessão de impulsos

<sup>3</sup> GOMES, Orlando. Op. cit., p. 122.

<sup>4</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2006, p. 223.

<sup>5</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2004, n. 17, jul/set/2004, pp. 87 a 105.

<sup>6</sup> COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (Neo)constitucionalismo: um análisis metateórico*. In CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, pp. 75 a 98.

<sup>7</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Almedina: 1992, p. 433.

contraditórios, produto da tensão dialética entre a lógica da autoridade e a lógica da liberdade”<sup>8</sup>.

Esse embate de lógicas identificado por Binbenbojm confere uma primeira evidência da influência dos princípios e das normas de Direito Econômico como responsáveis pelas mutações ou crises num Direito construído sobre o signo da autoridade. A lógica da liberdade foi ali enunciada num espectro amplo. Interessa mais proximamente neste estudo restringi-la, num primeiro momento, ao âmbito econômico e de suas repercussões nas relações entre Estado, mercado e sociedade, isto é, a livre iniciativa e a não intervenção do Estado. Trata-se da liberdade como valor fundamental de uma sociedade, tal como proposto por Hayek. Demonstra Selma Ferraz, que sua teoria (Hayek) enfatiza a importância da ação individual, que “corresponde à única fonte possível para a emissão de juízos de aprovação ou desaprovação. (...) o individualismo que defende, recusa a hipótese de as regras de justa conduta serem utilizadas para legitimar ações políticas tendentes à produção de determinados resultados considerados – presumidos – úteis à coletividade. No seu modo de ver, as regras morais servem apenas ao estabelecimento de uma ordem pautada na equidade. A consciência delas no plano social permitiria a cada um do direito – a liberdade – de buscar os próprios fins através das próprias capacidades”<sup>9</sup>.

Ao estudar Hayek, Ferraz anota a importância da liberdade para aquele filósofo que tanto influenciou as decisões econômicas das últimas duas décadas do século XX em nível global. Hayek “deduz que a justiça do mercado implica na garantia da liberdade como máxima ausência de coerção arbitrária, e na espontaneidade como combate a toda forma de dirigismo artificial da economia”<sup>10</sup>.

Essa liberdade traduzida em linguagem de mercado concerne à livre iniciativa e à não intervenção do Estado na economia. “O mercado como ordem espontânea catalisadora, para Hayek, garante a satisfação do maior número de fins individuais mediante a criação de meios para o fomento da riqueza, através da proteção da liberdade e da propriedade. O “interesse público”, manifestado pelo Direito e suas normas coercitivas, circunscreve-se à tutela da manutenção da ordem espontânea representada pelo mercado. A função do Direito é a de servir de agência coletiva capaz de devolver os sujeitos à ordem espontânea, somente. Ao Estado, com Instituição, via Direito, é descabida qualquer pretensão finalística, dentre elas a “Justiça Social”<sup>11</sup>.

Coube à Odete Medauar<sup>12</sup> introduzir o trato desse tema no Direito brasileiro, confirmando a necessidade das mudanças, então perceptíveis pelas seguintes tendências: (i) desvinculação aos resquícios absolutistas; (ii) absorção de valores e princípios do ordenamento consagrados na Constituição; (iii) assimilação da nova realidade nas relações entre Estado-sociedade; (iv) abertura para o cenário sócio-político-econômico em que se situa; (v) abertura para conexões científicas interdisciplinares; e, (vi) disposição em se agregar novos itens àqueles clássicos. A autora chega mesmo a assinalar e identificar como tendência, explicitamente, a influência do Direito Econômico no Direito Administrativo, bem como a ampliação das fontes regulamentares e uma maior espaço às atividades reguladoras.

<sup>8</sup> BINBENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro, Renovar: 2006, p. 18.

<sup>9</sup> FERRAZ, Selma. *Justiça e razão: filosofia clássica e o liberalismo antropológico de F. Von Hayek*. São Paulo, Quartier Latin: 2007, p. 315.

<sup>10</sup> FERRAZ, Selma. Op. cit., p. 322.

<sup>11</sup> ROSA, Alexandre Morais da; e, LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2009, p. 42.

<sup>12</sup> MEDAUAR, Odete. *Crise ou metamorfose? Crise ou Direito Administrativo inovado?* In *O Direito Administrativo em evolução*. São Paulo, RT: 2003.

Os novos matizes ou paradigmas do Direito Administrativo advieram da introdução dessa teoria nos diversos sistemas jurídicos, inclusive pelas reformas constitucionais havidas no ordenamento jurídico brasileiro na última década do século passado. A evidência, aqueles novos paradigmas criaram áreas de choque com a então vigente lógica e cultura da autoridade do Direito Administrativo.

“Não se pode negar que o serviço público sempre refletiu a evolução da sociedade e do Estado, sendo afetado por fatores econômicos, sociais e tecnológicos”<sup>13</sup>. Tais serviços, que, por critério constitucional, não se confundem com as atividades econômicas (arts. 173 e 175), interessam, mais especificamente neste trabalho, pois intenta-se sublinhar os efeitos produzidos pela introdução no Direito brasileiro do denominado Estado regulador. A despeito de algumas funções reguladoras serem de há muito exercidas por órgãos da Administração Pública como o CADE e o Banco Central, a noção de agência reguladora só encontrou eco com as “privatizações” de alguns serviços públicos e do estímulo à concorrência num setor que, historicamente, era monopólio do Estado brasileiro. A partir desse instante, tais agências, criadas sob a forma de autarquias, produziram impactos e perplexidades no campo político e no jurídico e contribuíram, por intermédio do Direito Econômico, para a criação de um novo eixo para o Direito Administrativo.

## 2. A lógica do Direito Econômico e sua influência na ruptura de paradigmas do Direito Administrativo pelas agências reguladoras.

O assunto já foi acima referenciado, ao menos parcialmente e para fins introdutórios. Porém, cumpre melhor esclarecê-lo.

Segundo Roberto Ferraz<sup>14</sup>, “o que caracteriza as normas de Direito Econômico não é a matéria, mas, sim, o novo enfoque com que foram concebidas: o enfoque macroeconômico, isto é, macrológicamente”. (...) Como exemplo inicial dessa caracterização de uma norma como de direito econômico, evidencia a proteção à concorrência, que protege um bem coletivo de natureza mercadológica, que se opõe ao interesse individual também juridicamente protegido. “Essa dualidade de proteções jurídicas, figurando uma delas como defensora de interesses coletivos mercadologicamente identificados, ao lado de outra concebida em favor de interesses individuais, caracteriza a presença de normas de direito econômico”, afirma. A análise no direito da concorrência parte da possibilidade de haver uma tendência de prejuízo à livre concorrência, que, a par de empírica, sobrepõe-se ao interesse individual.

Ferraz prossegue, desmistificando “haver mérito ou demérito de quaisquer desses ramos do direito. Assinala, porém, que “as regras tradicionais do direito serão mais precisas, no sentido de que os resultados de sua análise serão sempre mais claros e definitivos; já os do Direito Econômico serão sempre mais incertos e dependentes de valorizações dos fatos macroeconômicos que são, por natureza, simples tendências gerais. Nesse contexto, pode-se afirmar que o Direito Econômico guarda uma natureza dinâmica quando comparada com a estática forma de atuação dos tradicionais ramos do direito”. Finaliza seu artigo com a caracterização das normas de direito econômico, sublinhando sua macrológica. “Em suma, o que caracteriza as normas de direito

<sup>13</sup>MEDAUAR, Odete. Serviços públicos e serviços de interesse econômico geral. In Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo – Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Coordenador: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Renovar, Rio de Janeiro: 2003, p. 115.

<sup>14</sup>FERRAZ, Roberto. A macrológica do direito econômico. In Revista de Direito mercantil, 142/80-86.

econômico não é a matéria que lhe seria própria, mas sim o enfoque com que foram concebidas; o enfoque macroeconômico ou, em uma palavra, macrológicamente”.

Essa maior dinâmica do Direito Econômico e sua macrológica parecem-nos fazê-lo mais adequado ao atendimento das questões que surgem perante os sistemas jurídicos modernos, onde a rigidez das normas cede à amplitude aplicativa dos princípios, que, “distintamente dos preceitos ou regras, que contém elementos de densificação que os aproximam dos fatos, os princípios jurídicos são formulados com elementos factuais bem mais rarefeitos, de modo que, em razão dessa distinção, poderão ocorrer diferentes problemas aplicativos”<sup>15</sup>.

Os economistas parecem concordar a esse respeito de uma lógica diferenciada a ser aplicada nos estudos econômicos e mesmo na formulação de políticas públicas. Kahn<sup>16</sup> propõe que a consecução de uma meta de política pública jamais será cumprida se houver, no momento de sua decisão, um tipo de informação que diga, tão-somente, “Se você fizer A, então B virá em seguida.

Com a introdução das agências reguladoras no Direito brasileiro, como entes dotados de autonomia administrativa e financeira e com seus dirigentes nomeados para o exercício de mandatos a termo e de funções de natureza executiva, normativa e jurisdicional, houve uma profunda ruptura com um passado onde a centralização dessas funções e o exercício do poder era quase absoluta. Essas rupturas fazem com que o Direito Administrativo altere sua lógica de um centrismo autoritário para um policentrismo decisório e normativo; de uma rigidez para uma flexibilidade em sua atuação<sup>17</sup>; e, das decisões unilateralmente postas com base na legalidade estrita para as soluções consensuais e contextuais.

A própria privatização dos serviços públicos, que precedeu a criação dessas agências – as que regulam essas atividades – e a quebra do monopólio estatal, por si só, geram perplexidades e impõe mudanças na concepção do Direito Administrativo. Tanto é evidenciado por Rebollo, para quem “ese modelo que estaba consolidado y a partir del cual se han montado buena parte de las técnicas de intervención del Derecho Administrativo en este pasado siglo, ese modelo, digo, es el modelo que, justamente, está en crisis. A punto, si no de desaparecer, si de modificarse de forma sustancial”<sup>18</sup>.

De fato, as agências podem regular serviços públicos, *commodities* como o petróleo ou atividades de mercado, possuindo, ao menos, quatro poderes intrínsecos à sua razão de ser: normativo; de mediação dos interesses entre as partes envolvidas (Poder concedente, Concessionários e usuários dos serviços); fiscalização da atividade

<sup>15</sup>MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno. Belo Horizonte, Editora Fórum: 2008, p. 91.

<sup>16</sup>KAHN, Alfred E. The Economics of regulation: principles and institutions. Cambridge, The MIT Press: 1988, p. 15/1. Em seu texto original sustenta o autor: “As we have already suggested, formulating public policy can never be a job for the scientist alone. In the last analysis, deciding what should be done can never be accomplished only with the help of the type of information that says “If you do A then B will follow.” And if it follows from this truth that economists cannot, as scientists, presume to settle the ultimate issues of public policy, it also follows that there are no other scientists who can presume to do so either. If framing public policy requires in the last analysis the art of the politician of philosopher, this is an art that the economist may be better equipped than anyone else to acquire and to practice within his own domain: who can have given more thought than he to the ultimate ethical and political implications of alternative public economic policies?”

<sup>17</sup>MOREIRA, João Batista Gomes. Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. Belo Horizonte, Ed. Fórum: 2005.

<sup>18</sup>REBOLLO, Luis Martín. *Servicios públicos y servicios de interés general: la nueva concepción y operatividad del servicio público em El Derecho Administrativo español*. In Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo. Op. cit., p. 85.

regulada; aplicação de suas normas; e implementação de suas decisões. De toda a sorte, “as autoridades ou agências independentes quebraram o vínculo de unidade no interior da Administração Pública, eis que a sua atividade passou a situar-se em esfera jurídica externa à da responsabilidade política do governo. Caracterizadas por um grau reforçado da autonomia política de seus dirigentes em relação à chefia da Administração central, as autoridades independentes rompem o modelo tradicional de recondução direta de todas as ações administrativas ao governo (decorrente da unidade da Administração). Passa-se, assim, de um desenho piramidal para uma configuração policêntrica”<sup>19</sup>.

A premissa do policentrismo decisório tem como um de seus fundamentos o princípio da segurança jurídica, uma vez que as decisões seriam proferidas por autoridades capazes e dotadas de expertise bastante ao exame das questões técnicas pertinentes ao objeto regulado e de suas tendências.

Como diz Floriano Marques Neto, as agências são um meio “pelo qual a intervenção estatal na economia se dá, mudança fortemente marcada pela substituição ou complementação dos mecanismos de intervenção direta na ordem econômica por instrumentos de uma modalidade específica de intervenção indireta que poderíamos designar como intervenção regulatória”<sup>20</sup>.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto as considera como técnica de descentralização administrativa, proposta pela reforma administrativa havida em sede constitucional: autonomia e profissionalização. Dita reforma foi “um passo racional na descentralização, com a finalidade de atender as diferentes necessidades de gestão da coisa pública segundo as suas características próprias e não em conformidade com um padrão rígido, formal e predeterminado”<sup>21</sup>.

As agências trazem para o Direito brasileiro uma nova lógica. A descentralização de poderes normativos e decisórios é de difícil compreensão pelos políticos habituados à concentração de poder e pelos próprios operadores do Direito Público acostumados à noção de poder de império e de absoluta superioridade do interesse público. Esses aspectos são fundamentais ao ascendem em relevo à concepção das agências em sua integralidade. “A necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, é a razão de ser das entidades reguladoras independentes, ao que podemos acrescentar o fato de a competência normativa, abstrata ou concreta, integrar o próprio conceito de regulação”<sup>22</sup>. O novo arquétipo jurídico brasileiro – as agências reguladoras – estaria inconcluso sem essas características primordiais: independência administrativa e financeira em relação ao poder central e a possibilidade de editar normas cogentes.

Essa autonomia financeira representa uma ruptura com a prática administrativa denominada por “caixa único de governo”, onde todos os recursos financeiros disponíveis para determinado ente federado são reunidos numa única conta e submetidos a um sistema central de controle, que pode avaliar e decidir acerca da realização ou não de uma determinada despesa. Ao estudar o tema da autonomia econômico-financeira e orçamentária, Marçal Justen Filho afirma que “o desempenho satisfatório das funções que se lhes reservam depende da disponibilidade de recursos materiais. Se não forem instituídos mecanismos que assegurem a obtenção desses recursos de modo automático, a agência acabará subordinada ao processo político usual”<sup>23</sup>.

<sup>19</sup>BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 22.

<sup>20</sup>MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte, Ed. Fórum: 2005, p. 42.

<sup>21</sup>MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Forense: 2003, p. 208).

<sup>22</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit. p. 380.

<sup>23</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo, Dialética, 2002, p. 473.

Rupturas assim atestam a firme influência do Direito Econômico sobre o Direito Administrativo, influência esta que não se resume ao fato de uma reforma administrativa, mas à forma como suas normas – inclusive as editadas pelas agências reguladoras – são elaboradas e aplicadas. O Estado não se despiu de todo o seu poder de império, porém, democratizou sua atuação por intermédio e interferência do Direito Econômico.

Após anotar a vocação interdisciplinar do Direito Econômico, Moncada anuncia a modernização da atividade administrativa em todos os níveis do tecido social e econômico produziu um incremento de sua atuação e, conseqüentemente, de sua estrutura orgânica (mediante a descentralização e a criação de entes como a as agências reguladoras acima mencionadas), que estaria a exigir uma nova noção da própria atividade administrativa e do princípio da legalidade. “A moderna actividade administrativa não se esgota numa pura execução da norma legislativa, antes se concretizando num variadíssimo conjunto de medidas e providências desenvolvimentistas e salutistas (*Daseinvorsorge*) particularmente evidentes no terreno da economia (...)”<sup>24</sup>.

Essa interferência da Economia e do Direito Econômico em relação às decisões das agências reguladoras instaura uma nova era pautada numa lógica diversa da tradicional regra de imposição e do princípio da legalidade estrita no âmbito do Direito Administrativo, eis que os fatores agregados à hipótese submetida à consideração da agência devem e podem ser por esta, além do direito das partes, avaliados para sua final manifestação. Em suma, as decisões ou atos vinculados cedem em importância, deixando de haver uma decisão *prêt-à-porter* nessa base da Administração Pública em favor de uma decisão elaborada dentro de uma macrológica, que se ajusta a um número maior de relações e é própria do Direito Econômico.

Infelizmente, porém, o que denuncia uma crise não é a evolução do Direito Administrativo, mas sim ações de resistência à implantação desse novo paradigma em sua plenitude, que instaura uma nova relação de poder na Administração Pública. Essas resistências são deturpações casuísticas e fisiológicas da lógica perpetrada pelas agências reguladoras e devem ser combatidas.

### 3. Resistências à alteração da lógica:

Decisão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferida em novembro de 2008 revela a dificuldade na assimilação dessas mudanças evolutivas do Direito Administrativo. Conforme noticiado no sítio eletrônico Direito do Estado<sup>25</sup>, em 18 de novembro de 2008, o Superior Tribunal de Justiça considerou “legal a exclusão de médicos do quadro associativo, por terem sido referendados para atuar junto a outra seguradora de saúde. A decisão (...) reconheceu a legalidade da cláusula de exclusividade prevista no contrato da Unimed”. Os médicos ingressaram em juízo com demandas visando anular a deliberação da assembleia geral da Unimed, cujo estatuto previa a exclusividade de seus associados. A decisão de primeiro grau deu pela procedência da demanda, que veio a ser mantida pela 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, por unanimidade, sob o argumento de que a cláusula de exclusividade cerceava a liberdade de exercício da profissão. No Superior Tribunal de Justiça, prevaleceu o entendimento de que a cláusula era válida, firmando o entendimento de que não há necessidade de interpretar o contrato, razão pela qual o recurso da Unimed foi admitido e provido.

Tecnicamente, sob o prisma do Direito privado, a decisão é irreparável na medida em que as partes convencionaram, livremente e sem vícios, seus direitos e obrigações

<sup>24</sup>MONCADA, Luís S. Cabral. Direito Econômico. Coimbra, Coimbra Editora: 1988, pp. 40 e 41.

<sup>25</sup>[http://www.direitodoestado.com/noticias\\_detail.asp?cod=7275](http://www.direitodoestado.com/noticias_detail.asp?cod=7275).

no seio de um contrato. Todavia, se a questão for examinada sob uma lógica de maior amplitude, ver-se-á que o impacto dessa cláusula no mercado pode ser perverso. Primeiro, porque existe em benefício exclusivo da empresa seguradora de saúde e em flagrante detrimento dos consumidores, cujo interesse pugna pela pluralidade de médicos em cada plano de saúde. Uma vez que os médicos estariam restritos a atender a clientes de um único e determinado plano, optariam os mesmos por aquele de maior remuneração, provocando uma fuga, quando possível, de médicos de outros planos em prejuízo dos clientes-consumidores aquele outro plano filiados. O sistema tal como posto e consagrado pelo STJ contraria a universalização do serviço.

Em segundo lugar, a fuga dos médicos para um único plano de saúde que os proibisse de estabelecer convênios com outros planos, atenta, também, contra a concorrência e tende à concentração do mercado por um único plano de saúde. A questão, à evidência, é de maior repercussão e atinge outras relações além daquela exurgente do contrato firmado entre os médicos e o plano de saúde, podendo, pois, ser analisada sob um aspecto macro. Basta que seja avaliado o direito dos consumidores e a questão referente ao domínio do mercado em prejuízo da concorrência. Interesses de particulares e do próprio Estado estão envolvidos no exame da validade dessa cláusula de exclusividade.

Seria possível que a agência reguladora da atividade expedisse uma norma, tendo por inaplicável essa espécie de cláusula de exclusividade em planos de saúde ou emitisse decisão em processo administrativo aberto por consumidor? A resposta mais adequada começa por um "depende". O que é certo é que, diferentemente da lógica de imputação de um ramo tradicional do Direito, a decisão administrativa se valeria do Direito Econômico, cuja macrológica apontada anteriormente imporia uma análise de situações fáticas agregadas ao fato e não apenas a situação jurídica proposta perante a agência reguladora.

Observe-se que, como assinala Ferraz, "as regras tradicionais do direito serão mais precisas, no sentido de que os resultados de sua análise serão sempre mais claros e definitivos: já os de direito econômico serão sempre mais incertos e dependentes de valorizações dos fatos macroeconômicos que são, por natureza, simples tendências gerais. Nesse contexto, pode-se afirmar que o direito econômico guarda uma natureza dinâmica quando comparada com a estática forma de atuação dos tradicionais ramos do direito"<sup>26</sup>.

Tanto revela um paradoxo: o de que a segurança jurídica, como um dos objetivos precípuos da atividade regulatória das agências, será tão maior quanto maior for a maleabilidade das normas. Ou seja, um conjunto normativo extenso e rígido é prejudicial à segurança jurídica, não pela incerteza das decisões, mas em razão de sua incapacidade de acompanhar as mudanças sócio-econômicas com sincronismo. Essa sincronia é muito mais fácil a um sistema de normas e de decisão mais permeável a essas novas e constantes interferências.

Ainda com relação ao Judiciário, não são raras decisões que admitem a contestação de decisões técnicas das agências reguladoras, muito embora tenham sido criadas em virtude de uma posição técnica privilegiada. Por um critério de deferência, o Judiciário deveria buscar preservar essas decisões técnicas e só admitir sua revisão nas hipóteses de erro crasso ou de violação procedimental administrativa. Isto é, o controle judicial dos atos das agências reguladoras não seriam afastados, porém, os de natureza regulatória importariam em limites a essa atuação revisional.

<sup>26</sup>FERRAZ, Roberto. A macrológica do direito econômico. Op. cit., p. 82.

Ainda na seara do controle externo de seus atos, a atuação do Tribunal de Contas em relação ao controle dos processos e ações deveria restringir-se aos aspectos que não envolvessem regulação, sob pena de instituir-se a regulação da regulação, sob o falso argumento de que os tribunais de contas podem e devem investigar e aferir a eficiência dos atos da Administração Pública, independentemente de quem tenha sido o seu prolator.

Outro aspecto importante em relação ao controle diz respeito ao próprio controle interno das agências independentes pela Chefia do Executivo. É comum que as leis de criação das agências as vinculem a um ministério ou secretaria de governo. Assim é que discussões acerca do cabimento de recurso hierárquico impróprio das decisões proferidas pelas agências reguladoras seriam ou não cabíveis.

Todas essas hipóteses de controle, externo ou interno, têm de ser examinadas dentro dessa lógica nova instaurada no Direito Administrativo, livre das velhas concepções centralizadoras. Se a lógica é o policentrismo de poder e a autonomia, tendo por escopo uma regulação eficiente e neutra, outra conclusão não há senão como ter como incabível qualquer espécie de controle que tenha por escopo a revisão de atos e decisões de natureza regulatória, sob pena de subversão de toda a lógica finalística da criação desse sistema.

Outro aspecto que releva notar é o referente aos mandatos de seus dirigentes. Na medida em que ocupam cargos públicos e que a forma de provimento desses dá-se em comissão, alguns governantes insurgem-se contra a impossibilidade de suas demissões, eis que o art. 37, # 2º, da Constituição prevê a livre nomeação e exoneração dos ocupantes dessa espécie de cargos. Todavia, a lógica desse sistema opera de forma diversa da previsão normativa constitucional, na medida em que a conjuntura demanda autonomia e isenção dos dirigentes das agências, o que não seria possível caso houvesse submissão ao poder central e daria ensejo, com extrema facilidade, ao fenômeno da captura repudiado em tema de regulação por agências.

#### 4. A efetividade da nova lógica regulatória no Direito Administrativo brasileiro:

A par de pertencer à organização da Administração pública, as decisões das agências reguladoras devem ser pautadas na neutralidade. As agências devem buscar o equilíbrio dos interesses do Estado, dos concessionários ou regulados e dos usuários (onde houver), tendo como foco, acima de tudo, a justiça, a qualidade e a eficiência do serviço ou atividade econômica regulados. O estudo e a implementação dos poderes neutrais das agências, dessarte e ao contrário dos demais órgãos da Administração, impõe-se.

A aplicação dos poderes neutrais em relação às agências reguladoras "pode ser de grande importância para eliminar as perplexidades que existem em relação à autonomia das agências reguladoras em face do Chefe do Poder Executivo, agente dotado de legitimidade político-eleitoral".<sup>27</sup> O sistema de decisão deve ser técnico-neutral independente e em substituição ao de decisão político-partidária, atualmente prevalecente. Nesse desiderato, dois pressupostos precisam ser verificados: (i) a confiabilidade política das agências; e, (ii) a constatação de que as agências estão, suficiente e tecnicamente, aparelhadas para adotar a melhor decisão dentre as possíveis em relação à aplicação de políticas públicas, pois seriam detentoras de maior expertise para tanto se comparadas, inclusive, ao próprio Judiciário. O profissionalismo é pressuposto para a irrefutável aquisição da técnica, cujo domínio é imprescindível á

<sup>27</sup>ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Op. cit., p. 441.

eficiência, enquanto a independência política, administrativa e financeira é pressuposto inexorável à neutralidade.

A efetividade das mudanças por que passou o Direito Administrativo em relação à implantação das agências reguladoras depende da aplicação ampla e irrestrita de todo o sistema que permeia e o instituto. Respeito à autonomia, à expertise dos dirigentes e às decisões regulatórias consubstancia-se no mínimo a ser esperado. Tanto exige uma mudança de cultura e de perspectiva lógica em relação ao Direito Público construído e sedimentado sobre os pilares da potestade pública e da supremacia do interesse público, hoje depreciados ou de incidência definitivamente afastada.

Essas interferências do Direito Administrativo para com o Direito Econômico em nada depreciam este nem aquele, gerando, outrossim, uma interação de resultados mais consentâneos ao novo eixo referencial posto pela atualidade dos sistemas jurídicos aos ramos do Direito Público, que não mais se apresenta como o Estado, mas sim o cidadão ou melhor a liberdade e a realização dos direitos fundamentais. De outro lado, a referência econômica do que se tem por eficiência deixa de ser o simples fomento e aumento da produção de bens e serviços, com menores custos e maiores lucros, transformando-se numa referência socioeconômica, uma vez que os interesses da sociedade não podem restar ao desabrigo. O Direito Econômico aliado ao Direito Administrativo deve buscar uma eficiência socioeconômica ou, melhor ainda, socioambiental, dentro de uma lógica muito mais ampla do que os interesses do Estado ou dos agentes econômicos.

As agências reguladoras são um exemplo inequívoco dessa interação entre os ramos do direito sobreditos, e, por conseguinte, um instrumento para execução de políticas socioambientais. Importa que as agências reguladoras traduzam uma nova lógica político-normativa, e que não façam parte da mesma lógica do Estado que não funciona, que não se importa em ser ineficiente, que centraliza suas ações em detrimento da democracia e que não fiscaliza se seu pessoal está envolvido com os interesses de empresas privadas.

Se os ingredientes positivos estiverem presentes e se as agências estiverem de posse de instrumentos neutralizadores das injunções políticas ou privadas, poderão essas aplicar com tranqüilidade e isenção os elementos da macrológica do Direito Econômico ou, na hipótese, econômico-regulatória.

## 5 – Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Forense: 2003.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro, Renovar: 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Almedina: 1992.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)constitucionalismo: um análisis metateórico. In CARBONELL, Miguel (Coord.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003, p. 75 a 98.

FERRAZ, Roberto. A macrológica do direito econômico. In Revista de Direito Mercantil n. 142 pp. 80 a 86.

\_\_\_\_\_, O consumo, a concorrência, o Mercado e as distorções da substituição tributária (para frente).

FERRAZ, Selma. Justiça e razão: filosofia clássica e o liberalismo antropológico de F. Von Hayek. São Paulo, Quartier Latin: 2007.

GOMES, Orlando. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica. Revista de DireitoGV n. 1, maio/2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo, Dialética, 2002.

KAHN, Alfred E. The Economics of regulation: principles and institutions. Cambridge, The MIT Press: 1988.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte, Ed. Fórum: 2005.

MEDAUAR, Odete. Crise ou metamorfose? Crise ou Direito Administrativo inovado? In O Direito Administrativo em evolução. São Paulo, RT: 2003.

\_\_\_\_\_, Serviços públicos e serviços de interesse econômico geral. In Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo – Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Coordenador: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Renovar, Rio de Janeiro: 2003.

MONCADA, Luís S. Cabral. Direito Económico. Coimbra, Coimbra Editora: 1988

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Público. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2006.

\_\_\_\_\_, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno. Legitimidade, finalidade, eficiência e resultados. Belo Horizonte, Editora Fórum: 2008.

MOREIRA, João Batista Gomes. Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. Belo Horizonte, Ed. Fórum: 2005.

REBOLLO, Luis Martín. Servicios públicos y servicios de interés general: la nueva concepción y operatividad del servicio público em El Derecho Administrativo español. In Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo – Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Coordenador: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Renovar, Rio de Janeiro: 2003.

ROSA, Alexandre Morais da; e, LINHARES, José Manuel Aroso. Diálogos com a Law & Economics. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2004, n. 17, jul/set/2004, pp. 87 a 105.