

A CONTRIBUIÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A PERSPECTIVA DE EFICÁCIA HORIZONTAL

THE CONTRIBUTION OF REGULATORY AGENCIES FOR THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS UNDER THE PERSPECTIVE OF HORIZONTAL EFFECTIVENESS

LUCIANO ELIAS REIS

Doutorando e Mestre em Direito Econômico pela PUC/PR com estágio de doutoramento na *Universitat Rovira i Virgili* - Espanha
Especialista em Processo Civil e Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar
Professor de Direito Administrativo no Unicuritiba
Integrante do Instituto Paranaense de Direito Administrativo
Advogado
E-mail: luciano@rcl.adv.br

FERNANDA RODRIGUES REIS

Graduanda do Curso de Direito no Centro Universitário Curitiba - Unicuritiba
Assistente Administrativo na Agência de Fomento do Estado do Paraná

Artigo doutrinário publicado no *Juris Plenum Direito Administrativo* nº 21, março de 2019.

Data de recebimento do artigo: 27.09.2018.

Datas de pareceres de aprovação: 01.11.2018 e 20.11.2018.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 14.12.2018.

SUMÁRIO: [Introdução](#) - [1. As agências reguladoras no Brasil: 1.1. Origem; 1.2. Natureza jurídica; 1.3. O controle sobre as agências reguladoras](#) - [2. A mudança de estratégia na atuação da Administração Pública: 2.1. O Estado positivo; 2.2. O Estado regulador; 2.3. As mudanças ocorridas no Brasil](#) - [3. A proteção dos direitos fundamentais por meio das agências reguladoras: 3.1. A proteção dos direitos fundamentais entre particulares; 3.2. As agências reguladoras perante a sociedade; 3.3. Os limites de atuação na interferência da liberdade econômica - Considerações finais - Referências.](#)

RESUMO: O presente texto analisa a contribuição da função administrativa regulatória exercida por entidades autônomas para proteção dos direitos fundamentais aplicados às relações privadas. Projetadas a partir da década de 1990 para instrumentalizar as mudanças na estratégia da Administração Pública, cuja estrutura atende ao modelo gerencial, as Agências Reguladoras constituem-se sob o formato autárquico em regime especial, por meio do qual são dotadas de autonomia e independência administrativa. Cada uma das leis instituidoras reúne uma plêiade de competências para o exercício da função administrativa responsável por equilibrar os interesses público e privado dentro de um contexto pós-moderno marcado pela pluralidade. Nessa conjuntura de revisão do papel do Estado, que substitui o caráter operador por uma figura reguladora, cumpre investigar se o novo modelo administrativo adotado, representado especialmente pela intervenção indireta realizada pelas Agências Reguladoras, auxilia a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, cuja fundamentação repousa na ordem principiológica que emana da força normativa da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: agências reguladoras; Estado regulador; pós-modernidade; direitos fundamentais; eficácia horizontal.

ABSTRACT: This essay analyses the contribution of the regulatory administrative function exercised by autonomous entities for the protection of the fundamental rights applied to the private relationships. Projected since the 1990 decade to instrumentalize the strategy changes in the Public Administration, which structure is directed to a management format, the Regulatory Agencies are constituted under the autarchic format in special regime, by which they are dotted with autonomy and administrative independence. Each of the laws that create the Regulatory Agencies gathers a plethora of competencies to the exercise the administrative function responsible for balancing the public and private interests in a postmodern context marked by plurality. In this context of revision of the role of the State, which replaces the operator character for a regulatory figure, it is necessary to investigate if the new administrative model adopted, represented especially by the indirect intervention carried out by the Regulatory Agencies, helps the fundamental rights horizontal

efficacy, which fundament rests on the principiological order that emanates of the normative force of the Federal Constitution.

KEYWORDS: regulatory agencies; regulatory State; postmodernity; fundamental rights; horizontal efficacy.

INTRODUÇÃO

As Agências Reguladoras, desenvolvidas ao longo da década de 90 com o propósito de atender às modificações estratégicas das quais a Administração Pública lança mão para concretizar o planejamento de uma estrutura menos burocrática e mais gerencial, encontram guarida no [artigo 174](#) da Constituição Federal de 1988, devendo atender, portanto, aos princípios gerais da atividade econômica, norteadores da Ordem Econômica e Financeira.

As mudanças que circundam o florescimento de entidades reguladoras inauguram um contexto de reforma do aparelho burocrático com o objetivo de aumentar a capacidade de gestão da máquina pública. Os métodos clássicos de intervenção estatal dão lugar a novos contornos de governança pública, que apostam especialmente em uma atuação indireta do Estado no domínio econômico.

Conforme disposição constitucional, o Estado só deve intervir diretamente no mercado se presentes os requisitos de relevante interesse público ou imperativo de segurança nacional. Essa posição subsidiária, que privilegia mecanismos de um Estado Regulador - fiscalização, direção e fomento -, somada à reforma do aparelho burocrático, conduz a estrutura administrativa ao acolhimento de novas estratégias de gestão, aptas ao cumprimento dos deveres constitucionais de modo mais eficaz.

Os deveres constitucionais incumbidos ao Estado diante de uma Constituição dirigente estão associados aos valores incorporados para a promoção da dignidade humana e proteção dos direitos fundamentais. Com isto, revela-se imprescindível a análise da contribuição do novo modelo do aparelho estatal à proteção dos direitos fundamentais. Trata-se de uma investigação inafastável, uma vez que a função administrativa é um exercício do poder público legitimado pelo processo dialético do Estado Democrático de Direito e, por isto, deve estar comprometida com a ordem constitucional.

O propósito deste ensaio é a inspeção da atuação das Agências Reguladoras dentro do contexto constitucional dos direitos fundamentais e o delineamento jurídico a partir do qual desenvolveram suas funções no Brasil, para a verificação dos seus efeitos práticos em relação aos direitos fundamentais no plano horizontal de eficácia. Para isto, apresentam-se a partir de uma metodologia bibliográfica e dedutiva a origem e a natureza jurídica de tais entidades autônomas, analisando o regime jurídico ao qual estão submetidas e de que maneira mantêm relação com os demais integrantes da Administração Pública. Expõem-se as mudanças de estratégia da atuação administrativa diante do Estado Regulador, buscando compreender suas principais características. Por fim, verifica-se a contribuição que o exercício das Agências Reguladoras promove aos direitos fundamentais em uma perspectiva horizontal a partir de uma análise teórica a respeito da forma e abrangência de incidência dos princípios constitucionais nas relações privadas, bem como por meio de um exame prático.

1. AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

Em um contexto de reforma do Estado, liberalização econômica e democratização, o alicerce institucional foi redefinido para receber um novo regime regulatório, cuja aposta principal concentrou-se na criação de agências reguladoras dotadas de autonomia e independência administrativa para a regulação setorializada.

Além da independência para a tomada de decisões, a recomendação do Conselho de Reforma do Estado para a construção do marco legal dos entes reguladores, em 1996, propõe a observância de outros princípios básicos, como a ampla publicidade de normas e a participação de interessados no seu processo de elaboração, celeridade processual, e a limitação da intervenção estatal na prestação de serviços públicos (MARE, 1997, p. 27).

Diante deste cenário, analisa-se a seguir a origem das agências reguladoras, sua natureza jurídica, bem como o controle sob o qual está submetida no exercício de suas funções.

1.1. Origem

As duas últimas décadas do século XX evidenciam o declínio do Estado-empresarial, até então comprometido diretamente com as funções que garantiam o desenvolvimento e progresso econômico, especialmente em razão das transformações ocorridas na ordem econômica. Medidas como a abertura ao mercado estrangeiro e a flexibilização de monopólios, promovidas por emendas constitucionais,⁽¹⁾ revelam um contexto de reforma econômica, a partir do qual a Administração Pública desenvolve novos mecanismos de atuação que privilegiam a intervenção indireta no domínio econômico.

Com a edição da Lei nº 8.031 de 1990, posteriormente revogada pela Lei nº 9.491 de 1997, a qual alterou os procedimentos do Programa Nacional de Desestatização, as medidas de afastamento estatal indicaram a necessidade

de empregar mecanismos capazes de garantir segurança jurídica aos investidores e um ambiente estável aos demais agentes econômicos. Neste contexto florescem entidades reguladoras, cuja autonomia e independência administrativa são características indispensáveis para uma atuação desvinculada dos ideais políticos que correspondem às estratégias de governo.

A chamada “primeira onda” de criação das agências reguladoras teve como principal objetivo manter o equilíbrio das atividades econômicas a serem desenvolvidas, preservando a liberdade econômica independentemente dos próximos governos (JUSTEN FILHO, 2002, p. 78-9). A ausência de subordinação dos entes reguladores às autoridades administrativas permitiu que a fiscalização realizada sobre os serviços privatizados estivesse efetivamente afastada de qualquer interesse político capaz de conduzir as situações do mercado com base em conveniências partidárias. A regulação, portanto, acompanha a expansão do mercado em uma tentativa de operar as estratégias de competição entre as empresas, criando um cenário descentralizado. Trata-se de uma nova forma de atuação governamental, disseminada, cuja intervenção indireta é a principal aposta.

As três primeiras agências reguladoras federais que foram criadas demonstram a preocupação com a fiscalização dos serviços públicos executados pela iniciativa privada após a flexibilização dos monopólios estatais de telecomunicação e petróleo e a liberalização do setor elétrico.⁽²⁾ As entidades autônomas receberam a competência para celebrar e gerenciar contratos de concessão, devendo fiscalizar a prestação do serviço realizado em regime público, podendo aplicar sanção e intervir quando necessário. Após, seguiram-se sete autarquias federais em regime especial, englobando inclusive a regulação de atividades eminentemente privadas.⁽³⁾ Nos planos estadual e municipal, algumas agências foram criadas para a regulação geral de serviços públicos.⁽⁴⁾ enquanto outras atuam em setores especializados.

1.2. Natureza jurídica

Dotadas de personalidade jurídica, as agências reguladoras são constituídas como autarquias, uma figura representativa da descentralização administrativa, integrante da Administração Indireta, cujo conceito legal é estabelecido pelo Decreto-Lei nº 200/67, em seu [artigo 5º](#), inciso I: “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

A definição legal é silente no que tange a natureza da personalidade jurídica mencionada, se pública ou privada. Não obstante tal omissão, apenas sob o formato de natureza pública as agências reguladoras podem exercer os poderes de autoridade administrativa revelados pela sua função coercitiva.⁽⁵⁾ Conforme explica Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 160-61), somente as pessoas jurídicas de direito público podem ser titulares de interesses públicos, diferindo-se das pessoas de direito privado da administração indireta, que apenas podem deter a capacidade para o exercício das atividades públicas. Portanto, sendo pessoa jurídica de direito público, submetem-se ao regime jurídico administrativo, segundo o qual a Administração Pública assume uma posição privilegiada e vertical.

Por força do [artigo 37](#), inciso XIX, da Constituição Federal, as autarquias só podem ser criadas por lei, embora já seja prevista a necessidade de utilização do ato normativo primário pelo Decreto nº 200/67. Tais entidades são responsáveis pela própria direção e gestão, o que significa dizer que podem estabelecer suas próprias regras - respeitando os limites daquilo que lhes foi incumbido mediante ato legislativo. Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2015, p. 535) comenta um embaraço na utilização do termo autonomia. Segundo a autora, mais adequado seria mencionar a capacidade de autoadministração de tais agências, tendo em vista que elas não podem criar seu próprio direito, limitando-se a autoadministrar as matérias que lhes são afetas.

Ainda, sujeitam-se a um controle de verificação da perseguição dos fins para os quais estão destinadas, ou seja, dos serviços cuja execução lhe foi confiada. Assim, embora não estejam condicionadas ao gerenciamento de outras entidades da administração, possuem deveres a ser concretizados, para os quais receberam parcela de poder.

Segundo informa Marçal Justen Filho (2014, p. 280), o que efetivamente confere independência às agências reguladoras é o fato de terem recebido um regime especial, isto porque a natureza autárquica ainda mantém a entidade sob o controle administrativo dos ministérios, o que não ocorre com as autarquias em regime especial. A estas se atribuem certos privilégios, de forma que a atividade regulatória a ser exercida esteja livre de interferências políticas.⁽⁶⁾

As autarquias em regime especial não estão submetidas ao controle dos ministérios aos quais foram vinculadas. Por isso, as suas decisões não serão objeto de análise por outros entes da administração pública.⁽⁷⁾ Seus dirigentes, nomeados pelo chefe do poder executivo após aprovação do poder legislativo, possuem mandato fixo, não podendo ser exonerados *ad nutum*,⁽⁸⁾ contando apenas com as hipóteses legais de perda do mandato previstas na Lei nº 9.986/2000. São elas: renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar, sem prejuízo dos casos definidos na legislação específica de cada uma das agências. Das matérias que lhes são afetas, não cumpre apenas fazer a regulação normativa. Suas competências englobam atribuições conexas, cujo exercício conjunto direciona a regulação a uma atuação efetiva. Assim, devem fiscalizar o atendimento às normas produzidas, dirimir administrativamente os conflitos entre usuários e prestadores de serviços, bem como proceder à punição, reprimindo infrações (DI PIETRO, 2009, p. 227-28).

1.3. O controle sobre as agências reguladoras

Constituídas como autarquias e, portanto, integrantes da Administração Pública Indireta, as agências reguladoras devem obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme [artigo 37](#) da Constituição Federal de 1988. Por esse motivo, estarão submetidas ao controle da Administração pública para a investigação da conformidade entre a sua atuação e os valores juridicamente estabelecidos. Nas palavras de Phillip Gil França (2011, p. 83), o controle pode ser resumido em uma “atividade que determina como a Administração deve se portar para cumprir sua missão constitucional”. Além disso, o monitoramento atende ao direito subjetivo do cidadão de ver corretamente gerenciado o poder público do qual é titular, de acordo com o [artigo 1º](#), parágrafo único, da Constituição Federal.

O controle realizado é considerado interno, quando a própria Administração Pública o exerce, e externo, na ocasião em que se verifica o desempenho dos Poderes judiciário e legislativo voltados à inspeção dos atos do Executivo. O administrado também pode incitar o controle pelos meios constitucionalmente previstos, dando início aos procedimentos, conforme menciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 878-80).⁽⁹⁾

De acordo com Marçal Justen Filho (2014, p. 1.205), “a criação de entidades dotadas de personalidade jurídica própria significa a eliminação do vínculo de controle interno por parte da Administração central”. Não haverá, com isto, subordinação direta dos atos administrativos produzidos pela agência reguladora ao Chefe do Poder executivo, conquanto haja ainda a responsabilidade interna da verificação contínua da atividade administrativa pela própria estrutura (autotutela). Seja de ofício ou por provocação de particulares, é necessário que a entidade esteja aparelhada por instrumentos que permitam a constante verificação e correção de atos administrativos (FRANÇA, 2011, p. 90).⁽¹⁰⁾ Assim, se a administração direta, estruturada em órgãos administrativos, está submetida a um controle interno oportunizado pela subordinação hierárquica, as entidades que fazem parte da administração indireta sujeitam-se ao controle finalístico, pelo qual se verifica a correspondência entre os atos administrativos expedidos e a lei instituidora da entidade administrativa.

Quanto ao controle externo, as agências reguladoras estão submetidas ao poder de fiscalização e controle realizado por qualquer das Casas do Congresso Nacional, por força do [artigo 49](#), X, da Constituição Federal. Em atenção à classificação proposta por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 892-96), observa-se (I) o controle político, que engloba hipóteses de apreciação dos atos do Poder executivo pelo Congresso Nacional ([art. 49](#), CF.) e pelo Senado Federal ([art. 52](#), CF.), bem como poderes de investigação das Comissões Parlamentares para a apuração de irregularidades ([art. 58](#), § 3º, CF.); e, (II) o controle financeiro, cuja disciplina é ordenada pelo [artigo 70](#), CF. Por esse dispositivo, delimita-se o objeto do controle financeiro em uma ampla gama de atividades: contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, sejam da administração direta ou indireta. A fiscalização pode ocorrer sob várias perspectivas, compreendendo aspectos formais e materiais do exercício econômico, sendo realizada pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas.

O Tribunal de Contas atua em colaboração com o Legislativo, dividindo atribuições típicas deste poder, como fiscalizar os atos financeiros de autoridades responsáveis pela administração de valores públicos, realizando inspeções e auditorias. Diogo de Figueiredo Moreira Neto acomoda a atuação do Tribunal de Contas em uma categoria específica de controle, justificando a especialidade a partir de dois aspectos: primeiro pela composição independente do Tribunal de Contas, entendido como uma instituição apolítica e desvinculada dos demais Poderes; segundo, por se tratar de atribuições singulares, previstas no [artigo 71](#), CF, que buscam atender ao comando geral contido no [artigo 70](#) do mesmo diploma.

Por fim, as agências reguladoras estão submetidas ao controle do Poder Judiciário, cujas possibilidades de exame da atividade realizada fundamentam-se constitucionalmente no [artigo 5º](#), XXXV. O controle *a posteriori*, exercido mediante provocação, exerce a vigilância sobre a legalidade da atividade regulatória, compreendendo o conteúdo principiológico ao qual a Administração Pública está sujeita em atenção à legalidade substantiva (DI PIETRO, 2015, p. 899).

2. A MUDANÇA DE ESTRATÉGIA NA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Privilegiando a liberdade de iniciativa, a Constituição Federal de 1988 reserva ao Estado uma posição subsidiária no que tange à atuação direta dentro do cenário econômico. A exploração direta da atividade econômica está vinculada ao preenchimento de um dos requisitos trazidos pelo [artigo 173](#): o relevante interesse público ou imperativo de segurança nacional. Ao lado de tal competência, o texto constitucional prevê a figura de um Estado normativo e regulador da atividade econômica, com as funções de incentivo, fiscalização e planejamento, conforme dispõe o [artigo 174](#).

O Estado Democrático de Direito inaugurado recebe a tarefa de manter o equilíbrio entre as limitações advindas do liberalismo e as funções positivas de um Estado social, ou seja, ao mesmo tempo em que as competências estatais são delimitadas constitucionalmente, de maneira a criar um vínculo de subordinação do Estado para com a lei, destina-se a ele o dever de agir diretamente para a garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Para a realização dessa tarefa, o Estado conta com diversas funções administrativas, classificadas por Marçal Justen Filho (2014, p. 126-28) em cinco categorias. Materializando um “conjunto de poderes para editar regras, produzir decisões e promover a execução concreta visando a conformar, dentro de certos limites, liberdades e direitos individuais”, a Administração Pública exerce a função administrativa conformadora ou ordenadora; à função administrativa regulatória são reservados poderes para disciplinar os setores empresariais; pela função administrativa de fomento aplicam-se recursos públicos e promove-se a orientação para a utilização de recursos privados; a função administrativa prestacional, ao lado, compõe-se de poderes para a promoção concreta da satisfação de necessidades

coletivas; e, por fim, a função administrativa de controle é destinada à verificação e correção da atuação dos órgãos estatais.

Considerando que a função administrativa “reflete o modo como a Nação forjou uma concepção concreta de Estado, que se reflete no seu direito positivo” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 121), torna-se necessário avaliar as mudanças administrativas acolhidas pelo Estado para o seu exercício. Trata-se de um sistema cíclico, dentro do qual as estratégias utilizadas para a modificação da estrutura administrativa respondem a uma transformação das condições sociais e políticas que envolvem o Estado.

A organização estatal revelou configurações distintas ao longo de seu desenvolvimento, demonstrando a coerência entre o formato do Estado e as instituições por meio das quais a atividade pública é realizada.⁽¹¹⁾ A redefinição das funções estatais, geralmente motivada por crises econômicas e deficiências de governança que ensejam a reavaliação do sistema institucional, revela o liame estabelecido entre os mecanismos governamentais e os valores assumidos pelo Estado, diante dos quais a administração pública é convidada a uma redefinição estratégica. As propostas destinadas à reforma administrativa elaboradas nos anos 1990, durante a gestão governamental de Fernando Henrique Cardoso, evidenciam as modificações e ajustes de estratégia na atuação da administração pública, tendo em vista que a intenção era justamente distanciar a estrutura administrativa das características burocráticas com as quais convivia desde a reforma que afastou a administração de cunho patrimonialista (PEREIRA, 2015, p. 10).⁽¹²⁾

Com isto, a redefinição das funções estatais demonstra a modificação da posição ocupada pelo Estado, que passa de um ente operador a uma figura reguladora. O Estado operador concentra métodos clássicos de governo, como a intervenção para alocação de capitais por meio de políticas de redistribuição para o cumprimento do papel provedor. Diferentemente ocorre na atuação do Estado regulador, que, ao se deparar com uma interação na produção do processo decisório, no qual participam agentes econômicos e sociais, assume um comportamento estratégico, que resulta em uma proposta de administração gerencial, conforme se analisará a seguir.

2.1. O Estado positivo

Ao Estado positivo relacionam-se as características de promoção do bem-estar coletivo, associadas ao fundamento democrático que legitima a atuação centralizada. Há uma espécie de anuência democrática que, devidamente representada, faz refletir no papel planejador do Estado as medidas populares que atenderão à sociedade.

De acordo com Giandomenico Majone (2014, p. 7), esse formato estatal ganha destaque no período de reconstrução econômica que sucede a Segunda Guerra Mundial. Isso ocorre especialmente pela congruência entre a proposta do Estado de bem-estar social com os mecanismos utilizados para o planejamento e provimento de recursos e serviços públicos. Trata-se da redistribuição de renda e gestão macroeconômica:

O mercado foi relegado ao papel de provisor de recursos para pagar pela generosidade governamental, e quaisquer provas de falhas de mercado eram consideradas suficientes para justificar a intervenção do Estado, muitas vezes sob a forma intrusa da alocação central de capitais e da nacionalização de setores-chave da economia.

O Estado positivo é localizado no período de expansão ao longo do século XX. Jacques Chevallier (2009, p. 28) explica que embora seja possível anotar várias configurações, formatadas de acordo com modelos sociais e econômicos, a estrutura estatal erguida durante a modernidade se expandiu por toda a parte criando uma “rede cada vez mais fechada de coerções e controles sobre a sociedade”.

2.2. O Estado regulador

Se o Estado positivo foi relacionado diretamente com o *Welfare State*, caracterizado especialmente pela expansão da estrutura estatal, que marcou significativo intervencionismo durante a modernidade, o Estado regulador é posicionado no período seguinte, destacado por um contexto de reavaliação do lugar do Estado. De acordo com a exposição de Jacques Chevallier (2009, p. 29), as disfunções do Estado-Providência, somadas ao retorno dos ideais liberais e, ainda, à dificuldade econômica que os países em desenvolvimento enfrentam ao longo dos anos 1980, provocam uma reavaliação do lugar do Estado, que desemboca na retração estatal. Contudo,

o fim do protetorado exercido pelo Estado sobre a vida social, notadamente sob a pressão da globalização, não significa, no entanto, o fim do Estado ou o retorno ao Estado mínimo: o Estado permanece dotado de uma função essencial [...] se o Estado permanece fortemente presente na vida social, tal se dá sob modalidades diferentes daquelas do passado: vê-se perfilhar uma nova concepção do papel do Estado, o esboço de um novo modelo de Estado (CHEVALLIER, 2009, p. 59).

O novo modelo de Estado fundamenta-se no princípio da subsidiariedade, com o qual Jacques Chevallier (2009, p. 59-61) identifica as três principais mudanças da funcionalidade estatal. Em primeiro lugar, anota-se o caráter supletivo, que substitui a feição elementar e predominante de suas atribuições, ou seja, o Estado passa a adotar uma postura de apoio à atuação de outros agentes no cenário econômico. Em segundo, se aposta na utilização de instrumentos que promovam a gestão social por meio de um contato direto com o objeto a ser gerido, isto é, evita-se a organização de um

sistema burocrático que remete a questão a um nível mais distante de administração, em busca de uma estrutura eficiente. Por fim, considerando a postura adicional em detrimento da figura hegemônica, e, ainda, a proximidade de gestão posta no lugar de uma estrutura distante e burocrática, registra-se a parceria, por meio da qual o Estado convida agentes privados para a participação na prestação de serviços que concretizem as políticas sociais.

2.3. As mudanças ocorridas no Brasil

No Brasil, a década de 1980 é justamente o período que marca uma ruptura do crescimento econômico relativamente alto experimentado nas cinco décadas anteriores.⁽¹³⁾ Quanto à estrutura do Estado, pode-se dizer que nesta altura já se encontrava organizado um conjunto de entidades públicas, cujo desenvolvimento atendia à necessidade de concretização dos direitos sociais, que guiaram os objetivos políticos durante o Estado de bem-estar social. Dessa forma, “o intervencionismo estatal não resistiu à onda mundial de esvaziamento do modelo no qual o Poder Público e as entidades por ele controladas atuavam como protagonistas do processo econômico” (BARROSO, 2015, p. 288). Trata-se da perda da hegemonia que o Estado havia assumido até então para concretizar os ideais da modernidade. Enquanto o Estado moderno, sob o manto da supremacia, assume a liderança na organização do desenvolvimento econômico, dispondo de instrumentos distributivos para corrigir as falhas do mercado, o Estado pós-moderno inaugura um período de desregulamentação, a partir do qual as entidades estatais dividem a responsabilidade pelo processo de desenvolvimento econômico e social com atores privados.

Conquanto haja significativa ampliação dos direitos sociais no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, a infraestrutura do Estado brasileiro é incapaz de atendê-los diretamente. Conforme destaca Monique Menezes (2015, p. 27), a principal causa da inépcia repousa no desenvolvimento da tecnocracia no período pós-1985, que concentrou o poder decisório e deu origem às falhas na realização de políticas públicas executadas pelo governo.

Em razão da crise da dívida externa, que toma proporções dramáticas na década de 1980, as propostas de alterações e ajustes fiscais entram em cena, culminando com a Reforma da Administração Pública nos anos 90. O contexto de crise e ineficiência passa a exigir da estrutura administrativa uma reformulação que a torne apta para a organização de um novo Estado. O objetivo central era a transformação de um Estado burocrático em um Estado gerencial, cuja realização teve início em 1995 com a publicação do Plano Diretor da Reforma do Estado, o qual deixava bastante clara a intenção de elaborar estratégias administrativas capazes de organizar uma estrutura mais eficaz. As próprias características que marcaram a mudança funcional do Estado são reveladas em vários momentos deste projeto.⁽¹⁴⁾

No que tange à combinação de esforços para o alcance da eficiência e qualidade da prestação dos serviços públicos, o plano indica duas estratégias gerais. Para os serviços que não são exclusivos do Estado, ou seja, que permitem a atuação de instituições privadas e até mesmo públicas não estatais, a proposta é implementar um “programa de publicização”, no qual a prestação do serviço é transferida a organizações sociais, sem fins lucrativos, aptas a realizar contrato de gestão com o poder executivo. Para a produção do mercado, o objetivo é investir no processo de privatização, reorganizando e fortalecendo “os órgãos de regulação dos monopólios naturais que forem privatizados”.⁽¹⁵⁾

Assim, a principal transformação institucional do Estado regulador é a criação de agências reguladoras autônomas, que, apesar da autonomia formal, estão posicionadas em um alicerce regulatório equipado por mecanismos de controle que permitem verificar a correspondência de sua atuação com os princípios do ordenamento jurídico.

3. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A acomodação do papel regulatório desempenhado pelo Estado em um contexto de reforma administrativa conta com características específicas marcadas pelo período da pós-modernidade, cujos reflexos alcançam o comportamento jurídico. A incorporação constitucional de temas sociais com reflexos privados estabeleceu programas e diretrizes que postulavam regras específicas, de forma que o desenvolvimento proposto fosse conduzido de maneira mais eficaz. Com isto surgiram microsistemas jurídicos, constituídos por leis esparsas que se proliferaram ao lado do código civil, “incumbidas de disciplinar as novas figuras emergentes na realidade econômica e não previstas pelo codificador. Constituíam, por isso mesmo, o direito especial” (TEPEDINO, 2001, p. 4).

Soma-se a isto o fenômeno do direito reflexivo, cuja proposta contrapõe-se às fundações do direito moderno, na medida em que substitui o formalismo pela constante preocupação com os resultados, ou seja, com os impactos que o ordenamento jurídico efetivamente tem provocado no meio social (CHEVALLIER, 2009, p. 121).

Importa relacionar, diante disso, o fenômeno do direito reflexivo com a horizontalidade da regulação jurídica, sobretudo porque o resultado dessa combinação influencia diretamente nos sujeitos que sofrem a regulação e, com isto, na própria proteção aos direitos fundamentais. A busca incessante pela eficiência nos atos da administração pública conduziu a ciência jurídica à necessidade de uma constante reavaliação no conteúdo das normas, quadro típico do direito reflexivo, segundo Jacques Chevallier (2009, p. 179). Tal exigência corresponde a uma evolução pragmática do direito, que, preocupando-se com a efetividade da norma, aproxima-se do indivíduo.

As agências reguladoras abrem um espaço de comunicação com o cidadão para a captação do contexto que sofrerá a regulação. Os exemplos em destaque são as consultas e audiências públicas realizadas pelas agências reguladoras com o objetivo de colher os interesses escolhendo um ou outro momento: em fase de revisão, quando submete a proposta de

minuta de resolução à apreciação popular ou restrita a um conjunto de empresas para definir a redação final, realizando-se a audiência pública; e antes da elaboração da proposta, para a edição do ato, mediante consulta pública.

Embora técnica, a estrutura dessas instituições dispõe de meios que permitem avaliar a conjuntura sobre a qual irão intervir, submetendo-a aos instrumentos normativos de cunho regulatório. Esse processo avaliativo substitui em alguma medida a legitimidade de pleno direito - com a qual era investida a administração pública até se deparar com a crise de representação e a redefinição da estrutura estatal - pela necessidade de verificar e demonstrar os resultados obtidos e a eficiência alcançada.

3.1. A proteção dos direitos fundamentais entre particulares

Conforme aponta José Afonso da Silva (2001, p. 178), os direitos fundamentais do homem referem-se a “princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico”. Os direitos fundamentais revelam direitos subjetivos em seus aspectos público e privado - para que, além de serem vistos como liberdades limitadoras do poder público, também sejam reconhecidos como o próprio exercício do poder dentro do Estado Democrático de Direito -, representando um conteúdo essencial para a concretização da dignidade da pessoa humana.

Se, por um lado, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais coloca-os em uma posição de exigibilidade, cujo titular detém o poder de opô-lo ao poder público e assim produzir efeitos jurídicos, por outro, a partir de uma dimensão objetiva reconhece-se que “constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos” (SARLET, 2007, p. 168). Os direitos fundamentais apresentam-se como princípios e garantias que operam mais do que relações entre indivíduos e Estado, sendo na verdade a composição de estruturas básicas da ordem jurídica.

Os valores incorporados pelos direitos fundamentais e expressados na ordem jurídica atendem ao contexto social dentro do qual estão inseridos (BOBBIO, 2004, p. 25). Tal reconhecimento fundamenta a vinculação da finalidade dos atos da administração pública, incluindo sua função regulatória, e justifica eventuais restrições a interesses individuais. Além disso, afirma a obrigação estatal de concretizar os valores sociais expressados em direitos fundamentais, “no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares” (SARLET, 2007, p. 175). Nesse sentido, o poder público atua de diversas maneiras - permitindo, fomentando, reprimindo, etc. - conforme as funções administrativas expostas. Ainda, os direitos fundamentais servem de parâmetro para a criação de instituições estatais e os procedimentos por elas realizados. Significa dizer que as normas procedimentais estarão alinhadas ao conteúdo normativo das normas de direitos fundamentais, orientando, portanto, as atividades do Estado (SARLET, 2007, p. 176).

Do aspecto objetivo dos direitos fundamentais é extraída uma ordem principiológica, cujos reflexos alcançam as relações privadas disciplinadas pelo ordenamento jurídico, ou seja,

para além de vincularem todos os poderes públicos, os direitos fundamentais exercem sua eficácia vinculante também na esfera jurídica privada, isto é, no âmbito das relações jurídicas entre particulares. Esta temática, por sua vez, tem sido versada principalmente sob os títulos eficácia privada, eficácia externa (ou eficácia em relação a terceiros) ou horizontal dos direitos fundamentais (SARLET, 2007, p. 399).

Algumas teorias foram desenvolvidas para definir a forma pela qual as relações privadas submetem-se à aplicação dos direitos fundamentais.

A primeira solução é apontada pela teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais, segundo a qual a incidência dos direitos fundamentais será precedida pela aplicação das cláusulas gerais do direito privado, fazendo prevalecer o princípio constitucional da liberdade. De acordo com essa teoria, os direitos fundamentais representam princípios objetivos cuja influência opera-se no plano de interpretação do direito privado. A principal razão pela qual esse método é defendido diz respeito ao receio de que o direito privado seja esvaziado funcionalmente, apenas manifestando disposições constitucionais (FREIRE, 2014, p. 51).[\(16\)](#)

Não compartilham de tal suspeita os doutrinadores que defendem a aplicação da teoria imediata dos direitos fundamentais, segundo a qual a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas dispensa qualquer mediação feita pelo legislador. Justifica-se especialmente pela força normativa da Constituição, da qual o direito privado não poderá se furtar, sob o risco de vestir as normas fundamentais com um caráter meramente declaratório (FREIRE, 2014, p. 53).[\(17\)](#)

Conforme abordagem de Robert Alexy (2011, 530-32), a teoria de efeitos diretos, de igual modo à teoria de efeitos indiretos, reconhece a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e seu efeito constitucionalmente vinculativo, diferindo desta pelo modo de aplicação. Defende-se que os efeitos produzidos nas relações privadas decorrem diretamente dos direitos subjetivos privados originados pelos princípios objetivos, e não apenas de uma interpretação de cláusulas gerais do direito privado conforme a Constituição.

Encontra-se na doutrina, ainda, a teoria dos deveres da proteção do Estado. Por meio dela sustenta-se que:

Os deveres de proteção derivados das normas jusfundamentais impõem aos Poderes Públicos um dever de proteção aos particulares em face das violações aos bens jurídicos constitucionais, mesmo quando estes atentados consistirem em atos perpetrados por outros particulares (FREIRE, 2014, p. 64).

Analisando as teorias expostas, Robert Alexy (2011, p. 532) propõe uma visão integrativa, buscando pontos convergentes para com eles construir uma teoria mais apurada sobre os efeitos das normas fundamentais. (18) Um dos pontos em comum identificado pelo autor é que todas as teorias apresentadas em algum momento reconhecem a necessidade de sopesamento entre os direitos, isto porque “a relação Estado/cidadão é uma relação entre um titular de direitos fundamentais e um não titular. A relação cidadão/cidadão é, ao contrário, uma relação entre titulares de direitos fundamentais” (ALEXY, 2011, p. 528). Entende-se, com isto, que não se trata de uma singela modificação dos polos da relação jurídica, revelando uma situação diversa.

O autor conduz a investigação a um plano com duas questões a serem sanadas: *como* as normas produzem seus efeitos na relação entre cidadão/cidadão, sendo este um problema de construção; e qual é a extensão dessa repercussão, o que evidencia um problema de colisão. A partir disso, sustenta uma teoria que apresenta três níveis de efeitos (ALEXY, 2011, p. 533).

Paralela ao nível de dever do Estado encontra-se a teoria da eficácia mediata ou indireta, na medida em que os direitos fundamentais se apresentam como um valor objetivo dentro da ordem jurídica, determinando que o poder público os observe durante a instrumentalização do direito.

No nível dos direitos em face do Estado, retoma-se a concepção de direitos públicos subjetivos, os quais são invocados pelos seus titulares - os cidadãos - contra o Estado. Se a ele é incumbido o dever de disciplinar as relações privadas de forma a mitigar os riscos para os direitos fundamentais, não apenas deve abster-se de atos lesivos contra os direitos fundamentais, mas também cuidar para que estes sejam concretizados nas relações entre particulares (ALEXY, 2011, p. 534-35). Assim, ainda que um direito só possa ser violado “por aquele em face do qual ele existe”, trata-se de “uma violação de um direito, em face do Estado, à proteção contra lesões causadas por particulares” (ALEXY, 2011, p. 536).

Por fim, no último nível encontra-se a aplicação da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais. As relações entre entes privados - cidadão/cidadão - estarão submetidas à incidência dos direitos fundamentais em um formato que poderá sofrer modulações, ou seja, assiste-se ao sopesamento de valores em uma eventual colisão. Isso ocorre porque não é possível simplesmente transportar os direitos fundamentais exercidos em face do Estado para a relação privada e dizer que um cidadão o possui contra o outro. Conforme esclarece Robert Alexy (2011, p. 538-39), “as normas de direitos fundamentais têm, em razão da dupla titularidade de direitos fundamentais, outra ‘intensidade de efeitos’ na relação cidadão/cidadão se comparada com a da relação cidadão/Estado”. O autor pretende informar, por meio deste nível, que existem alguns direitos e não direitos, ou liberdades e não liberdades que fundamentam a própria existência das relações privadas, de sorte que “a própria autonomia privada, e não apenas a sua restrição, é objeto de garantias constitucionais e, com isso, de efeitos perante terceiros” (2011, p. 540).

3.2. As agências reguladoras perante a sociedade

Sem ter cumprido com primor as propostas de um Estado de bem-estar social, o Brasil alcança a chamada pós-modernidade - dada a sua proporção mundial - deparando-se com um discurso de ideologia neoliberal, cuja intenção primordial é a correção das falhas estatais e das crises econômica e política que se inflamaram nas últimas décadas do século XX.

As instituições que floresceram no Estado Regulador guardam justamente o propósito de compatibilizar a nova estrutura administrativa de afastamento estatal com as disposições constitucionais que determinam deveres sociais. Além disso, deve pesar em tais ponderações o fato de que “o Estado de bem-estar social ainda é uma máquina essencialmente capitalista”, isto porque o mercado “é institucionalizado, determinado pelo Estado. A composição de conflitos no quadro das relações de intercâmbio reclama um grau mínimo de regulamentação estatal” (GRAU, 2008, p. 129).

A função regulatória, que substitui em grande medida o caráter empresarial do Estado, mantém a necessária distância do aparelho político-burocrático para a realização efetiva das atividades técnicas. De acordo com análise de Jacques Chevallier (2009, p. 101),

A regulação supõe também um conhecimento íntimo do setor a regular, contactos estreitos com os seus representantes, que impõem um processo de reaproximação com o meio e o enfraquecimento correlativo dos vínculos resultantes da participação na máquina burocrática.

Dando conta de que os dispositivos de regulação mantêm uma proximidade do meio em que atuam, e considerando, ainda, que a prestação direta do Estado não é a única forma de realizar direitos fundamentais, tendo em vista que a sua satisfação “compreende, inclusive, a repressão ou a produção de medidas de orientação e de incentivo quanto ao exercício pelos sujeitos privados de seus direitos e liberdades” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 95), nota-se que a atividade das agências reguladoras é realizada por uma estrutura capaz de alcançar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Para a verificação de tal constatação em uma ordem prática, passa-se à análise de um caso concreto.

Em março de 2014, o Conselho Diretor da ANATEL aprovou o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações - RGC, publicado em 10.03.2014 por meio da Resolução nº 632/2014. O conteúdo

minucioso, por si só, já revela a utilidade da descentralização administrativa diante da sociedade pós-moderna, que exige a especialização de domínios e uma atuação técnica. O documento enumera várias definições indispensáveis à regulação do setor específico - de contratos entre o consumidor e a prestadora até as formas de atendimento, telefônico, por internet, ou presencial - exibindo a inviabilidade do poder legislativo em realizar tal tarefa, por motivos de versatilidade, considerando as mudanças contínuas que são operadas pela evolução tecnológica, e de proximidade com o setor específico da economia, o que a torna capaz de reunir elementos suficientes à definição das carências normativas naquele âmbito.

O objetivo central do regulamento é “aumentar a transparência nas relações de consumo e ampliar os direitos de quem utiliza os serviços de telefonia fixa e móvel, banda larga e televisão por assinatura” (ANATEL, 2015, p. 3). A prévia definição, portanto, de dispositivos de atendimento, métodos contratuais e outras particularidades, permite equilibrar a relação entre os particulares envolvidos, dando-lhes a segurança técnica das condições sobre as quais estarão submetidos. Com isto, a regulação contribui para o objetivo central do Código de Defesa do Consumidor, qual seja, o de construir um ambiente equilibrado no qual os agentes naturalmente desiguais possam alcançar uma posição de igualdade jurídica, concretizando, assim, o direito fundamental à igualdade.

Para assegurar a aplicação das regras do RGC e especialmente dos dispositivos aos quais as prestadoras devem adaptar o serviço dentro de um prazo determinado, o próprio regulamento prevê, em seu artigo 108, a constituição de um Grupo de Implantação do Regulamento, composto pela Anatel e pelas Prestadoras abrangidas. Coordena este grupo, dentre outros setores, a Superintendência de Relações com Consumidores (SRC), criada em 2013 para responder às demandas dos consumidores de maneira mais ágil. Dessa forma, a regulação do setor vem acompanhada de uma estrutura de implantação das regras, que conta com a supervisão das atividades e uma repartição especificamente voltada ao consumidor, sendo possível, ainda, conforme atribuição legal, reprimir infrações dos direitos dos usuários.

Em um contexto de desconstrução da organização administrativa piramidal e desenvolvimento de uma estrutura cujo propósito é acompanhar os resultados das atividades administrativas em busca de uma atuação eficaz, a estrutura de entidades autônomas com capacidade técnica e independência administrativa revela um significativo papel social, com características que correspondem aos novos contornos do Estado pós-moderno.

3.3. Os limites de atuação na interferência da liberdade econômica

Os dispositivos constitucionais que desenham a Ordem Econômica frequentemente marcam uma tensão entre princípios de cunho liberal e outros que guardam uma feição social ou coletiva. Assim acontece no artigo inaugural da Ordem Econômica, fundando-a na livre iniciativa, mas também na valorização do trabalho humano ([art. 170](#), CF), e se estende para os demais princípios: propriedade privada, de um lado, e sua função social, de outro; a redução das desigualdades regionais e sociais em uma ordem eminentemente livre, e assim por diante.

De acordo com Floriano de Azevedo Marques Neto,⁽¹⁹⁾ essa tensão não representa uma contradição constitucional, mas corresponde a um complexo equilíbrio que justifica a intervenção regulatória do Estado para “(I) assegurar as condições de permanência da liberdade econômica (assegurar a livre concorrência) e (II) implementar objetivos de interesse geral (redução das desigualdades, etc.)”.

Convém, diante disso, examinar os limites carregados pelo ordenamento jurídico para frear a intervenção reguladora, na medida em que a manifestação do Estado restringe a liberdade individual para a consecução dos interesses coletivos. Faz-se necessária a definição de limites à atividade das entidades reguladoras, sob o risco de, não o fazendo, tornar ineficazes os próprios objetivos de desenvolvimento da regulação.

Os atos normativos secundários, por meio dos quais as entidades reguladoras exercem sua função normativa, estão submetidos ao controle de legalidade. Contudo, a introdução de valores e aspectos políticos na Constituição Federal, associado à sua função normativa verificada especialmente pela jurisdição constitucional, operou um redimensionamento das funções exercidas pelos poderes. Tornou-se imperiosa a releitura dos princípios da tripartição dos poderes, bem como da própria legalidade.

Conforme expõe Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 34), a postura social assumida pelo Estado em atendimento aos dispositivos constitucionais provoca a necessidade de uma revisão da estrutura administrativa, buscando assegurar os interesses públicos com base em uma atuação eficiente. Um dos movimentos que se visualiza para o alcance de um desempenho eficaz é o deslocamento da produção normativa para entidades com capacidade técnica. Opera-se um redimensionamento no espaço normativo da Administração Pública, cujo contexto combina um Estado de Direito de orientação social e a inviabilidade no atendimento de uma demanda instável e oscilante sendo realizada exclusivamente pelo Poder Legislativo. Assim,

[...] *condicionada pelo direito*, a Administração Pública, em seu agir, como sabemos, não se revela simplesmente como mera executora das leis. Podemos compreendê-la no mundo contemporâneo, cada vez mais complexo, como protagonista de um papel mais amplo, mais dilatado, tendo já agora o *ordenamento jurídico* como limite, e não apenas a lei em *sentido estrito* (FIGUEIREDO, 2005, p. 290).

Diante da amplitude funcional administrativa, cujas barreiras de atuação ultrapassam a legalidade estrita, apoiando-se no conjunto normativo que constitui o ordenamento jurídico, os mecanismos de limite guardam um conteúdo principiológico.

Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto,⁽²⁰⁾ dois vetores orientam a limitação da regulação estatal. O primeiro refere-se ao eixo horizontal, pelo qual se determina a abrangência da atividade regulatória, ou seja, a definição de quais setores podem ser objetos da interferência estatal, referindo-se, primeiro, à tarefa legislativa que ergue uma estrutura regulatória à qual os agentes econômicos devem obediência, e, segundo, à escolha feita pelo ente administrativo dentro do campo de discricionariedade. A baliza utilizada neste eixo é o princípio da subsidiariedade. Por outro lado, no eixo vertical, a análise corresponde à intensidade da interferência regulatória, já que as leis que conferem essa competência a entidades autônomas contam em grande medida com dispositivos genéricos. Neste caso, aplica-se o princípio (ou regra, a depender da intelecção sobre a estrutura normativa) da proporcionalidade para a definição de margens de atuação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As expressivas mudanças pelas quais a Administração Pública atravessa ao longo das últimas décadas do século XX revelam a ineficiência da atuação direta para promover as políticas públicas exigidas por força do Estado social. Desenvolvem-se, a partir disso, estratégias de intervenção indireta na economia, as quais se realizam por direção e indução sobre o domínio econômico.

As funções regulatórias ganham destaque durante a reforma do aparelho administrativo, que passa a ser direcionado a uma atuação gerencial, incumbindo às entidades autônomas as funções de garantia da segurança jurídica no mercado e manutenção da qualidade dos serviços prestados, os quais se submetem a um poder de polícia reforçado.

A aposta em entidades autônomas e desvinculadas de ideologias político-partidárias está relacionada à debilidade do protagonismo estatal, que sucumbe diante da interdependência estrutural e divide espaços decisórios com agentes econômicos, por força do processo de globalização que ganha contornos expressivos ao final do século XX.

Conquanto haja inúmeras especulações doutrinárias a respeito da legitimidade de atuação das agências reguladoras, especialmente pelo modo como exercem a função administrativa regulatória, suas atribuições revelam uma estrutura cujas características correspondem aos interesses que emergem no contexto pós-moderno. O seu caráter técnico atende às relações especializadas que florescem no contexto social cuja marca principal é o pluralismo.

Como aposta cardeal do Estado regulador, as entidades autônomas inauguram uma nova gestão pública, de conceito gerencial, servindo-se de práticas submetidas ao controle de eficiência. A disposição de instrumentos idôneos à coleta dos aspectos que circundam o ambiente a ser regulado - audiência e consulta pública - aproximam a administração pública e o administrado, mais uma vez cumprindo com o propósito de abandono do sistema burocrático que prejudica a efetividade da atuação pública.

O caráter supletivo de atuação das agências reguladoras, ou seja, a intervenção por mecanismos de direção em lugar da substituição dos atores econômicos, cumpre o papel de garantir a segurança jurídica aos investidores, estimulando o desenvolvimento econômico de modo que se realizem os direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico.

A ordem principiológica extraída do aspecto objetivo dos direitos fundamentais, por meio da qual se sustenta a eficácia horizontal de tais direitos, não apenas constitui-se em parâmetros de intervenção do Estado, delineando as limitações dos atos administrativos, como também impõe ao poder público a necessidade de uma atuação antecipada por critérios de equilíbrio entre os interesses público e privado.

Conforme as evidências apresentadas, as agências reguladoras são entidades integrantes da Administração Pública Indireta que contemplam os aspectos do novo modelo de Estado proposto, e reúnem características aptas ao atendimento dos objetivos que decorrem da estrutura normativa estatal, apropriadas, portanto, à proteção dos direitos fundamentais que tocam as relações privadas.

NOTAS

(1) Cf. Emendas constitucionais nºs 5, 6 e 7, de 15 de agosto de 1995.

(2) Duas delas possuem previsão constitucional: a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL (Lei nº 9.472, 1997), com fundamento declarado pela EC nº 8 de 1995, instituída para o estabelecimento de critérios e condições que promovam a regulação do setor de telecomunicações, compreendendo o próprio serviço de telecomunicação, os produtos utilizados e os serviços de valor agregado; e a Agência Nacional de Petróleo - ANP (Lei nº 9.478, 1997), criada especialmente em razão da abertura da exploração petrolífera operada pela EC nº 9 de 1995, diante da qual a referida autarquia assumiu a incumbência de organizar licitações, avaliando a capacidade técnica dos licitantes, dentre outras atribuições. Sem o mandamento constitucional, foi criada a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL (Lei nº 9.427, 1996), destinada à regulação do setor elétrico, dividido em produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica.

(3) São elas: a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA (Lei nº 9.782, 1999), com a finalidade de promover a saúde da população; a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS (Lei nº 9.961, 2000), tendo em vista que ao lado

do sistema público são desenvolvidas atividades de planos privados de assistência médica; a Agência Nacional de Águas - ANA (Lei nº 9.984, 2000), instituída para uma operação inclinada à Política Nacional de Recursos Hídricos (1997), que dispõe sobre a outorga do direito do uso da água; a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ e a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT (Lei nº 10.233, 2001), esta responsável pelo Sistema Nacional de Viação que abrange toda a estrutura operacional dos meios de transporte e, aquela, encarregada do gerenciamento do setor de transportes aquáticos; a Agência Nacional do Cinema - ANCINE (Medida Provisória nº 2.228-1, 2001), para a regulação e fomento da Indústria Cinematográfica e Audiovisual Nacional, que engloba as atividades de produção, distribuição e compartilhamento de obra audiovisual, cinematográfica e videofonográfica; e durante o governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva criou-se a Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC (Lei nº 11.182, 2005), destinada a “regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária”.

(4) A título de exemplo, cita-se Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Infraestrutura do Paraná - AGEPAR, criada pela Lei Complementar nº 94/2002, exercendo a regulação sobre os serviços públicos executados em todo o Estado do Paraná.

(5) Cf. ADIN 1.717-6, na qual o Supremo Tribunal Federal declarou indispensável a personalidade de direito público para o exercício dos poderes de autoridade pública.

(6) Conforme avalia Marçal Justen Filho, o vínculo de subordinação, conhecido pelo “poder de tutela” da Administração Direta sobre os sujeitos da Administração indireta a ela vinculados, fica diminuído diante das peculiaridades do regime especial dado às agências reguladoras.

(7) Em que pese à independência apontada, a AGU emitiu um parecer no ano de 2006 indicando a possibilidade de revisão dos atos das agências reguladoras pelos Ministérios, realizada de ofício ou por meio de requerimento. Tal manifestação recebeu aprovação do Advogado Geral da União, bem como do Presidente da República, sendo posteriormente publicado no Diário Oficial da União, o que vincula os órgãos e entidades da Administração Federal ao seu fiel cumprimento, conforme art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73/1993.

(8) O Supremo Tribunal Federal, em julgamento da ADIN nº 1949-0-RG, entendeu que, embora não fosse possível vincular a destituição dos dirigentes exclusivamente à decisão da Assembleia Legislativa, faz-se necessário estabelecer procedimentos objetivos para a exoneração, tendo em vista o risco aos quais estarão sujeitas as agências reguladoras em sua autonomia diante de parâmetros discricionários do Chefe do Poder Executivo.

(9) Os instrumentos mencionados são aqueles trazidos pela Emenda Constitucional nº 19/98: reclamações relativas às prestações, manutenções e qualidade dos serviços públicos, bem como acesso de usuários a registros e informações administrativas.

(10) Nas palavras de Phillip Gil França, “a atividade de um sistema de controle interno funciona por intermédio de uma sinérgica ação de ouvidoria, auditoria e corregedoria administrativa - logicamente, podendo existir atribuições e rótulos diferentes em cada unidade administrativa”.

(11) No modelo de Estado liberal assistiu-se à contenção do aparelho estatal com vistas à promoção da liberdade individual, enquanto no modelo social o Estado assumiu funções decorrentes de novos deveres a ele atribuídos.

(12) Em linhas gerais, conforme esclarece Bresser Pereira, a administração patrimonialista era caracterizada especialmente pela confusão entre o patrimônio público e o privado. Com a evolução do capitalismo e da democracia, que exigem uma distinção pontual entre essas esferas, o modelo escolhido para atender à referida condição de separação é pautado em uma racionalização da atividade administrativa a partir do método burocrático. Este, contudo, mostra pouca eficiência ao longo do tempo, o que culmina com uma nova reestruturação administrativa em busca de um modelo gerencial. (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, v. 47, n. 1, p. 07-40, 2015. p. 10. Disponível em: <http://seer.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702>. Acesso em: 15 mar. 2017).

(13) Uma breve anotação a respeito da economia no século XX, disponibilizada pelo IBGE, ilustra a crise que inundou os anos a partir de 1980: “De 1901 a 2000, o PIB *per capita* brasileiro cresceu quase 12 vezes, com crescimento geométrico médio de 2,5% ao ano, um feito que poucas economias conseguiram superar, destacando-se Japão, Taiwan, Finlândia, Noruega e Coreia. Nas duas primeiras décadas, quando o café ainda era a atividade econômica predominante, o PIB *per capita* permaneceu estagnado. De 1920 a 1980, no entanto, a urbanização e a industrialização fizeram o PIB *per capita* praticamente dobrar a cada 20 anos. Já nas duas últimas décadas do século, a economia estagnou novamente. Neste período, o PIB *per capita* aumentou pouco mais de 1,1 vez, apresentando quedas drásticas em alguns anos. A crise de 1981/1984 foi a mais severa, com queda de 12% do PIB *per capita* enquanto a de 1988/1994, a mais prolongada. Ao longo do século o PIB real ampliou-se 100 vezes e a população pouco menos de 10 vezes”. (INSTITUTO BRASILEIRO

DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Estatísticas do século XX*. 29 set. 2003. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br>. Acesso em: 21 fev. 2017).

(14) Com objetivos claros e diretos, um deles sugere “transferir da União para os estados e municípios as ações de caráter local: só em casos de emergência cabe a ação direta da União”. Tal estratégia, além de ressaltar a necessidade de aproximação da gestão pública para um desempenho mais eficaz, indica o reconhecimento do caráter plural que permeia a pós-modernidade. O propósito de uma gestão aproximada também aposta na repartição de poder, partilhando a gestão com as pessoas puramente administrativas. (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Câmara da Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, 1995. p. 45. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br>. Acesso em: 21 fev. 2017).

(15) Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado.

(16) Conforme explanação de Alexandre Freire, trata-se de uma teoria concebida por Dürig, acatada por grande parte da doutrina alemã, bem como pelo Tribunal Constitucional, ainda que de maneira tácita.

(17) De acordo com a exposição de Alexandre Freire, a tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais foi sustentada por Hans Carl Nipperdey e desenvolvida por Walter Leisner.

(18) A intenção é otimizar a análise dos efeitos produzidos pelos direitos fundamentais nas relações privadas, caso a caso, tendo em vista que as teorias guardam um resultado comum, ainda que tenham optado por meios diferentes, conforme leciona Robert Alexy: “Todas elas permitem levar em conta o fato de que, na relação cidadão/cidadão, ambos os lados são titulares de direitos fundamentais. Todas elas aceitam uma modulação da força de seus efeitos”. Quando o autor diz “todas” refere-se à teoria dos efeitos imediatos, mediatos, bem como dos efeitos mediados por direitos em face do Estado.

(19) MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 4, nov./dez./jan. 2005-2006. p. 6. Disponível em: http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-FLORIANO_AZEVEDO.pdf. Acesso em: 16 mar. 2017.

(20) MARQUES NETO, op. cit.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANATEL. *Manual explicativo*: regulamento geral de direitos do consumidor de serviços de telecomunicações. Brasília, DF, 05.10.2015. p. 3. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=335492&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=335492.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras: Constituição e transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285-312, fev. 2015. p. 288. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46445>. Acesso em: 16 mar. 2017.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Regina Lyra. 3. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *O Conselho de Reforma do Estado*. Brasília: MARE, 1997. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/cadernosmare/caderno08.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2017.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FIGUEIREDO, Marcelo. *As agências reguladoras: o Estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa*. São Paulo: Malheiros, 2005.

FRANÇA, Phillip Gil. *O controle da administração pública: discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Estatísticas do século XX*. 29 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br>. Acesso em: 21 fev. 2017.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAJONE, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. *Revista do Serviço Público*, v. 50, n. 1, p. 5-36, 2014. ISSN eletrônico: 2357-8017. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/339>. Acesso em: 15 mar. 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 4, nov./dez./jan. 2005/2006. p. 6. Disponível em: http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-FLORIANO_AZEVEDO.pdf. Acesso em: 16 mar. 2017.

MENEZES, Monique. *Autonomia e controle das agências reguladoras: o papel do Tribunal de Contas da União no arranjo regulatório brasileiro*. Curitiba: Íthala, 2015.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço público*, v. 47, n. 1, p. 07-40, 2015. p. 10. Disponível em: <http://seer.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702>. Acesso em: 15 mar. 2017.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Câmara da Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, 1995. p. 45. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br>. Acesso em: 21 fev. 2017.

TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.