



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
INSTITUTO SERZEDELLO CORRÊA

AS AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO, SUAS CARACTERÍSTICAS E “PODER
NORMATIVO”, E O ALCANCE DO CONTROLE EXTERNO

ALDEN MANGUEIRA DE OLIVEIRA

Brasília - DF

2004

ALDEN MANGUEIRA DE OLIVEIRA



PGCE

Pós-Graduação • Controle Externo

AS AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO, SUAS CARACTERÍSTICAS E “PODER
NORMATIVO”, E O ALCANCE DO CONTROLE EXTERNO

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Especialista em Controle
Externo, Área *Regulação dos Serviços Públicos
Concedidos*, do Curso de Pós-Graduação em
Controle Externo - PGCE do Instituto Serzedello
Corrêa do Tribunal de Contas da União

Orientador : RENATO JORGE BROWN RIBEIRO, MSc

Brasília - DF

2004

Alden Mangueira de Oliveira

REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS

As agências de regulação, suas características e “poder normativo”, e o alcance do controle externo

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Controle Externo – Área de Regulação dos Serviços Públicos Concedidos, Curso de Pós-Graduação em Controle Externo, Instituto Serzedello Corrêa, Tribunal de Contas da União. Comissão julgadora composta por:

Renato Jorge Brown Ribeiro,
Orientador

Carlos Wellington Leite de Almeida,
Membro

Marcelo de Miranda Quintiere,
Membro

Brasília, DF, 29 de outubro de 2004.

Dedico este trabalho à minha amada esposa Simone e aos meus queridos filhos Gabriella e Guilherme, pois sem a sua paciência, compreensão e sacrifício das horas de convívio familiar, não teria logrado êxito.

Agradecimentos

Obrigado, Pai Maior, por mais esta tarefa cumprida, esta etapa superada, e este objetivo alcançado.

Aos amigos de curso, que ao longo de nossa jornada comigo compartilharam parte de suas vidas, sonhos e agruras, em especial Noemia Naomi, Márcia Cristina, Marcelo Bemerguy e Demóstenes Albuquerque.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
2. HISTÓRIA DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA	11
2.1. Prolegômenos	11
2.2. O Estado liberal	12
2.3. O <i>Welfare State</i> e o aumento da intervenção pública	13
2.4. A crise do Estado e o fenômeno da desestatização	15
2.5. A experiência brasileira recente	16
3. BREVE ESTUDO SOBRE A REGULAÇÃO	22
3.1. A questão do monopólio natural e a intervenção nos mercados	22
3.2. O vocábulo regulação - origem e conceituação	25
3.3. Regulação econômica, social e administrativa	29
4. AGÊNCIAS REGULADORAS	37
4.1. Origens das agências - direito comparado	37
4.2. Entes reguladores brasileiros - origem remota	48
4.3. As agências brasileiras <i>modernas</i>	54
4.4. Características das agências reguladoras no País	57
4.4.1. Ente autárquico	57
4.4.2. Regime jurídico especial	61
4.4.3. Plena autoridade	65
4.4.4. Amplitude das atribuições	66
4.4.5. Capacitação técnica	68
4.4.6. Acesso da sociedade	69
4.4.7. Processualidade administrativa específica	70
4.4.8. Significativa autonomia	71
4.5. O papel das agências nas concessões de serviços públicos	85
5. O "PODER NORMATIVO" DAS AGÊNCIAS	88
5.1. Breves considerações sobre as espécies normativas	89

5.2. Delegação legislativa	90
5.2.1. <i>Delegação legislativa para as agências nos EUA</i>	90
5.2.2. <i>Não-exclusividade do Poder Legislativo na competência legislativa</i>	92
5.2.3. <i>A delegação legislativa stricto sensu</i>	92
5.3. A questão dos standards	97
5.4. Competência regulamentar	100
5.5. O exercício e os limites da regula(menta)ção pelas agências	103
6. CONTROLE EXTERNO SOBRE AS AGÊNCIAS	107
6.1. Controle sobre a Administração Pública	107
6.1.1. <i>Tipologia dos controles exercidos sobre a Administração</i>	107
6.1.2. <i>Controles sobre as agências</i>	111
6.2. O controle externo	114
6.2.1. <i>Breve histórico acerca do controle externo brasileiro</i>	114
6.2.2. <i>Natureza e atribuições do Tribunal de Contas da União</i>	117
6.3. O controle exercido pelo TCU sobre os entes reguladores	120
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	134
7.1. Conclusões sobre a parte primeira	134
7.2. Conclusões sobre a parte segunda	135
7.3. Conclusões sobre a parte terceira	137
7.4. Resposta ao problema de pesquisa	140
8. BIBLIOGRAFIA	141

INTRODUÇÃO

Fruto da formação acadêmica obtida e da experiência profissional auferida até o momento (fortemente ligadas às áreas da Administração Pública e ao Direito), bem como do exercício, dentro da trajetória dos mais de vinte e três na área pública, da função de controle no âmbito do Tribunal de Contas da União (esta já há quase oito anos), vi-me obrigado, ante a necessidade de elaborar um trabalho destinado a servir de avaliação parcial para a obtenção do título de Especialista em Controle Externo, *Área Regulação dos Serviços Públicos Concedidos* — o que, confesso, mostrou-se tarefa hercúlea, dado à diversidade, complexidade e profundidade dos temas e problemas de pesquisa passíveis de estudo na área de regulação, bem como a escassez de tempo para elaborar o trabalho, esta tanto em face das atividades profissionais ordinariamente desempenhadas como pela minha não vinculação direta à área técnica do Tribunal que procede ao exame de questões relativas a tal seara — a realizar uma forte e demorada reflexão quanto à escolha da linha de pesquisa.

A idéia era que o trabalho não se cingisse ao enfoque de apenas uma área do conhecimento, mas sim procurasse conjugar o exame de aspectos díspares mas necessariamente conexos no que respeita à atividade estatal de regulação a cargo das agências autônomas — econômicos, jurídicos, administrativos etc. Além disso, imperioso seria tratar da função de controle, em especial o controle externo, demonstrando a competência do Tribunal de Contas da União para exercê-lo sobre tais entes estatais, além de apontar os instrumentos para o cumprimento de seu mister constitucional.

Nesse contexto surgiu a questão principal desenvolvida no Projeto de Pesquisa: *“As agências reguladoras autônomas exercem suas competências regulatórias com um adequado controle sobre seus atos, de modo a que se evitem desvios, abusos e ilegalidades, estando o Tribunal de Contas da União bem atuando nesse controle?”* Para que pudesse responder essa pergunta

havia necessidade de, primeiro, melhor descrever alguns pontos iniciais, quais sejam, historiar a intervenção estatal na economia ao longo do tempo e caracterizar a atividade estatal de regulação no modelo brasileiro. Esse conjunto inicial engloba a Primeira Parte do Trabalho (Capítulos 2 e 3).

Na etapa seguinte, que se consubstancia no Capítulo 4, buscou-se, numa perspectiva comparada; examinar aspectos constitucionais e legais das características das agências reguladoras, mormente daquelas de serviços públicos concedidos.

Na etapa subsequente, surgiu a necessidade de focar mais de perto o chamado “poder normativo” das agências sob a ótica das diversas teorias jurídicas; apontar a necessidade de controle, bem como suas formas, sobre esses entes reguladores, e demonstrar a competência constitucional e legal do Tribunal de Contas da União para exercer o controle externo sobre as agências, procurando fornecer embasamento teórico à Corte para cumprir seu mister e apontando os instrumentos de que dispõe o TCU nessa seara. Esse conjunto constitui a Terceira Parte do Trabalho (Capítulos 5 e 6).

Nas Considerações finais, pretendo apresentar os resultados das três partes anteriores e responder ao principal questionamento apresentado, qual seja *“As agências reguladoras autônomas exercem suas competências regulatórias com um adequado controle sobre seus atos, de modo a que se evitem desvios, abusos e ilegalidades, estando o Tribunal de Contas da União bem atuando nesse controle?”*

A metodologia adotada envolveu :

a) o estudo da literatura que aborda os fundamentos econômicos e jurídicos da regulação de mercados que justificam a intervenção do Estado na economia, para o que foram consultados livros, periódicos publicados pelo IPEA, pelo BNDES, pela ENAP, pela FGV, pelo Senado Federal, por especialistas e pesquisadores do assunto, bem artigos em sítios e bibliotecas técnicas;

b) o exame de dispositivos da Constituição Federal de 1988 e a análise dos diversos diplomas normativos em vigor ou recepcionados pelo Texto Maior, mediante consulta aos sítios www.presidencia.gov.br, senado.gov.br e www.datalegis.com.br, nos quais está disponibilizada a legislação inerente ao estudo. Destaque-se, aí, as leis que tratam de algumas agências reguladoras, além da Lei n.º 8.443/92, que disciplina a organização e atuação do Tribunal de Contas da União;

c) o exame de documentos públicos, ou seja, decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal de Contas da União sobre o tema, disponíveis nos sítios www.stf.gov.br e tcu.gov.br.

Esperando sinceramente que o trabalho tenha atendido o seu propósito, deixo ao leitor a porta aberta para as críticas e sugestões que, um pouco pela natureza do texto, e mais pelas imperfeições do autor, certamente surgirão.

2. HISTÓRIA DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA

2.1. Prolegômenos

O Estado, ente político dotado de alta complexidade que aparece na passagem da Idade Média para a Moderna, oriundo da necessidade de se estabelecer um poder supremo para por fim às lutas religiosas e políticas decorrentes da multiplicidade de forças e grupos até então existentes — o monarca era mais um nobre medieval, apenas com mais poder em relação aos demais, mas sem força para impor-lhes a vontade e as leis —, bem como do interesse da burguesia crescente em ver-se proeminente, econômica e socialmente, frente à nobreza (ZIMMERMANN, 2002, p. 36), sempre teve, ao longo da história, preponderante papel na intervenção da economia. Nesse contexto, afirma-se que a “regulação” das atividades econômicas seria uma ação estatal tão antiga quanto a existência das sociedades organizadas, sendo que, desde as antigas civilizações de Babilônia, Egito e China, até os dias de hoje, parte significativa das normas e leis de cada sociedade visa ordenar a atividade econômica de modo a garantir a prosperidade geral, não existindo, em verdade, mercado algum funcionando sem um certo suporte de leis, normas e convenções sociais, que dão a ele sua forma específica e até conteúdo (ARAÚJO, 1997, p.1).

Nesse momento de passagem — na chamada *Era das Revoluções Burguesas* — as sociedades contemporâneas se afirmam, tendo como marco inicial a Revolução Inglesa havida no século XVII. Num movimento que envolve todo o mundo, atingindo Estados Unidos, Inglaterra, Irlanda, Alemanha etc., tendo seu auge com a Revolução Francesa de 1789, momento em que se afirmam os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, chega-se capitalismo industrial. De lá para cá, o Estado atravessou fases diversas e bem delimitadas no que concerne ao intervencionismo econômico.

2.2. O Estado Liberal

Na virada do 1900 vigorava francamente o liberalismo, que nascido no fim do século XVIII, caracterizava-se pela atuação estatal com funções reduzidas, limitadas à segurança e ordem pública, à justiça e aos serviços essenciais. Era o momento no qual vivia-se a consagração dos direitos de participação política e dos direitos individuais, estes traduzidos, em sua expressão econômica mais nítida, na liberdade de contrato, na propriedade privada e na livre iniciativa (BARROSO, 2002a, p. 2)¹.

A organização da atividade econômica deveria ser confiada às forças naturais da oferta e da procura do mercado, características da doutrina liberal. No caso de qualquer distorção havida, por menor que fosse, a sua própria lógica funcional encarregar-se-ia de fazer os devidos ajustes (PERIN, 2003, p. 145); era a chamada “mão invisível” do mercado. O pensador inglês Adam Smith, formulador no início do século XVIII das bases do liberalismo mundial, afirmou em sua obra “A Riqueza das Nações” que o Estado teria três deveres a cumprir, isto é: proteger a sociedade da agressão e da invasão por outras sociedades independentes; proteger cada integrante da sociedade da injustiça e da opressão, praticando uma adequada administração da justiça; e realizar e manter obras públicas e prestar certos serviços públicos que não são de interesse para qualquer empresa privada. Nesse contexto, o Estado deveria interferir no domínio econômico tão somente nos setores que deixassem de apresentar atrativo à iniciativa privada (**apud** ROSSETTI, 1984, p. 335)².

¹ Acerca do assunto, Antonela Motta afirma que ter o Estado Liberal sido a maior expressão do Estado Mínimo, composto por um pequeno núcleo estratégico e exercendo apenas as funções típicas de Estado, tais como defesa nacional, arrecadação e diplomacia (MOTTA, A., 2002, p. 62).

² No mesmo sentido veja-se Gabriela Sales (SALES, 2002, p. 8). Sobre o tema, o prof.º Diogo Moreira Neto alude que, os serviços públicos instituídos pelo Estado e postos à disposição dos cidadãos **uti singuli** (em caráter individual), e que não se confundem com aqueles prestados à comunidade, em caráter **uti universi** (universal, geral), foram, no período liberal, preferentemente delegados a prestadores privados (MOREIRA NETO, 2001, p. 149).

2.3. O *Welfare State* e o aumento da intervenção pública

A esta fase se seguiu a do chamado **welfare state** (Estado de bem-estar social), iniciada por volta de 1920, quando o papel estatal de intervenção na economia avulta de importância, de um lado como condutor do desenvolvimento das nações, de outro com um cunho distributivo, no intuito de mitigar certas distorções do mercado e amparar os contingentes que ficavam à margem do progresso econômico³.

As seguidas falhas de mercado que levaram à Primeira Grande Guerra, à quebra de 1929 da bolsa de Nova Iorque e à Grande Depressão fizeram com que se questionasse o Estado liberal e a sua aplicabilidade. Nesse cenário, o inglês John Keynes atacou a tradição do **laissez-faire** da economia, afirmando que a máquina estatal teria o dever de criar empregos diretamente, com programas de obras públicas, como construção de estradas e represas (MAJORE, **apud** SARDINHA e COELHO, 2001, p. 89).

O reconhecimento da função social da propriedade e da empresa, assim como a consolidação dos chamados direitos sociais, tendo por objeto o emprego, as condições de trabalho e certas garantias aos trabalhadores, são características desse momento histórico. No período, entre outras ocorrências, o Estado adquire maior consciência de intervir no mercado de trabalho, a legislação de cunho social alcança maior amplitude — gerando a constituição de fundos previdenciários que absorvem percentual maior da Renda Nacional —, há o aumento acentuado do quantitativo de sexagenários (em face da melhoria da administração da saúde pública e dos avanços da medicina) e, motivada pela urbanização, ocorre uma gradativa desagregação do núcleo familiar, com a conseqüente transferência ao Estado da responsabilidade de manutenção dos indivíduos idosos e desamparados (ROSSETTI, 1984, p. 352).

³ Tratando do tema, o Prof. Joaquim Barbosa, Ministro do STF, aduz que “*de um Estado absentéista e mero garantidor da ordem e do cumprimento dos contratos, expressão máxima do direito de propriedade, o mundo assistiu à emergência de um Estado intervencionista, provedor das prestações tendentes a minimizar e corrigir as imperfeições e iniquidades do sistema capitalista*” (BARBOSA, 2001, p. 1).

Tais ocorrências levaram muitos autores a conceber a intervenção econômica como fato indissociável do chamado *Dirigismo Estatal*, por meio do qual o Estado passou a estabelecer mecanismos legais capazes de direcionar as relações econômicas no sentido de atender certas finalidades de cunho social legalmente aceitas (SANTOS, 2003, p. 266).

Nessa ordem de fatos, mormente após a Segunda Grande Guerra, em muitos países, incluso o Brasil, os Estados Nacionais passaram a ser responsáveis pelos investimentos na infra-estrutura necessária à produção dos serviços públicos, tais como energia elétrica, telecomunicações, transporte e outros, inclusive com a estatização de empresas que até aquele momento eram privadas.

No País, historicamente, a participação estatal nas atividades econômicas remonta à criação, em 1808, da primeira sociedade de economia mista nacional, o Banco do Brasil S/A. Sob a vigência do Estado Novo (Era Vargas) criam-se diversas sociedades de economia mista voltadas para atividades econômicas ou para infra-estrutura industrial e de serviços⁴, sendo exemplos o Instituto de Resseguros do Brasil, em 1930, a Companhia Siderúrgica Nacional, em 1941, a Companhia Vale do Rio Doce, em 1942, entre outras. Da promulgação da Constituição de 1946 (marcando a democratização do Brasil), até o fim do Período Militar (de 1964 a 1984) fica notabilizada a preocupação governamental com o desenvolvimento do País. Nesse período ocorre a expansão das empresas estatais, de órgãos independentes (fundações) e de semi-independentes (autarquias), muitos ligados ao exercício de atividades tipicamente econômicas, merecendo destaque a Fábrica Nacional de Motores, de 1946, a Petrobrás, de 1953, a Eletrobrás, de 1961, e a Telebrás, de 1972, e, além, a aquisição do controle de diversas outras empresas estatais, sem prévia autorização em lei específica, sendo exemplo a USIMINAS e a COSIPA (CYRINO, 2001, p. 6).

⁴ No mesmo sentido Luciano Martins (MARTINS, 1997, pp. 17-26).

O Estado, assim, atinge o auge da intervenção e atuação direta na economia.

2.4. A crise do Estado e o fenômeno da desestatização

A terceira fase começa no último quarto do século XX, quando surge a chamada *crise do Estado*. Iniciado pelo déficit fiscal — causado pelos choques do petróleo e com efeitos por toda a década de 80 —, o período fica caracterizado pela elevação das taxas de juros internacionais, recessão, ampliação das economias de escopo, entre outros fatores, e mostra o aparelho estatal com ineficiência, desperdício de recursos públicos, morosidade, excesso de burocracia e, no que toca à indução do desenvolvimento econômico, incapacidade de financiar os elevados investimentos para a expansão e modernização dos serviços públicos, os quais, todavia, inserem-se como absolutamente necessários ao desenvolvimento econômico e social de seus povos⁵.

Ao mesmo tempo desenvolvem-se os direitos de 3ª geração, chamados *difusos*, ligados à cidadania e caracterizados pela pluralidade indeterminada de seus titulares e pela indivisibilidade de seu objeto, incluindo-se a proteção ao meio ambiente, ao consumidor e aos bens e valores históricos, artísticos e paisagísticos (BARROSO, 2002a, p. 2).

A fase segue em paralelo com as grandes transformações que tiveram origem a partir do fim da Guerra Fria, sendo potencializada pelo

⁵ No mesmo sentido, veja-se Hudson Silva (SILVA, 2003, p. 6). De se lembrar que tal situação levou ao surgimento do neoliberalismo e de sua proposta do Estado-mínimo, sendo que, no caso específico brasileiro, tais idéias neoliberais, no bojo das reformas econômicas propugnadas pelo “Consenso de Washington” para as economias em desenvolvimento, ganhou eco principalmente a partir do início dos anos noventa com a eleição de Fernando Collor de Melo para o executivo nacional, sendo que no governo Fernando Henrique Cardoso é que estas reformas se aprofundam e se generalizam, tendo, inclusive, no período, os ideais do chamado Consenso de Washington a sua melhor tradução (FERREIRA e JAYME JÚNIOR, 2002, pp. 2-3). No mesmo sentido, veja-se Paulo Farias e Sheila Ribeiro (FARIAS e RIBEIRO, 2002, p. 75). Sobre o “Consenso de Washington”, veja-se texto de Guido Mantega (MANTEGA, 2001) e artigo de Fernando Freitas (FREITAS, 2003)

desmoronamento do comunismo e da crise do Estado de Bem-Estar. A superação da polarização Norte-Sul gerou um padrão que facilitou a implantação de padrões universais de consumo e orientados segundo as forças de mercado. Os Estados Nacionais estariam, assim, despreparados para as novas pressões desse ambiente globalizado, e nesse contexto surge um impulso internacional por mudança do desenho institucional então vigente da máquina estatal. Para Roth, a crise do Estado estaria a indicar que os mecanismos econômicos, jurídicos e sociais de regulação erigidos já há um século não mais estariam a funcionar, fazendo com que o aparelho estatal não tenha mais capacidade de impor soluções no que toca aos problemas sociais e econômicos, seja autoritária ou negociadamente com os diversos atores nacionais. Tal estaria se dando, em grande parte, pelo fenômeno da globalização, acentuado pela queda do Bloco Socialista, que teria reduzido muito da autonomia dos Estados no que se refere aos aspectos jurídicos, econômicos, políticos e militares de suas soberanias (ROTH, **apud** ZIMMERMANN, 2002, p. 33)

Por essa razão, as primeiras propostas de reforma no mundo desenvolvido articulam-se em torno da redução da dimensão e dos gastos do aparelho estatal, o que fez com que muitos identificassem nesta temática a adoção de um viés claramente neoliberal (ABRUCIO e PÓ, 2003, p. 4).

2.5. A experiência brasileira recente

Importa, inicialmente, destacar a menção feita por Sidnei Turczyn sobre a adoção pela atual Constituição brasileira de um modelo de Estado liberal, visto estabelecer no art. 170 que a exploração da atividade econômica cabe à iniciativa privada, devendo a máquina estatal atuar na economia apenas em casos excepcionais e autorizados por lei (TURCZYN, 2002, 113). Partindo dessa premissa, e tratando sobre a reforma empreendida no Brasil, Bresser Pereira argumentou que no plano econômico a diferença entre uma

proposta neoliberal e uma social-democrática (ou social liberal), advogada pelo Governo Fernando Henrique Cardoso, estaria no fato de que a primeira objetivaria retirar o Estado da economia, ao passo que a segunda desejaria aumentar a governança estatal, dar ao Estado os meios financeiros e administrativos para que ele intervisse de modo efetivo sempre que o mercado não estimulasse a capacidade competitiva das firmas nacionais e coordenasse adequadamente a economia (BRESSER PEREIRA, 1998, p. 6).

Ao nosso ver, tal argumentação estaria desprovida de sólido fundamento, já que o conceito adotado pelo autor está muitíssimo próximo da definição do ideário liberalista de Adam Smith, propalado já nos idos do século XVIII.

Mencione-se que essas sugestões de mudança refletiam-se tanto na dimensão institucional quanto na ideológica, objetivando a uma reorganização do setor público. No campo institucional seria no sentido de alterar tanto a estrutura como o funcionamento do setor público, possibilitando aumento de sua autonomia, maior eficiência na consecução dos resultados, e ao mesmo tempo, maior controle da sociedade sobre a Administração. Já na ideologia, representaria uma mudança no paradigma de direção administrativa estatal: a chamada burocracia *weberiana* deveria dar lugar a uma burocracia *gerencialista*, com a conseqüente introdução de práticas típicas de mercado na administração pública (CARVALHO, W., 1997, p. 5).

Essa argumentação, **data venia**, parece não proceder no caso brasileiro. No magistério de Olavo de Lima Júnior, ao qual nos filiamos, o Brasil, ao longo de sua história, nunca chegou a ter solidificado o modelo burocrático, *webeweriano*, de administração, tendo convivido com modelos incompletos e superpostos na seara pública. Exemplo é a sobrevivência do patrimonialismo nos tempos atuais (LIMA JÚNIOR, 1998, p. 27).

A assunção de governos conservadores na Grã-Bretanha e nos EUA deu o pontapé inicial neste processo, que tem como discurso a redução do

espectro de atuação do Estado, o qual deve voltar a cingir-se a questões de maior importância, ligadas ao atendimento de necessidades precípua da sociedade (elaborar a legislação positiva, prover segurança pública, arrecadar e fiscalizar tributos etc.), deixando que o mercado atue nas atividades tipicamente econômicas.

Registre-se que a literatura menciona a existência de pelo menos duas vertentes bem específicas que têm orientado as reformas administrativas nas décadas de 80 e 90 deste século, uma considerando que o Estado ainda possui uma função essencial no mundo globalizado, devendo por isso sofrer uma reforma para fortalecê-lo, e outra vendo o aparelho estatal como algo que vem comprometendo o desenvolvimento capitalista, isso em face do intervencionismo, da ineficiência, da corrupção, do atendimento mal feito aos consumidores, motivo pelo qual vê necessário modificar a estrutura estatal de modo a enfraquecê-la e, com isso, não permitir que interfira nos mecanismos de mercado (MESQUITA e FERREIRA, 1997, p. 37). Nessa linha, parece-nos ter o Brasil optado pela segunda vertente.

Desse modo, no País, a presença estatal na economia se transformou, passando da produção ou da prestação de serviços públicos para a regulação e fiscalização de sua prestação, primeiro com o Programa Nacional de Desestatização (Lei n.º 8.031, de 12/4/1990), nos anos de 1990 a 1995, por intermédio do qual foram privatizadas empresas do setor siderúrgico, do petroquímico e de fertilizantes.

Importa ressaltar que, no Brasil, os primeiros passos desse movimento de redução do tamanho do Estado foram dados ainda no Governo de João Figueiredo, quando, em julho de 1979, por intermédio do Decreto n.º 83.740, foi criado o “Programa Nacional de Desburocratização”. Posteriormente, em 1981 (Decretos n.ºs 86.212 e 86.215, de 15/7 e de 15/12, respectivamente), foi criada a Secretaria Especial de Controle das Empresas Estatais (SEST), objetivando precipuamente controlar os gastos e investimentos das estatais, tendo ela identificado 505 instituições sob a guarida

pública federal, das quais 268 empresas estatais (um terço das últimas teriam pertencido ao setor privado, tendo a esfera pública as assumido já à beira da falência, e apenas 40 criadas por lei). A esse diagnóstico seguiu-se, em julho de 1981, a criação da “Comissão Especial de Desestatização”, a qual restringiu a criação de empresas estatais e estabeleceu diretrizes para a transferência das públicas ao setor privado, arrolando 140 empresas passíveis de serem privatizadas em curto prazo e 50 delas de serem vendidas, destacando-se que no Governo Figueiredo foram desestatizadas 42 empresas, sendo 20 delas privatizadas (PINHEIRO e GIAMBIAGI, 1999, pp. 19-22).

O movimento reducionista estatal avançou no Governo de José Sarney, quando, em 1985, pelo Decreto n.º 91.991, de 28/11, foi instituído o “Programa de Privatização”, a seguir aperfeiçoado pelo “Programa Federal de Desestatização” (Decreto n.º 95.886, de 29/3/1988), e se expandiu no Governo de Fernando Collor, que, por meio da Medida Provisória n.º 26, de 15/1/1989, autorizou a alienação da integralidade ou parcialidade das ações que representassem o controle do capital social de empresas estatais federais, excluídas as exploradoras de monopólios da União (Petrobrás, Eletrobrás e Telebrás).

Posteriormente, essa modificação do arcabouço de intervenção estatal no domínio econômico foi acentuada com a edição da Lei n.º 8.987, em 13 de fevereiro de 1995, que regulamentou o art. 175 da Constituição Federal de 1988. Com isso, a transferência da responsabilidade pela exploração do serviço por tempo determinado (remunerada pelas tarifas) para a iniciativa privada esteve caracterizada no País pela abertura dos setores de telecomunicações, de geração e distribuição de energia elétrica, de saneamento básico, e de exploração e produção de petróleo e gás natural, seguindo os princípios básicos da Reforma do Estado (consubstanciada, por primeiro, pela a Emenda Constitucional n.º 19, de 5 de junho de 1998, e depois, pela Emenda n.º 20, de 11 de dezembro seguinte) : a) maior eficiência

do setor privado nas atividades que são transferidas; b) redução da dívida pública; e c) retomada dos investimentos nas atividades transferidas.

Veja-se que no período entre 1995 e 1998, o programa brasileiro de desestatização transferiu, além de U\$ 60 bilhões aos cofres dos estados e da União, as dívidas das empresas estatais assumidas pelo setor privado, que entre 1991 e 1994 chegaram a U\$ 8,6 bilhões (SALGADO, 2003, p. 22)⁶.

Frederico Costa e Alketa Peci citam diversos resultados da desestatização ocorrida no período compreendido entre 1995 e 1998. Nesse sentido, os autores afirmam que

“Durante o ano de 1997, concluiu-se a venda da CVRD [Companhia Vale do Rio Doce], a maior empresa produtora e exportadora de minério de ferro no mundo e a maior produtora de ouro na América Latina; terminou a desestatização dos seis trechos da Rede Ferroviária Federal –RFFSA, com a venda da Malha Nordeste (processo que começou antes da lei sobre as concessões ser aprovada); realizaram-se três leilões no âmbito do Decreto n° 1.068/94; realizou-se o arrendamento do terminal do contêineres –1 do Porto de Santos, considerado o maior da América Latina, sendo o primeiro leilão do setor portuário; o leilão de sobras das ações ordinárias da ESCELSA - Espírito Santo Centrais Elétricas S.A., representativas de 14,65% de seu capital social; e também a primeira venda do PND no setor financeiro: o Banco Meridional do Brasil S/A. A arrecadação total foi de US\$ 4.265 milhões, até 31.12.1997.

Durante o ano de 1998, o resultado mais significativo veio como resultado da privatização do setor de telecomunicações. Em julho de 1998, o governo federal vendeu as 12 *holdings*, criadas com a própria reestruturação do setor a partir da cisão do Sistema Telebrás, representando a transferência à iniciativa privada, das Empresas de Telefonia Fixa e de Longa Distância, bem como das empresas de Telefonia Celular - Banda A. A arrecadação com a venda dessas 12 empresas somou R\$ 22.057 milhões e o ágio médio foi de 53,74% sobre o preço mínimo.

Foram também transferidas para a iniciativa privada a exploração do Terminal de Containers do Porto de Sepetiba (Tecon 1) da Cia. Docas do Rio de Janeiro, do Cais de Paul e do Cais de Capuaba (Cia. Docas do Espírito Santo - CODESA), Terminal **roll-on roll-off** da Companhia Docas do Rio de Janeiro e Porto de Angra dos Reis (CDRJ).

No setor elétrico foi realizada a venda das Centrais Elétricas Geradoras do Sul S/A - GERASUL, após a cisão efetivada em 29 de abril de 1998. A arrecadação foi de US\$ 800,4 milhões, pagos totalmente em moeda

⁶ De acordo com Pinheiro e Giambiagi, o processo de desestatização brasileiro observado a partir dessa segunda metade da década de noventa teve uma íntima ligação com a política macroeconômica adotada pelo governo, pelos seguintes aspectos: o fraco desempenho econômico teria sido o motivo mais importante, forçando o governo a adotar estratégias de desenvolvimento econômico voltadas para o mercado; a privatização sinalizara o compromisso de reduzir a participação do Estado na economia; a estabilização da economia teria trazido a possibilidade de melhorar a credibilidade do programa de desestatização; as privatizações teriam sido essenciais para sustentar o Plano Real; e, a venda de ativos trazia benefícios fiscais, tanto no âmbito federal como também nas unidades federativas (PINHEIRO e GIAMBIAGI, 1999, pp. 19-22).

corrente. Foram também realizados quatro leilões, em abril e maio de 1998, no âmbito do Decreto 1.068, perfazendo um total de US\$ 420 milhões.

Com a privatização da Malha Paulista encerrou-se uma fase importante da transferência dos serviços públicos à iniciativa privada. US\$ 205,73 milhões foram arrecadados com a venda da última ferrovia federal (...)"(COSTA e PECCI, 1999, p. 199).

No que toca à nomenclatura utilizada para denominar essa saída do Estado da atuação direta na economia, vemos ser ela tortuosa. No âmbito do Direito Público, alguns autores permanecem ainda hoje utilizando o termo privatização de forma generalizada, como se o momento atual fosse uma mera continuação do Programa Nacional de Desestatização. Todavia, outros, como o Ministro do STF, Celso de Mello, empregam o vocábulo *privatização* para os serviços públicos cuja execução foi delegada à iniciativa privada, e *desestatização* para as atividades econômicas que deixaram de ser exploradas por entidades estatais (MELLO, **apud** ARAGÃO, 2000, p. 263, nota 3), o que se afigura melhor ao estudo ora empreendido.

3. BREVE ESTUDO SOBRE REGULAÇÃO —

3.1. A questão do monopólio natural e as interferências nos mercados

Observa-se que, em face de a exploração de muitos dos serviços públicos transferidos (energia, telecomunicações etc.) à iniciativa privada caracterizar-se como monopólio natural, tornou-se imperioso que o Estado mantivesse um controle sobre o exercício da atividade empresarial em tais setores.

O problema de estar um bem ou serviço caracterizado como monopólio, em especial como monopólio natural, mostra-se importante para balizar a atuação do Estado na regulação de mercados econômicos. Como bem prelecionam José Carlos Sardinha e Fabiano S. Coelho

“monopólio é uma aglutinação das palavras gregas **mono** e **pólio**, ou seja, único a vender. Para se caracterizar um monopólio real, o produto, além de ser fabricado por uma única empresa, não pode ter substitutos próximos. Portanto, se uma indústria é a única a produzir garrafas de plástico, ela tem o monopólio, pois os consumidores podem [tão só] escolher entre garrafas de vidro ou latas de alumínio. Basicamente existem dois tipos de monopólio. O primeiro, caracterizado como monopólio puro, seria aquele em que o monopolista absorve durante todo o tempo a totalidade de renda da comunidade. (...) O segundo tipo seria o monopólio que existe normalmente, ou seja: um produtor, cujo produto não tenha substitutos próprios nem concorrentes diretos, mas tenha concorrência indireta, pelos recursos limitados dos consumidores.” (SARDINHA e COELHO, 2001, p. 86)

Os mesmos autores, citando Paul e Ronald Wonnacott, mencionam serem as seguintes as três razões básicas para que haja condições de apenas uma empresa estar vendendo um bem :

“*controle de um insumo ou técnica* — uma empresa pode controlar algo essencial que nenhuma outra pode adquirir; é o caso sobre a propriedade sobre um recurso necessário ou sobre uma patente; um exemplo é a patente mundial que a Xerox detinha, permitindo-lhe atuar como monopólio; *monopólio legal* — em alguns casos, torna-se ilegal mais de uma empresa exercer o mesmo serviço (por exemplo, quando uma empresa detém os direitos exclusivos de exibição de um evento); e *monopólio natural* — esse tipo não existe por estar garantido por lei, mas

por ser caracterizado por um resultado natural de condições especiais de custos". (SARDINHA e COELHO, 2001, p. 87)

Releva consignar que o monopólio natural tem três características básicas: é intensivo em capital, ou seja, necessita de pesados investimentos para sua implantação; a empresa exploradora da atividade tem de trabalhar em economia de escala, procurando, assim, obter um custo médio pequeno; e a demanda do mercado em relação ao produto é, em grande parte, muito pouco elástica, isto é, um relevante acréscimo de preço por unidade resulta, em regra, mínima redução da procura pelo produto/bem/serviço (SARDINHA e COELHO, 2001, p. 88). Assim, quando uma empresa diminui de maneira expressiva seu custo médio por unidade de produto à medida que aumenta a produção, poderá satisfazer as necessidades do mercado de forma mais eficiente do que muitas empresas atuando neste mesmo mercado. Sobre o tema, João Lizardo de Araújo argumenta que

"se um determinado bem ou serviço (não facilmente substituível) pode ser fornecido por uma única firma para um mercado a menor custo que duas ou mais, com as tecnologias disponíveis, diz-se que este setor apresenta características de monopólio natural. Isto ocorre se existem economias de escala até volumes de produção da ordem da dimensão do mercado", havendo "dois casos básicos: se os custos médios decrescem em **toda** a dimensão do mercado, o monopólio é dito *forte*. No entanto, pode haver deseconomias de escala se a firma atende a todo o mercado, mas mesmo assim ser mais econômico produzir com apenas uma firma; neste caso o monopólio é dito *fraco*" (ARAÚJO, 1999, p. 4).

Acerca da existência do monopólio natural, o Prof. Marçal Justen Filho alude que, nada obstante ser ele não desejável sob a ótica da perspectiva concorrencial, sua simples retirada ou extinção não acarreta, necessariamente, vantagens ao usuário/consumidor, aliás, ao contrário. Segundo o autor

"(...) o monopólio natural, indesejável sob o prisma da ausência de concorrência, envolve um benefício potencial para o consumidor. Por um lado, o monopólio natural se configura quanto a natureza da atividade e as circunstâncias a ela inerentes tornam economicamente inviável a multiplicação das estruturas empresariais para produção e (ou) circulação de bens e serviços. Isso equivale afirmar que a supressão do monopólio configuraria solução de menor eficiência econômica, acarretando elevação dos preços praticados em face do consumidor" (JUSTEN FILHO, 2002, p. 33).

Como se observa, nesse novo contexto o controle estatal não deveria ser dado necessariamente mantendo-se a propriedade das empresas, mas, sobretudo, sobre a qualidade e as tarifas dos serviços, com o objetivo de permitir uma contínua universalização dos mesmos, garantindo-se uma remuneração adequada aos agentes econômicos que participam de sua exploração, bem como propiciar uma cada vez maior competitividade para os países, por meio de menores custos dos serviços de infra-estrutura.

Essa justificativa, aliás — a maximização da eficiência em mercados caracterizados pela concentração de poder econômico, como o monopólio ou o oligopólio —, foi a mais utilizada no meio econômico tradicional para a atuação do Estado. No entanto, outros argumentos, como a existência de barreiras significativas à entrada de novos competidores, a ocorrência de falhas de mercado relacionadas com as externalidades, a necessidade da correção de assimetrias de informação e poder, e a intervenção para facilitar a transição para regimes de mercado, assim como a insuficiente provisão de bens públicos, onde há necessidade de promoção da universalização do acesso aos serviços, passaram a fundamentar, cada vez mais, essa espécie de intervenção estatal, que consistiria, segundo os doutrinadores, a **regulação**⁷.

⁷ As externalidades referem-se a algumas transações que dão origem a benefícios ou custos sociais que não são computados no mecanismo de preços do mercado, motivo pelo que são ditos como **externos** ao mercado. As assimetrias de informação ocorrem num contexto em que um lado do mercado é mais organizado ou mais poderoso que o outro, tendo assim melhor acesso à informação; essa discussão refere-se, em regra, a monopólio ou oligopólio no lado da oferta, mas pode estender a outras situações em que um lado está em significativa desvantagem de informações para com o outro. A transição se verifica em mercados que previamente foram monopólios e que estão caminhando para a concorrência, no todo ou em parte. Em tais circunstâncias, o antigo monopolista pode usar sua posição dominante no mercado para dificultar ou retardar o processo de abertura aos novos entrantes (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2003, pp. 9-10). De acordo com Luiza Moraes, “o processo de regulação que hoje vivenciamos está condicionado, muitas vezes, a uma ampla reestruturação dos setores, conduzindo ao desmonte de situações de monopólio natural, separando determinadas atividades de outras e regulando diferentemente os segmentos potencialmente competitivos. Nessa diretriz, alguns serviços deixam de ostentar a configuração de serviço público, no sentido tradicional da expressão” (MORAES, L., 1997, p. 12).

3.2. O vocábulo regulação – origem e conceituação

De início, cabe fazer uma ressalva no que se refere à natureza terminológica do vocábulo regulação. O Prof. Marçal Justen Filho adverte-nos no sentido de que os estudos originalmente realizados sobre o tema o foram nos países de língua inglesa, os quais valem-se das expressões **regulation** para indicar a atividade desenvolvida pelo Estado e **regulator** para qualificar o sujeito que a promove. Nesse sentido, a tradução para as línguas latinas apresentaria algumas dificuldades, sendo que, para o autor, a tradução mais própria poderia ser *regulamentação* e *regulamentador*, respectivamente. Todavia, registra que em nossa língua a primeira expressão já possui conotações específicas e determinadas, motivo pelo qual o conceito anglo **regulation** não corresponde à expressão portuguesa *regulamentação*, muito embora possa, eventualmente, a *regulamentação* ser uma manifestação de **regulation** (JUSTEN FILHO, 2002, p. 15).

De acordo com o Dicionário MICHAELLIS, o termo regulação tem diversas acepções, uma, inclusive, ligada à regulamentação, significando, aí, “norma, preceito ou regulamento por que deve se reger uma corporação, um indivíduo etc.” (MICHAELLIS, 1998, p. 1805). Todavia, para o estudo que ora se empreende, e na mesma linha já indicada pelo Prof. Marçal Justen Filho, interessa-nos mais de perto aquela que, aparentemente, apresenta uma feição mais ampla, ou seja, “ato ou efeito de regular”. Nesse diapasão, a mesma obra dá, para o verbo em si, mais de vinte acepções distintas. Assim, procurando nos deter naquelas que mais estariam ligadas ao contexto do trabalho ora em desenvolvimento, encontramos:

“(...) 4. regularizar ou tornar uniforme o movimento de; 5. presidir a, dirigir; (...) 6. dirigir-se, guiar-se; 7. estabelecer ordem, economia ou moderação em; regularizar; 8. estar conforme; mover-se ou trabalhar convenientemente; funcionar normalmente; (...) e 12. estabelecer equilíbrio em” (MICHAELLIS, 1998, pp. 1805-1806).

Acerca do assunto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, citando Antoine Jeammaud, alude que o vocábulo *regulação*, utilizado hoje em diferentes sentidos, tem sua origem remota nas ciências físicas e biológicas, significando

“trabalho consistente em introduzir a regularidade em um objeto social, assegurar a sua estabilidade, sua perenidade, sem fixar-lhe todos os elementos nem o integral desenvolvimento, portanto sem excluir mudanças” (JEAMMAUD, **apud** DI PIETRO, 2003, p. 27).

Continuando, Maria Sylvia afirma que do conceito em tela resulta a presença de dois elementos, i. é., de um lado a idéia de *regulação*, no sentido em que procura assegurar uma certa estabilidade no objeto a ser regulado, e de outro a de *mudança*, deixando abertas portas para a realização de alterações que se façam necessárias em prol da própria estabilidade.

Referido conceito, das ciências físicas, teria passado para outras áreas, em especial para as ciências da Administração, a Política e as Sociais, sendo que, ainda conforme Jeammaud, o termo *regulação* estaria por vezes empregado como sinônimo de regulamentação, de formulação de regras, o que, para o doutrinador, se mostraria como uma confusão, apenas efeito de anglomania, de modismo. Ao final, o mesmo autor alude que a relação, na esfera do Direito, entre *regulação* e regulamentação, estaria no fato de aquela ser uma alternativa a esta última, ou ainda, contrariamente — na mesma linha de Justen Filho —, de ser gênero, onde regulamentação seria espécie, ao lado de outras formas jurídicas (**apud** DI PIETRO, 2003, p. 28).

Semelhantemente, o Prof. Vital Moreira constata que *regulação* seria uma atividade que designa um estado de equilíbrio e de regularidade no funcionamento de um sistema, e que aponta para o estabelecimento de regras a serem observadas num determinado comportamento, objetivando garantir e repor o equilíbrio e a regularidade de seu funcionamento (**apud** MENDES, 2002, p. 112).

A Prof.^a Maria Sylvia, já antes, e da mesma forma que a esposada por Justen Filho, procurou diferenciar os termos *regulação* e *regulamentação*. Segundo a catedrática da USP

“Regular significa estabelecer regras, independentemente de quem as dite, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio e órgãos da Administração direta ou entidades da Administração indireta. Trata-se de vocábulo de sentido amplo, que abrange, inclusive, a regulamentação, que tem um sentido mais estrito.

Regulamentar significa também ditar regras jurídicas, porém, no direito brasileiro, como competência exclusiva do Poder Executivo. Perante a atual Constituição, o poder regulamentar é exclusivo do Chefe do Poder Executivo (art. 84, IV), não sendo incluído, no parágrafo único do mesmo dispositivo, entre as competências delegáveis” (DI PIETRO, 2002b, p. 150).

O Prof. Justen Filho alude, de forma semelhante, que a expressão *regulamentação* corresponderia “ao desempenho da função normativa infra-ordenada, pela qual se detalham as condições de aplicação de uma norma de cunho abstrato e geral”, ou seja, especificam-se as condições necessárias para dar eficácia a dispositivos que, pela sua amplitude de abrangência, o tornam difícil para ser aplicado a situações concretas. Quanto à *regulação*, buscando lições de Sérgio Fois, Justen Filho alude que esta revelaria uma atuação governamental distinta das funções estatais clássicas, i. é., nem uma função normativa própria, tampouco função jurisdicional ou mesmo administrativa em sentido estrito, mas uma espécie de *governo de setor* (JUSTEN FILHO, 2002, p. 15)⁸.

⁸ Sobre o tema, o Prof. Luís Otávio Amaral tece longas considerações: “regular (do Latim *regulare*, relativo às regras, norma) é estabelecer o regime legal de uma situação jurídica, é legislar. Regular é normatizar, regrar por meio de lei. E lei é regra de ordem geral emanada do Poder Legislativo, na forma indicada pela Constituição. O Decreto nº 3.191 de 7/1/1899, que reorganizou o Ministério da Justiça, definiu lei como sendo ‘resoluções do Congresso Nacional que contiverem normas gerais e dispositivo de natureza orgânica ou que tenham por fim criar direito novo’. Em sentido amplo e atécnico lei pode significar direito, justiça, contrato, direito escrito, direito consuetudinário, direito legislado, cláusula contratual, direito objetivo, direito positivo. Como se vê o povo não distingue justiça, direito, lei, decreto, regulamento. Mas em Direito não se confunde a lei, a regulação com o regulamento, com a regulamentação. Cabe ao Poder Executivo a expedição de normas para a boa aplicação das leis ou fiel execução das leis. O legislador não pode prever as minúcias que se apresentarão nos casos concretos em que a lei será invocada, as circunstâncias de fato que serão enquadradas dentro da lei, cabendo ao governo como administrador em sentido amplo, a tarefa de facilitar a solução das situações imprevisíveis da vida prática. Essa a função do regulamento que entre nós é baixado, veiculado por meio de decreto. Nem toda lei precisa de regulamentação, podendo ser executada desde logo, o que todavia não impede o executivo de usar da sua faculdade-dever de regulamentá-la. Mas, por outro lado, se o legislador determinou ao Poder Executivo que faça a regulamentação, a lei só será exequível depois de publicado o regulamento. Esse tem de obedecer estritamente aos dizeres da lei, não podendo ampliar o seu alcance. Assim é que não se admite possa um regulamento estabelecer penas, criar cargos públicos, majorar tributos, aumentar vencimentos, perdoar dívidas ativas, conceder isenções tributárias, autorizar alienações de bens públicos, alterar o estado das pessoas, restringir direitos e liberdades, criar enfim obrigações que não constam da lei. Assim, é de boa técnica que se diga que a lei regula e decreto regulamenta. O regular é ato autônomo de quem tem competência constitucional para legislar: o Congresso Nacional; só ele assim pode restringir a liberdade, os direitos do indivíduo, porque delegamos isso a ele. O regulamento, ao contrário, é ato derivado da lei e que só tem força normativa (impositiva) se e quando circunscrito à lei respectiva. O Poder Executivo (o governo, a Administração) pode baixar regulamento autônomo, sem lei respectiva, mas apenas para fins internos, para a organização de seus serviços públicos, isso é ato inerente a sua função governativa; tudo segundo a tábua de atribuições legais de cada poder e de cada autoridade previstas no Ordenamento Jurídico (Constituição, leis...). A rigor, o regulamento, o decreto, só interfere na situação jurídica dos próprios serviços e servidores públicos. É fíndo o tempo em que qualquer decreto, portaria e circulares, usurpavam as funções do Congresso Nacional” (AMARAL, 2003).

Ampliando a discussão, Leopoldo Pagotto argumenta que, conquanto regular não seja idéia definida, encontra-se contida no texto constitucional brasileiro em vigor — o art. 174, dispõe que “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” —, motivo pelo qual alude que, de um certo modo, o preenchimento da idéia está sob a responsabilidade do intérprete constitucional. O autor sustenta que, à primeira vista, *regulação* e *normação* (ou *normatização*) seriam duas funções distintas do Estado, na atuação sobre a atividade econômica, o que permitiria se inferir que o conceito regular estaria ligado, em grande parte, a fiscalizar, não se confundindo com normatizar. Todavia, julga que outra possibilidade seria entender-se que regulação estaria a englobar normação, i. é., a função normativa, objetivando levar harmonia ao objeto, ainda que provocada (PAGOTTO, 2003, pp. 262-263).

Uma boa conceituação é a dada por Pedro Henrique Poli, para quem regulação significa

“a atividade administrativa desempenhada por pessoa jurídica de direito público consistente no disciplinamento, na regulamentação, na fiscalização e no controle do serviço prestado por outro ente da Administração Pública ou por concessionário, permissionário ou autorizatário do serviço público, à luz de poderes que lhe tenham sido por lei atribuídos para a busca da adequação daquele serviço, do respeito às regras fixadoras da política tarifária, da harmonização, do equilíbrio e da composição dos interesses de todos os envolvidos na prestação deste serviço, bem como da aplicação de penalidades pela inobservância das regras condutoras da sua execução” (**apud** ZYMLER, 2002, .p. 20).

Na mesma ordem de idéias é a que aponta a atividade como uma forma contemporânea de ação do Estado, tratando-se

“do modo como a coordenação entre empresas, cidadãos consumidores e os diferentes órgãos do governo se dá quanto à edição de normas, e cujo objetivo primordial é o de estimular, vedar ou determinar comportamentos envolvendo determinados mercados que, por seus traços próprios, requerem a interferência estatal. A ação regulatória se dá por meio de leis, regulamentos e outras regras editadas pelo poder público e por entidades às quais os governos delegam poderes regulatórios ou normativos. A regulação pode ser genérica, aplicando-se

à economia ou sociedade como um todo, ou setorial” (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2003, p. 9).

Nesse contexto, entendemos que regular uma atividade significa levá-la ao equilíbrio dentro de um dado sistema regulado, o qual poderá envolver a introdução de interesses gerais, externos ao sistema, que deverão ser processados pelo regulador de forma que a sua consecução não acarrete a inviabilidade do setor regulado. Nesse contexto, a ação estatal deve procurar equilibrar os interesses privados (competição, respeito aos direitos dos usuários, admissão da exploração lucrativa de atividade econômica) e as metas e objetivos de interesse público (universalização, redução de desigualdades, modicidade de preços e tarifas, maiores investimentos, etc.).

Passaremos, a seguir, a um breve estudo sobre a regulação econômica e social.

3.3. Regulação econômica, social e administrativa

De início, retomando o que se disse ao final do item 3.1 — que discutiu o monopólio natural —, o controle estatal deve se dar sobre a qualidade e as tarifas dos serviços públicos, em especial os de infra-estrutura, objetivando, além da sua universalização, dar garantias de uma remuneração aos agentes econômicos participantes de sua exploração, bem como possibilitar uma maior competitividade, por meio de menores custos dos serviços.

Nesse sentido, os ativos vinculados aos serviços públicos (e as obras públicas) cuja exploração é transferida à iniciativa privada são, em grande parte, de infra-estrutura. Conquanto o termo estrutura, de origem grega, represente, em termos econômicos, o conjunto de forças produtivas que forma a base material da sociedade, sobre a qual se ergue a superestrutura ideológica, jurídica e política, deve-se ressaltar que, com a adição a ele do prefixo *infra*, a partir do final do

século XIX, passou-se a caracterizar os bens e serviços compostos de ativos fixos que estão à disposição da coletividade, incluindo-se empresas e indivíduos, sendo para os primeiros insumos intermediários, e para os segundos mercadorias finais (CECCHI, 2001, p. 10).

Todavia, há que se destacar que a infra-estrutura pode ser econômica ou social. A *infra-estrutura econômica* busca fornecer serviços que, além de satisfazerem às demandas individuais, respondem também às necessidades das empresas em matéria de bens intermediários ou insumos de produção, sendo exemplo oferta de energia, transporte e comunicação. Já a *infra-estrutura social* procura atender as demandas por serviços públicos de saúde, educação, justiça, segurança pública, defesa civil e saneamento, na qual os beneficiados primeiros são as famílias⁹.

Tratando da regulação em espécie, de acordo com a Prof.^a Maria Sylvia, em que pese poder ela incidir sobre qualquer objeto social, seria no âmbito da economia estatal sua utilização mais freqüente no direito brasileiro, e, com maior profundidade, no do direito [administrativo] econômico (DI PIETRO, 2003, p. 28). Nesse contexto, a regulação econômica seria uma alternativa da intervenção propriamente dita, visando à correção das deficiências do mercado, por meio da edição de regras ou pela instituição de autoridades de fiscalização (JEAMMAUD, **apud** DI PIETRO, 2003, p. 28).

Na mesma linha aponta Vinicius de Carvalho, para quem o conceito de regulação, conquanto já tenha obtido delineamento teórico, passa a ganhar sentido jurídico

“na medida em que se identifica a um conjunto de regras que visa à correção das deficiências do mercado através do estabelecimento de

⁹ No entanto, não se pode esquecer que as infra-estruturas econômicas têm um impacto social bastante significativo, na medida em que, de um lado, facilitando o fluxo de mercadorias, pessoas, informações e energia, promovem a elevação da qualidade de vida das famílias, e de outro, pela construção e melhoria de estradas, ferrovias, portos, unidades de geração, linhas de transmissão e de distribuição de energia elétrica, abastecimento d'água etc., possibilitam às empresas a redução dos custos internos de produção e a dos externos de fretes e movimentação de insumos, os quais, ao final, são transferidos à sociedade como um todo, na forma de mais empregos e menores custos de bens e serviços. Essa, inclusive, é a denominação anglo-saxônica para algumas das infra-estruturas dessa natureza — **public utilities** (centrais de utilidade pública) —, ressaltando o aspecto coletivo de sua utilização e o interesse público de tais atividades (CECCHI, 2001, pp. 10-11).

regras e da manutenção ou restabelecimento do funcionamento equilibrado de um sistema” (CARVALHO, V., 2003, p. 157).

Como já se demonstrou, historicamente o Estado sempre interferiu nas relações econômicas. No início, quando vigente o liberalismo, pela utilização do poder de polícia ou pela produção de leis que objetivavam disciplinar genericamente a atuação dos agentes privados, ou ainda, pela elevação à categoria de serviços públicos certas atividades de relevância social. Depois, já na fase do **Welfare State**, pela própria exploração da atividade econômica por entes estatais, intervenção esta que, de forma maciça, caracterizou o que se chamou de *dirigismo estatal*.

A respeito do tema, sob o aspecto didático, o Prof. Floriano Marques Neto distingue o intervencionismo estatal direto do indireto. O direto representaria a assunção pelo Estado de serviços típicos de infra-estrutura (como geração e distribuição de energia, estruturação da plataforma de telecomunicações, saneamento básico, rede de transportes etc.), como os de capital intensivo, voltados para a acumulação capitalista (petróleo e siderurgia, por exemplo). Já no indireto a máquina estatal não mais assume a atividade econômica em si, mas atua concretamente no fomento, na regulamentação, no monitoramento, na mediação, na fiscalização, no planejamento, na ordenação da economia, enfim, cuidando da forte atuação do Estado por indução ou por coerção da atuação dos agentes privados que agem no mercado (MARQUES NETO, 2002, p. 84).

Na mesma linha conceitual, o prof^o Eros Grau, Ministro do STF, afirma que a intervenção do Estado no domínio econômico pode se dar sob três formas: por absorção ou participação, por direção, ou ainda por indução. Todavia, para o autor, não haveria intervenção quando o aparelho estatal atua em domínio a si próprio reservado, situação que se configura no momento em que ele desenvolve atividades diretamente relacionadas aos serviços públicos (GRAU, **apud** JUSTEN FILHO, 2002, p. 17). Sobre os conceitos expostos por Eros Grau, a conclusão de Justen Filho, corroborando o que já dissemos, é de que o Estado, no período providencialista, exercia, de fato, funções econômicas muito relevantes, não

somente a título de intervenção, mas também e especialmente atuando diretamente em áreas reservadas, prioritariamente, para ele próprio (JUSTEN FILHO, 2002, p. 18).

Insta lembrar que, no Brasil, a Carta Magna em vigor estabelece, no Capítulo I do Título VII, que o Estado atua de duas formas no domínio econômico, sendo uma a intervenção direta, no exercício do papel de empresário, e a outra a intervenção indireta, já na execução de uma ação fiscalizadora, incentivadora e planejadora da atividade econômica, buscando atingir os objetivos finalísticos de sua própria razão de existência constitucional (PERIN, 2003, p. 146).

Segundo Joaquim Barbosa, a nova regulação surge, de um lado, como “corretivo às mazelas e às deformações do regime capitalista”, e de outro, como “corretivo ao modo de funcionamento do aparelho do Estado engendrado por esse mesmo capitalismo” (BARBOSA GOMES, 2001, p. 2).

Sobre a atividade de regulação, Carlos Ari Sunfeld nos diz que

“a regulação é — isso, sim — característica de um certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício da atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade. Assim, a regulação não é própria de certa família jurídica, mas sim de uma opção de política econômica” (SUNDFELD, 2000, p. 23).

De acordo com Edson Nunes, Sunfeld já em 1998 anotava que

“O que estamos entendendo por regular, produzir normas jurídicas gerais e abstratas sobre o desenvolvimento dessas atividades [desempenhadas por particulares], atribuir ou suprimir aos particulares o direito de desempenhar essas atividades, é dizer, dar-lhes autorizações, concessões, permissões, licenças, ou outras formas de atos pelos quais os particulares são habilitados a desempenhar atividades, serviços públicos ou não, e estas agências reguladoras têm o poder de fiscalizar a prestação do serviço, aplicar sanções, e também — o que é um fenômeno interessante e que será fruto de muito debate entre nós — de dirimir conflitos entre particulares” (SUNDFELD **apud** NUNES, p. 6).

Sobre o tema, Floriano Marques Neto aduz que embora subsista, por parte de uns, a alegação de que a intervenção direta do Estado no domínio econômico conteria o exercício de uma função regulatória subjacente à atuação

do operador público num determinado setor econômico — posição esta defendida por Sérgio Abranches, que entende, por exemplo, que o monopólio estatal seria uma forma de regulação, assim como o seriam a ação do IBAMA na área ambiental ou a atuação dos PROCONs da defesa do consumidor (**apud SARDINHA e COELHO, p. 89**) —, não seria correto utilizar o conceito de regulação em tal contexto. Para o autor

“se a atividade regulatória estatal constitui uma espécie de intervenção (indireta) na ordem econômica, a assunção pelo Estado ou por ente controlado seu [sic] da exploração de atividade econômica não caracteriza intervenção reguladora” (MARQUES NETO, 2003, p. 11, nota de rodapé).

Continuando, o professor argumenta que

“a exploração direta pelo Estado de atividade econômica, é verdade, influencia a atuação dos atores privados, cumpre um papel de ordenação, algum controle e, eventualmente, estabelece algum padrão de regulamentação sobre o setor. Porém isso não é suficiente para caracterizar uma atuação estatal de caráter regulatório, pois: i) mesmo estatal, o interesse do agente econômico tem como núcleo os interesses da empresa ou do seu controlador e não do sistema como um todo e muito menos dos utentes da utilidade econômica explorada pelo agente econômico público; ii) o exercício da função regulatória pressupõe, por óbvio, a existência de regulados; a concentração de papéis de regulador e operador leva à descaracterização da atividade regulatória, pois faz com que a suposta ‘*regulação*’ seja exercida não em benefício do indivíduo e da sociedade, mas que torne a eles sujeitos da regulação; iii) os instrumentos regulatórios estão ligados ao exercício das funções públicas, o que não me parece compatível nem com o regime jurídico das empresas estatais (configuração típica dos entes estatais que exploram atividade econômica), nem com os interesses econômicos próprios de quem opera uma atividade econômica (ainda que em regime de privilégio, exclusividade ou monopólio; iv) o máximo que poderíamos identificar num contexto de intervenção estatal direta sobre o domínio econômico é que o agente estatal exercia atividade regulamentar sobre a atividade (o que nem mesmo é pacífico, pois a regulamentação não se voltava ao exercício da atividade como um todo, mas especificamente se destinava a impor regras de fruição aos usuários dos bens e serviços, regras estas editadas pelo ente estatal, muita vez em seu benefício), o que (...) está longe de coincidir com todo o plexo das atividades regulatórias” (MARQUES NETO, *idem*)¹⁰.

¹⁰ A *regulação econômica* propiciaria, assim, a estrutura institucional para agentes econômicos, empresas e mercados, configurando a regulação cujo propósito principal seria “*facilitar, limitar ou intensificar os fluxos e trocas de mercado, por intermédio de políticas tarifárias, princípios de confiabilidade do serviço público e regras de entrada e saída do mercado*” (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2003, p. 9).

Floriano Marques Neto, em conclusão, não afirma que a intervenção regulatória serviria exclusivamente para substituir a intervenção direta do Estado na ordem econômica, pois, se é verdade que em alguns setores houve a erradicação da intervenção direta, substituída pela construção de mecanismos de intervenção indireta de caráter regulatório, também o é que em outros setores houve a introdução de arcabouços regulatórios e a permanência de entes estatais explorando atividades econômicas, sendo exemplo, no primeiro caso, o setor de telecomunicações brasileiro, e, no segundo, de um lado, o setor de energia elétrica, no qual remanesceram operadores estatais, e de outro, o setor de petróleo, onde o principal operador segue sendo uma sociedade controlada pela União (MARQUES NETO, 2003, p. 11)

A Prof.^a Maria Sylvia argumenta, que, conquanto a maior aplicação da regulação seja no campo econômico, ela pode abranger outras áreas, merecendo destaque os serviços públicos *exclusivos* e *não exclusivos* do Estado. Dentre os da primeira espécie, seriam passíveis de sofrerem a atividade regulatória os comerciais e industriais do Estado, quando objeto de concessão, permissão e autorização a empresas privadas, como os mencionados no artigo 21, XI e XII, da Constituição (telecomunicações, energia elétrica etc.). Já no que se refere aos da segunda espécie, prestados na área social (saúde, educação etc.), entende a autora serem também objeto de regulação, seja exercida diretamente pelo Estado — por atos do Legislativo e Executivo —, seja exercida por entidades públicas criadas para tal finalidade, sendo exemplo os Conselhos de Trânsito e de Seguros Privados, ou a ANVISA, dentre outros. Para tais áreas, visto não ser a finalidade de ordem econômica, o conceito de regulação (econômica) não se adaptaria, necessitando, pois, de um outro elemento, ampliativo do fim colimado, ou seja, a proteção do interesse público caracterizado no interesse dos usuários. Por tal motivo, Maria Sylvia entende a regulação — econômica e social¹¹ — “como o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e

¹¹ Nessa mesma linha, a **regulação social** seria a que intervém na provisão dos bens públicos e na proteção do interesse público, define padrões para saúde, segurança e meio ambiente e os mecanismos de oferta universal desses bens (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2003, p. 9).

privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público” (DI PIETRO, 2003, p. 30).

Na mesma linha, Ari Sundfeld aduz que a *regulação* manifesta-se tanto por poderes e ações com finalidades econômicas — sendo exemplo o controle de tarifas e de concentrações empresariais, a admissão de novos entrantes no mercado e a repressão a infrações à ordem econômica — como por outras intervenções que, embora sob argumentos diversos, têm igualmente conseqüências na economia, mencionando-se decisões relativas a meio ambiente, urbanização, disciplinamento de profissões etc. (SUNDFELD, 2002, p. 18)¹².

Nesse sentido, fariam regulação autoridades com a missão de cuidar de uma área específica de atividades conjuntamente consideradas (mercado de ações, energia, telecomunicações, entre outras) assim como aquelas com a capacidade de decidir sobre agentes econômicos em geral — órgãos ambientais, por exemplo. Desse modo, o autor afirma que a regulação atingiria seja os agentes privados, que atuam em atividades econômicas em sentido estrito, isto é, no comércio, na indústria etc., seja aqueles, que especificamente habilitados, operam em setores reservados ao Estado, como a prestação de serviços públicos, a exploração de bens públicos e de monopólios estatais (SUNDFELD, 2002, p. 18).

Por fim, tratemos da regulação administrativa. Segundo Pedro Gonçalves, essa modalidade de atividade regulatória se caracterizaria pela produção das tarefas públicas administrativas de implementação e de aplicação das regras jurídicas que disciplinam cada setor objeto de regulação, em cujo âmbito são usadas não só as formas dominantes da atuação administrativa (os atos administrativos individuais e concretos e os atos jurídicos e operações materiais de fiscalização e de supervisão), mas também modos de agir

¹² A propósito, o Prof. Justen Filho alude que o Estado passa a deter grandes parcelas de poder de controle sobre as atividades privadas, em especial sobre o setor da prestação dos serviços públicos, embora não deixe de incidir também sobre o segmento das atividades econômicas em si; nada obstante, segundo o autor, pode abranger, inclusive, outras manifestações privadas, ainda que destituídas imediatamente de cunho econômico. Nessa linha, cita Selzink, para quem a regulação consiste em um controle permanente e concentrado, exercido por uma autoridade pública sobre atividades dotadas de um certo valor social (JUSTEN FILHO, 2002, p. 29).

administrativo que escapam a uma catalogação formal (GONÇALVES, 2002, p. 38).

Nesse diapasão, a regulação administrativa diz respeito à intervenção nos procedimentos administrativos e burocráticos, bem como aos procedimentos administrativos adotados pelo Poder Público em sua relação com os administrados.

Sob esse novo **status quo**, o Estado optou por utilizar-se de instituições públicas, distintas e autônomas em relação às empresas concessionárias, organismos denominados de agências reguladoras. Acerca de tal aspecto, e no mesmo sentido, o prof. Floriano Marques Neto alude que

“Para dar cabo a essas tarefas [a nova regulação estatal] (...), mostra-se necessária a constituição de um tipo específico de órgãos públicos (públicos tanto por serem dotados de autoridade como por serem abertos ao controle e participação da sociedade), que enfeixem ampla gama de competências associadas a uma alta especialização técnica, de modo a intervir num determinado setor da economia (cuja relevância ou essencialidade da atividade econômica justifiquem essa intervenção)” (MARQUES NETO, 2003, p. 19).

4. AGÊNCIAS REGULADORAS

4.1. Origem das agências – direito comparado

De criação estrangeira, o conceito de *agência* utilizada para regular ramo da atividade econômica [e da social, representada pelos serviços públicos na área social] surgiu originalmente na Inglaterra, a partir da criação, pelo Parlamento, no ano de 1834, de diversos órgãos autônomos, objetivando a aplicação e a concretização dos textos legais (MORAES, A., 2002, p. 24), sendo depois apropriado cultural e juridicamente pelos Estados Unidos da América. Um pouco diversamente, o professor Marçal Justen Filho nos diz que a doutrina sustenta ter o instituto da agência nascido e se desenvolvido espontaneamente na história norte-americana¹³, ressaltando, todavia, que parte relevante dos doutrinadores afirma que tal experiência resultou da influência britânica anterior (JUSTEN FILHO, 2002, p. 55).

Segundo Alexandre Aragão, a Inglaterra, desde a formação de seu direito administrativo, teve a Administração Pública caracterizada por um forte policentrismo e pela autonomia de seus órgãos, chamados **QUANGOS (Quase Autonomous non Governmental Organizations), boards** ou **quase tribunals** (ARAGÃO, 2002b, p. 294). Nesse sentido, Garrido Falla, citado pela Prof.^a Maria Sylvia, afirma entre as características do regime inglês da primeira metade do século XIX uma falta de centralização administrativa (FALLA, **apud** DI PIETRO, 2002a, p. 36).

Acerca dessa forma descentralizada da administração inglesa, Howard Machin esclarece que

“os Ministérios em Londres não existem para administrar, mas para gerir as atividades administrativas de outras organizações. Não existem, portanto, ‘serviços externos’, mas apenas uma pequena administração central, cujas funções se limitam a definir as grandes linhas das políticas

¹³ No mesmo sentido veja-se Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti (**apud** PALERMO, 2002, p. 4).

públicas, à preparação das leis, dos regulamentos, das respostas às questões formuladas pelos parlamentares e ao controle da função administrativa exercida por outros organismos. (...) A noção de 'autoridade' implica, pois, a existência de uma organização distinta e autônoma, exterior ao serviço público (**à la fonction publique**), e dotada de poderes, de responsabilidades e de recursos financeiros outorgados pelo Estado" (MACHIN, apud ARAGÃO, 2002b, p. 294).

Alexandre Aragão esclarece que os **quangos** começaram a surgir na Inglaterra no século XIX, sendo que, em virtude de não existir, à época, a idéia de Administração Pública, mas apenas a de Governo¹⁴, no momento em que uma lei era editada para disciplinar um determinado interesse público, paralelamente criava-se um órgão para levá-lo a cabo; por esse motivo, foram criados **quangos** para toda sorte de atividades e fins assistenciais, de controle, de regulação etc., os quais já chegaram a alcançar a cifra de mil e quinhentas entidades (ARAGÃO, 2002b, p. 294)¹⁵.

De toda sorte, o desenvolvimento da regulação setorial nos Estados Unidos ocorreu a partir de 1887, ano de surgimento da *Interstate Commerce Commission* (ICC), órgão destinado a regular, naquele país, o transporte ferroviário interestadual.

A partir de 1933, ano da subida de Franklin Delano Roosevelt ao Poder Executivo dos Estados Unidos da América, inicia-se um importante período na história da função regulatória em solo norte-americano.

Segundo Alexandre de Moraes, citando Odete Medauar, este momento caracterizou o Direito Administrativo norte-americano como o "direito das

¹⁴ Lembre-se que, segundo Maria Sylvia, além de vigorar na Inglaterra uma quase total ausência de burocracia, a atividade administrativa era, originalmente, realizada pelos juizes e pelo Parlamento, ainda subsistindo no caso deste último (DI PIETRO, 2002a, p. 36).

¹⁵ Em nota de n.º 3, Alexandre Aragão, citando Prosser, explica que, "na área regulatória, os principais setores atingidos no primeiro momento, ainda nas dinastias Tudor e Stuart, foram o mercado exterior, a qualidade de produtos, emprego, agricultura e uso do solo", sendo que, na regulação das chamadas **public utilities**, o autor destaca a criação da **Board of Trade**, criada pelo **The Electric Lightning Act**, de 1882 (PROSSER, apud ARAGÃO, 2002, o. 313). Uma questão bastante debatida pela doutrina refere-se à dificuldade de delineamento das fronteiras desse **quase government**. Norman Chester, citado por Alexandre Aragão, anota que o único elemento comum a estes organismos é o de que sua responsabilidade frente às autoridades políticas (o ministro, o Parlamento ou o Conselho local) é indireta e limitada, não havendo propriamente autoridades *independentes*, mas sim uma cultura inglesa de não intervenção ministerial. Alexandre Aragão lembra, ainda, que nada obstante o Governo Thatcher ter-se caracterizado pela evolução do neoliberalismo e, conseqüentemente, pela **deregulation**, período no qual mais de quinhentos **quangos** foram extintos, outros sessenta foram criados, visando, em especial, a regulação das áreas então desestatizadas, sendo que, seguindo a tendência mundial,

agências”, por força de sua organização descentralizada (MORAES, A., 2002, p. 23)¹⁶.

Lembre-se que, como já visto no item 2.3., a Crise de 1929 havia mostrado ao mundo como era frágil a idéia do mercado como um ente autônomo, cuja “mão invisível”, ao sempre alocar os recursos da forma mais eficiente possível, acabaria por resolver as falhas existente, conduzindo inevitavelmente ao bem-estar social. Nesse momento de reconstrução da economia mundial (nos EUA, com a implantação por Roosevelt da política do **New Deal**), passa a haver um controle sobre a atividade econômica por meio das **Independent Regulatory Comissions**, cujas principais preocupações iniciais foram o controle monopolista e a concorrência perniciosa ao mercado¹⁷. Posteriormente, a elas foram acrescidas, a partir do Governo de Lindon Johnson (1962-1968), a questão da informação imperfeita aos consumidores, a proteção ao meio-ambiente e a segurança dos produtos (CARVALHO, R., 2002, p. 414).

Egon Bockmann Moreira alude que, em face da diversidade de entes criados, bem como da variada formatação estrutural, normativa e de poderes de cada um deles, editou-se, naquele País, em 1946, lei geral (*Federal Administrative Procedure Act*) que passou a fundamentar a criação, no âmbito federal, de agências específicas (MOREIRA, 2003, p. 3).

A forte regulação estatal que caracterizou os EUA foi atenuada após a Segunda Grande Guerra. Na década de 80, em processo paralelo ao vivenciado pela Inglaterra — assunção de um governo conservador, de idéias neoliberais —, os Estados Unidos experimentaram o movimento da **deregulation**, cujo ideário

essas entidades adotaram a terminologia norte-americana de **agencies** ou **comissions** (ARAGÃO, 2002, p. 295). Sobre o período neoliberal inglês, veja-se excerto da tese de Denise Gros (GROS, 2003, pp. 91-108).

¹⁶ No mesmo sentido veja-se CARVALHO, R., 2002, p. 415.

¹⁷ Do mesmo modo Cibele Shecaira, para quem é no bojo dessas reformas substantivas que está o nascedouro do modelo das agências administrativas (SHECAIRA, 2002, p. 455).

era, senão a extinção, certamente a redução da regulação estatal (ARAGÃO, 2002b, p. 298)¹⁸.

Segundo Egon Bockman, no ordenamento norte-americano, as agências dividem-se [de maneira geral] em executivas e reguladoras, aquelas se vinculando à pura execução de serviços de ordem social (pensões, previdência etc.), estas disciplinando certas áreas de atuação do Estado, inclusive nesse contexto os direitos e deveres dos particulares (MOREIRA, 2003, p. 1)¹⁹.

Naquele país, para a consecução de seus misteres, as entidades administrativas reguladoras teriam como características primordiais independência frente ao Poder Executivo (com a não submissão a controle hierárquico, mantendo, inclusive, “relações políticas” com este), dirigentes com mandato fixo, supervisão das comissões do Congresso, possibilidade de controle judicial, emanção, de forma autônoma, de normas que regulamentam matéria de sua competência, além de decidirem litígios, exercendo os chamados poderes “*quasi-judicial*” e “*quase-legislative*”²⁰.

A Europa ocidental caracterizou-se, desde os primórdios, pela peculiar intervenção direta nas atividades econômicas com o uso do aparelho estatal. O formato das agências foi adotado no continente europeu apenas por volta da década de 1950, devendo-se lembrar, que, em diversos países, como a França e a Espanha, naquela sendo a totalidade, nesta parcialmente, foram criados órgãos da própria estrutura da administração direta para regular e nortear as atividades dos setores da economia.

¹⁸ Essa nova política, embora não implementada totalmente, marcou o início da redução do poder de intervenção das agências reguladoras frente aos agentes privados, sendo realizada por meio da flexibilização das regras estipuladas para os setores regulados pelas agências (CARVALHO, R., op. cit., p. 417).

¹⁹ A esse respeito, Alexandre de Moraes informa que ao longo do tempo passaram a subsistir no ordenamento norte-americano várias espécies de entidades: as reguladoras (*regulatory agency*); as não reguladoras (*non regulatory agency*); as executivas (*executive agency*); e as independentes (*independent regulatory agency* ou *comissions*) (MORAES, 2002, p. 23). Para uma explicação mais detalhada, consulte-se trabalho de Leila Cuéllar (CUÉLLAR, 2002, pp. 6-9).

²⁰ Ressalte-se, que, no Brasil, não há legislação geral semelhante à americana, não havendo disposição normativa que venha a definir as condições genéricas de existência de uma agência administrativa, seja “reguladora”, seja “executiva”, e, mais ainda, reina a confusão, pois não há sequer qualquer preceito legal que diga o que é uma “agência” (MOREIRA, 2003, p. 2).

Na França, tais entes adotaram a nomenclatura de *autoridades administrativas independentes* (AAI) destacando-se elas, como particularidade distintiva em relação aos demais países, a ausência de personalidade jurídica, embora se liguem à administração pública. Nesse sentido, Alexandre Aragão entende a personalidade jurídica prescindível para a caracterização da autonomia da autoridade²¹. Segundo o autor, a doutrina francesa conceitua as autoridades administrativas de forma bastante particular, ou seja: seriam *autoridades*, por exercerem competências decisórias e não meramente consultivas; *administrativas*, porque a função de regulação que exercem (mais ampla que a de comando) busca estabelecer as “regras do jogo” entre os atores sócio-econômicos; e *independentes*, visto não integrarem a estrutura hierárquica do Executivo central (ARAGÃO, 2002b, p. 301).

À semelhança das diversas **agencies** norte-americanas, as AAI francesas são heterogêneas. Nesse sentido, Denise Auad anota que o Conselho de Estado da França, por meio de seus estudos, teria identificado a existência de aproximadamente 34 entes enquadráveis em tal classificação, ressaltando que cinco seriam as funções principais por elas levadas a cabo: regulação, proteção das liberdades públicas, avaliação pluridisciplinar e de conhecimento técnico especializado, garantia de imparcialidade do Poder Público e mediação²². A autora aponta que a primeira AAI criada teria sido a **La Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés** (CNIL), no ano de 1978, momento em que se iniciou grande desenvolvimento dessa forma original de organização (AUAD, 2002, p. 475)²³.

²¹ O autor esclarece que, embora não possuam personalidade jurídica, motivo pelo qual, em termos de orçamento, são ligadas às estruturas ministeriais, acabam por escapar a todo poder hierárquico de tutela. Exemplo marcante é, segundo René Chapus, o entendimento do Conselho de Estado francês, o qual já decidiu que, mesmo sem possuírem personalidade jurídica, podem as autoridades administrativas independentes, em razão da sua autonomia, “acionar o Poder Judiciário sem terem que se fazerem representar por um Ministro” (ARAGÃO, 2002, p. 314).

²² Para uma classificação algo diversa, com base nas funções exercidas, veja-se Alexandre Aragão (ARAGÃO, 2002, p. 303).

²³ No mesmo sentido Luiz Badin (BADIN, 2002, p. 492). Exemplos de AAI seriam: **Autorité de Régulation des Télécommunications** (ART), **Lê Comité National d’Evaluation** (CNE), **La Commission des Opérations de Bourse** (COB), **La Commission de Sécurité des Consommateurs**, **Le Conseil Supérieur de l’Audiovisuel** (CSA), **lê Mediateur de la République** etc. (AUAD, 2002, p. 475, n.r.).

Nada obstante suas características — atuação em nome do Estado, inexistência de personalidade jurídica, não submissão ao poder hierárquico ou à tutela governamental —, as AAls, embora não tenham um estatuto jurídico uniforme²⁴, têm, na verdade, uma *autonomia relativa*, já que estão elas sujeitas a pleno controle jurisdicional, seja pelo Conselho de Estado, seja pela Corte de Apelação de Paris (caso dos atos do Conselho da Concorrência), isto porque o sistema de jurisdição francês é dual, isto é, convivem de um lado a justiça administrativa, encabeçada pelo Conselho de Estado, e do outro a justiça judiciária, que tem como seu ápice a Corte de Cassação (BADIN, 2002, p. 493 e n.r.)²⁵.

No que se refere à Espanha, releva consignar que o país sempre teve entidades que, dotadas de personalidade jurídica distinta do Estado, integravam a chamada Administração Instrumental, termo equivalente à nossa Administração Indireta. Todavia, desde 1980, a doutrina e a jurisprudência espanholas vem sendo alvo de desafios em face do surgimento de entes de regulação possuidores de grande autonomia em relação à Administração Central, cujo modelo notadamente tem inspiração norte-americana, a par das influências francesa e germânica (ARAGÃO, 2002b, p. 305).

O objetivo de sua criação pelo Legislativo espanhol seria, segundo Eduardo de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, retirar da esfera de influência política do Executivo, afastando dos conflitos partidários, o desempenho de certas funções de regulação e ordenação da vida (social, econômica e cultural), dotando-as de maior estabilidade (**apud** ARAGÃO, 2002b, p. 305)²⁶.

Criadas como pessoas jurídicas de direito público, a doutrina espanhola deixa bem clara a intelecção do termo independente, isto é, significa, de fato, uma autonomia reforçada em relação às demais entidades da administração

²⁴ Denise Auad nos esclarece que apenas treze das trinta e quatro possuem previsão legal, sendo as demais identificadas em razão de suas semelhanças ou estruturais ou com as características constitutivas de uma Autoridade (idem p. 475, n.r.).

²⁵ Para uma explicação mais completa do sistema de jurisdição em França, consulte-se textos de José de Ribamar Soares (SOARES, 2001) e de Bernard Stirn (STIRN, 2002).

instrumental. Tal independência das autoridades de regulação seria assegurada por meio de garantias de caráter *orgânico* (provendo-se a incolumidade dos seus dirigentes) e de caráter *funcional* (proteção de suas decisões contra juízos políticos do Governo)²⁷. Como exemplo de algumas entidades temos o **Banco de Espanha**, a **Comisión Nacional del Mercado de Valores**, o **Consejo de Seguridad Nuclear**, a **Agencia de Protección de Datos**, a **Comisión del Mercado de las Comunicaciones** e a **Comisión Nacional de Energía**²⁸.

Quanto à Itália, merece destacar que o instituto das autoridades administrativas independentes tomou impulso com a desestatização de uma série de serviços até então prestados pelo Estado diretamente, muito embora se deva consignar que elas desempenhem papel relevante na tutela de direitos individuais²⁹.

Nesse sentido, de se mencionar que, diversamente do que ocorre em nosso País, que desde cedo adotou para as agências reguladoras a forma de autarquias, na Itália o debate que se trava envolve duas grandes correntes: os que as entendem como um quarto poder e aqueles que as vêem integrando as funções administrativas. Para os primeiros, as autoridades independentes exerceriam parte dos poderes normativos ordinariamente exercitáveis pelo Parlamento e, nesse contexto, restringiriam as competências do Governo, motivo pelo qual seria impossível sua inclusão no âmbito de qualquer dos tradicionais poderes estatais (FRANCHINI, **apud** ARAGÃO, 2002b, p. 308). Todavia, de acordo com Alexandre Aragão, a Corte Constitucional Italiana teria afastado essa teoria, e afirmado em um julgado que

“a independência da Autoridade deve ser vista não como uma separação do ordenamento geral, mas, em outros termos, como ‘a expressão de uma profunda transformação das concepções relativas à intervenção do Estado na economia, imposta pela necessidade de determinadas atividades econômicas se desenvolverem sob o controle de autoridades

²⁶ No mesmo sentido Guilherme Ariño Ortiz (**apud** Aragão, 2002, p. 305).

²⁷ Cf. NAVAJAS REBOLLAR, **apud** ARAGÃO, 2002, p. 306.

²⁸ *Idem*, p. 308.

²⁹ Na Itália, as autoridades administrativas independentes têm um escopo de atuação bem maior que as agências reguladoras brasileiras.

imparciais, em posição de equidistância em relação aos interesses públicos e privados em jogo” (ARAGÃO, 2002b, p. 308)

A heterogeneidade das autoridades administrativas italianas é grande, motivo pelo qual restam divergências quanto a enumeração daquelas que integrariam seu rol. Nesse sentido, Alexandre Aragão adota classificação dada por Filippo Romano, que prevê: 1) **Difensore Cívico Regionale, Difensore Cívico Comunale e Difensore Cívico Provinciale**, responsáveis pela proteção dos direitos dos cidadãos perante as administrações regionais, atuando preventiva e informalmente (equivalem aos **ombudsman** escandinavos); 2) **Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato**, criada para proteger o livre mercado e a concorrência (é o **Antitrust**; equivale ao nosso CADE); 3) **Autorità per l’Energia Elettrica ed il Gás**, que integra, junto com a **Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni**, o grupo de autoridades independentes responsáveis pela regulação de serviços públicos (equivalentes às nossas ANP e ANATEL); 4) **Garanti dei dati Personali**, responsável pelo disciplinamento dos bancos de dados pessoais, em especial os informatizados; 5) **Comissione di Garanzia per l’Attuazione della Legge sull’Esercizio Del Diritto di Sciopero**, com a função de atuar na composição e solução dos conflitos coletivos de trabalho, inclusive quando envolvam exercício de greve; 6) **Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici**, tem a atribuição de zelar pelo correto andamento das obras públicas; 7) **Autorità per l’Informatica nella Pubblica Amministrazione**, encarregada de coordenar e planejar as iniciativas e investimentos estatais em informática; 8) **Comissione Nazionale per le Società e la Borsa - CONSOB**, é incumbida de regular o mercado de valores mobiliários; no País temos a CVM; e 9) **Instituto Superiore per la Vigilanza sulle Assicurazioni Private – ISVAP**, ao qual cabe regular o mercado de seguros, velando pela sua eficiência, estabilidade e solvabilidade; equivale, no Brasil, à estrutura composta pela SUSEP e pelo IRB (ROMANO, *apud* ARAGÃO, 2002b, pp. 309-310).

Segundo Pedro Gonçalves, em Portugal as autoridades administrativas independentes foram criadas como uma

“exigência comunitária de separar a função de regulação de outras actividades públicas (exercidas ou influenciadas pelos governos), que

está na origem da entrega daquela função a autoridades administrativas independentes e da consequente ruptura com o sólido ‘princípio da subordinação de toda a Administração Pública estadual ao Governo’” (GONÇALVES, 2002, p. 40).

Nesse contexto, a nova liberalização dos mercados naquele país teria sido associada à idéia de que o mercado deveria funcionar e ser regulado sem interferências ou pressões de natureza política. Tratava-se de uma exigência de neutralizar a regulação setorial, de torná-la imune às pressões políticas do dia-a-dia.

Seguindo os passos dos demais países europeus continentais, a independência do regulador em relação ao Governo seria a garantia dessa neutralidade, sendo que, de outro lado,

“(…) o interesse de neutralização da função de regulação estaria de acordo com a própria natureza da actividade regulatória, apresentada geralmente como actividade de natureza essencialmente *técnica e apolítica*”, razões que explicariam a opção do legislador português de “distanciar o desempenho da função reguladora da esfera de influência governamental, atribuindo-a assim a uma autoridade administrativa independente, isto é, uma autoridade integrada na organização administrativa do Estado mas não subordinada à ingerência governamental (*superintendência* ou *tutela*)” (GONÇALVES, 2002, p. 41).

Assim sendo, o aludido autor argumenta que os Estados europeus, inclusive Portugal, ao optarem por entregar as novas funções de regulação a autoridades independentes³⁰, combinaram a reforma da regulação com a inovação institucional, tendo importado dos EUA um figurino institucional que acabou por alterar profundamente o estilo da organização administrativa europeia, bem como a abalar alguns sólidos pilares do direito administrativo do continente. Sobre a questão, critica o processo de modificação ocorrido no país, afirmando que

“Um tal processo de americanização, desencadeado em extensa medida pela reforma da regulação, não deixa de facto de envolver algumas sérias dificuldades: por um lado, o modelo da administração independente impõe uma ruptura com a tradição dos sistemas

³⁰ Pedro Gonçalves ressalta, todavia, que nem todos os países aderiram a tal modelo de autoridade reguladora independente do Governo; sendo o caso, por exemplo, da autoridade reguladora alemã de telecomunicações, a qual está, nos termos da TKG, sujeita aos poderes supervisão do Ministro Federal da Economia (GONÇALVES, 2002, p. 41, nota de rodapé n.º 70).

administrativos europeus, onde o Governo ocupa uma posição de clara supremacia sobre a Administração Pública (CRP: artigo 182º). Por outro lado, no modelo original, entende alguma doutrina que as agências administrativas, além de independentes, são instituições híbridas, que, em proporções variadas, combinam o exercício das três clássicas funções públicas (legislam, administram e julgam): é por isso que por vezes se diz que as agências independentes de regulação não pertencem a nenhum dos três poderes clássicos, estando antes na génese de um 'quarto poder' ('fourth branch')" (GONÇALVES, 2002, pp. 42-43).

Sobre as autoridades de regulação em Portugal, Pedro Gonçalves trata daquelas relacionadas à área de telecomunicações, aduzindo que

"Em grande parte, as funções de administração e de supervisão (o mesmo é dizer, de regulação administrativa em sentido estrito) do sector das telecomunicações estão confiadas entre nós a uma autoridade administrativa independente" com regulação "específica para o sector. Essa entidade é hoje o ICP – Autoridade Nacional de Comunicações, abreviadamente designado por ICP-ANACOM" (...) e "investida de funções de regulação no sector das telecomunicações está ainda a FCCN [Fundação para a Computação Científica Nacional], uma instituição privada sem fins lucrativos que tem a seu cargo aquilo que pode ser designado por gestão nacional da internet, sendo responsável pelo serviço de registos dos domínios internet para Portugal (registra os nomes de domínio que se situam 'abaixo' do domínio de topo com código de país <.pt>)" (GONÇALVES, 2002, p. 48).

Já na Argentina, o surgimento de entes reguladores com especial perfil institucional iniciou com o processo de desestatização ocorrido a partir de 1989, tendo sua concentração se firmado nos setores então desestatizados³¹, diversamente do ocorrido nos países da Europa, seja porque deixaram de

³¹ Embora tenham sido lançadas no governo Alfonsín as bases da reforma estrutural do Estado Argentino, inclusive, os pressupostos básicos dessa reestruturação, entre eles o fim do Estado empresário, com a privatização das empresas públicas, por diversas questões, entre as quais, a falta de um bloco de sustentação no Congresso — as privatizações tinham de ser aprovadas pelo Congresso — e desgaste do governo com o fracasso na condução da política econômica, a reforma, basicamente, não saiu do papel e só deslanchou a partir do governo Menem. Nesse sentido, com a promulgação da **Ley de Emergencia Económica (Ley nº 23.697)** e da **Ley de Reforma del Estado (Ley nº 23.696)**, o governo Menem passou a implementar na Argentina as políticas econômicas que atendiam ao *Consenso de Washington*, enfatizando a liberalização dos fluxos comerciais; a atração de investimentos externos; a desregulamentação da economia; a redução do papel do Estado, em particular com a privatização das estatais que, inicialmente, serviram para restabelecer o fluxo de caixa do Estado; a renegociação da dívida externa no âmbito do Plano Brady; e a supervisão dessas políticas econômicas pelas instituições multilaterais. Nesse sentido, de se lembrar que, na sua primeira fase, as grandes privatizações na Argentina (ocorridas entre meados de 1990 e meados de 1991) foram utilizadas como mecanismos de política financeira interna e externa, motivadas pela necessidade premente do governo em fazer caixa e estabilizar as contas externas do país. O processo, que ocorreu em ritmo acelerado, teria prescindido de marcos institucionais e regulatórios adequados (ICEM, 2001, p. 5).

abranger a defesa de direitos fundamentais, seja porque ocorreu uma certa homogeneidade institucional entre eles (ARAGÃO, 2002b, p. 311)³².

Embora tenham estrutura jurídica própria das entidades autárquicas brasileiras, os chamados *entes reguladores* argentinos têm personalidade jurídica diferenciada. Além disso, como diferença primordial em relação às nossas agências reguladoras, que detém especial autonomia frente à Administração central, mormente quanto à vedação de exoneração **ad nutum** dos seus dirigentes³³ e sujeição atenuada à supervisão ministerial, os entes reguladores da Argentina não se revestem de garantias funcionais para os seus dirigentes ou de proteções da sua esfera de competências em virtude da supervisão ministerial. Exemplo disso é, segundo Augustín Gordillo, citado por Alexandre Aragão, a existência dos **recursos dealzada** (equivalentes aos nossos recursos hierárquicos impróprios) julgados pelos Ministros de Estado argentinos contra atos praticados pelos entes reguladores (ARAGÃO, idem, pp. 311-312).

De se ressaltar que, na Argentina, reconhece-se a atribuição de múltiplas funções aos entes reguladores, muito embora seja controverso a existência de competências regulamentares, condicionadas, todavia, à existência dos **standards**³⁴ previamente fixados pelo Legislativo, por meio de lei formal regulamentada. Como alguns entes reguladores podem ser citados: **Ente Nacional Regulador de la Eletricidad – ENRE; Ente Nacional Regulador Del Gás – ENERGAS; Comisión Nacional de Comunicaciones – CNC; Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios – ETOSS; Comisión Nacional de Correos y Telégrafos – CNTC; Comisión Nacional de Regulación del Transporte; Ente Nacional Regulador Nuclear; Comisión Nacional de Valores;** etc.

³² Guillermo Andrés Muñoz esclarece que “en la experiencia Argentina como sostiene Muñoz, la creación de los entes reguladores ha sido en algunos casos por ley (ENCARGAS), art. 50, ley n.º 24.076, ENRE (eletricidad), art. 54, ley n.º 24.065, y otros por decreto (como la creación Del Ente Regulador de la Telecomunicaciones (ENRE) (la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, hoy Comisión Nacional de Telecomunicaciones creada por decreto; el art. 1º del dec. N.º 11.85/90). En ciertos casos se los doto de personalidad jurídica (se les atribuye, por ley formal, la condición de entes autárquicos) al ENCARGAS y al mente, y al Ente regulador del Agua (ETOSS) por el art. 15 del dec. N.º 999/92 consignando-se en los tres casos su capacidad para actuar en el campo del derecho público y privado, en otros no. No tienen independencia del Poder Ejecutivo” (apud CAIELLA, 2003, pp. 120-121).

³³ Essa questão será examinada mais à frente.

Em conclusão, nada obstante a origem remota do Direito Administrativo brasileiro ter estado no continente europeu, mais precisamente em França e Itália (DI PIETRO, 2002a, p. 44), com a incorporação de idéias de centralização administrativa e forte hierarquia (MORAES, A., 2002, p. 19), o arcabouço constitucional do País inspirou-se no dos EUA (MENEZES, 2002, p. 105). Assim, no contexto pátrio mais recente, o ordenamento infraconstitucional buscou clara inspiração em sistemas jurídicos alienígenas, e, segundo se mostra, adotou em grande parte o modelo norte-americano das **regulatory agencies**³⁵.

4.2. Entes reguladores brasileiros – origem remota

A origem dos entes dotados de características regulatórias no ordenamento jurídico pátrio remonta a 1918, ano em que foi criado um Comissariado de Alimentação Pública, sendo que, em 1923, surgiu o Instituto de Defesa Permanente do Café. O primeiro objetivava enfrentar dificuldades de abastecimento decorrentes da Primeira Grande Guerra, e o segundo visava regularizar a produção e controlar a exportação do café, que era, à época, de suma importância para a balança de comércio brasileira (VENÂNCIO FILHO, *apud* FERREIRA FILHO, 2001, pp. 253-254).

³⁴ A questão dos **standards** será mais aprofundadamente debatida em tópico específico acerca do poder normativo.

³⁵ Sobre a influência do direito estrangeiro sobre o direito administrativo brasileiro, a Prof.^a Maria Sylvia anota que do direito francês — o que mais nos influenciou — foram importados alguns dos institutos e princípios basilares, como os conceitos de serviço público, a teoria dos atos administrativos, a da responsabilidade civil do Estado (em especial a teoria da responsabilidade objetiva, inserta já na Constituição de 1946), a submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade; a teoria dos contratos administrativos; a forma de delegação da execução do serviço público ao particular (pelo instituto da concessão de serviço público); e a própria idéia de que a Administração Pública se submete a um regime jurídico de direito público derogatório e exorbitante do direito comum. Já do direito italiano se percebe a influência nítida em alguns temas específicos, como a noção de mérito do ato administrativo, de autarquia, de entidade paraestatal (dois vocábulos criados no direito italiano), e na noção de interesse público, entre tantas outras. Do direito alemão, de caráter mais doutrinário, aprofundou-se o tema dos conceitos jurídicos indeterminados, relacionado com a matéria de discricionariedade administrativa, aspecto que também teve a contribuição da doutrina portuguesa e espanhola. Junto com a doutrina italiana, o direito alemão teria muito contribuído para a adoção de um método técnico-científico. Do direito norte-americano, baseado no **common law**, copiou-se praticamente o sistema de jurisdição una, aperfeiçoando-se o controle jurisdicional sobre a Administração Pública; além disso, sob sua inspiração inovaram-se alguns instrumentos de proteção, como o mandado de segurança e o mandado de injunção, merecendo, ainda, ser lembrado o princípio do devido processo legal, especialmente em sua feição substantiva, em que praticamente se confunde com o princípio da razoabilidade, hoje bastante aplicado no direito brasileiro, e, mais recentemente, na implantação, com a Reforma do Estado, das agências reguladoras, cuja função (regulatória), igualmente baseada no **common law**, mal adaptada ao princípio da legalidade aqui vigente, também vem sendo conferida às nossas agências (DI PIETRO, 2002c, pp. 18 e 21).

Todavia, foi durante o Governo de Getúlio Vargas (1930-1945) que surgiram, em maior profusão, várias entidades reguladoras no Brasil. Datam do período o Instituto do Açúcar e do Alcool (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Sal (1940), o Instituto Nacional do Pinho (1941), entre outros³⁶. Os traços que caracterizariam tais entes seriam: 1) criação pelo Estado; 2) desempenho de serviço público; 3) caráter técnico ou especializado do serviço; 4) autonomia administrativa ou de direção; 5) autonomia patrimonial; 6) controle estatal; e 7) personalidade jurídica de direito público (VENÂNCIO FILHO, **apud** FERREIRA FILHO, 2001, p. 254).

A partir do novo contexto do **Welfare State** (visto no item 2.3.), a prestação dos serviços públicos **uti singuli** passou a ser feita pelo Estado, mas por meio da proliferação de entidades estatais industriais, no início sob a forma de autarquias, depois ou como empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações econômicas e subsidiárias. Gradativamente a regulação e o controle da prestação desses serviços, que antes eram feitos pelo Estado, passaram aos entes prestadores da administração indireta, visto que reinava a idéia de que não caberia uma duplicidade de controle. Disso decorreu, senão o desaparecimento, ao menos a perda de força por parte dos órgãos estatais centrais de controle, restando que na mesma entidade paraestatal confundiu-se tanto a prestação quanto o controle dos serviços (MOREIRA NETO, 2001, p. 150)³⁷.

Nos setores de telecomunicações, energia elétrica e petróleo as principais empresas eram **holdings** de capital aberto (empresas de economia mista), detendo o Estado a maioria do capital votante, as quais eram monitoradas ou por departamentos vinculados aos ministérios correspondentes —

³⁶ Lembre-se que, conforme exposto no item 2.3., no período imediatamente posterior houve a criação de uma enorme gama de entes estais com personalidade jurídica distinta da do Estado. Assim, consoante a doutrina, os institutos mencionados foram caracterizados como autarquias econômicas, destinadas a regular a produção e o comércio, distintas de outras que tinham outros fins: as autarquias industriais (ex. *Lóide Brasileiro*), as de crédito (ex. Caixa Econômica Federal), as de previdência social (ex.: Ipase, IAPC, Iapi etc.), as corporativas (OAB etc.), ou as educacionais, sendo exemplo as universidades federais (CARNEIRO, **apud** BARROSO, 2002, p. 136).

³⁷ Sobre esta última questão, José Claudio Pires e Andrea Goldstein argumentam que “o regime regulatório pré-privatização, por atribuir às **holdings** federais responsabilidades de planejamento e execução de políticas, claramente turvou a relação entre o regulador e o regulado, permitindo alto grau de arbítrio no exercício do poder de monopólio por parte das empresas estatais. (...) A prática de requisitar funcionários das empresas reguladas estatais também contribuiu para desestimular o desenvolvimento de capacidades independentes e autônomas dentro dos órgãos de regulamentação” (PIRES e GOLDSTEIN, 2001, p. 8).

Departamento Nacional de Telecomunicações (Dentel), Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (Dnaee), e Departamento Nacional de Combustíveis (DNC) —, ou, no caso petrolífero, pelo Conselho Nacional do Petróleo - CNP, ao qual cabia, até 1990, a regulação setorial (PIRES e GOLDSTEIN, 2001, p. 9).

Além disso, há que se apontar a existência, além das citadas, de outras entidades administrativas dotadas de características regulatórias anteriormente à criação, na segunda metade da década de 90, no bojo da Reforma do Aparelho do Estado, das novas agências. Corroborando esta assertiva, anota Paulo Motta que

“muito embora, para alguns, estas entidades autárquicas, entes reguladores, possam parecer um novo instituto jurídico ou uma inovação em nosso ordenamento positivo, necessário frisar que autarquias com as mesmas funções já existem no Brasil, há muito mais tempo do que se possa imaginar ...” (MOTTA, P. *apud* JUSTEN FILHO, 2002, p. 329, n. r. n.º 71).

O Conselho de Contribuintes da União é um dos entes que se encontra em tal situação. Sua origem remonta à criação das Capitâneas Hereditárias, em especial ao ano de 1549, quando chega à Bahia Tomé de Sousa para instalar o Governo Geral, ocasião em que trouxe consigo o primeiro provedor-mor da Fazenda Real no Brasil, Antônio Cardoso de Barros, que, entre outras atribuições, deveria julgar os recursos contra as decisões dos provedores das capitâneas, além de coordenar o lançamento, fiscalização e arrecadação de tributos. Nessa tarefa, o provedor seria auxiliado por dois *letrados*, que receberiam o título de *juizes dos feitos da Fazenda Real*, o que, já no período, demonstrava o caráter colegiado das decisões do Conselho. Ao longo do tempo, primeiro em 1760, com a substituição das Provedorias da Fazenda Real pelas Juntas de Administração e Arrecadação da Real Fazenda; depois, em 1808, com a vinda da Família Real para o Brasil, e, em seguida, com a Independência, o sistema passou por uma série de transformações, contudo sempre mantendo o caráter colegiado e administrativo das decisões. Na República Velha, em 1927, surge o primeiro ensaio para a criação de um Conselho de Contribuintes Paritário por meio do Dec. nº 5.157, de 12/1/1927, que instituía um corpo misto para julgar questões fiscais, exceto as de imposto de renda, sendo que, somente em 1931, pelo Dec. nº 20.350, de 31/8, passou-se a regulamentar e disciplinar o funcionamento desse conselho

especializado, o qual funcionou regularmente até 1934, quando o Dec. nº 24.036 o extinguiu para dar lugar aos 1º e 2º Conselhos de Contribuintes (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2004).

De estrutura peculiar, tem o encargo de julgar, em grau de recurso, processos administrativos fiscais relacionados a tributos de competência da União, caracterizando-se por ter elevada autonomia, tanto por não estar subordinado ao poder hierárquico de qualquer outra entidade estatal (ainda que, integrando o Executivo, não se configure como ente dotado de autonomia formal), como pela definitividade de suas decisões em relação ao Fisco, ou seja, pela impossibilidade, exceto pela via judicial, da intervenção jurídica formal de outros órgãos estatais (JUSTEN FILHO, 2002, p. 332).

Outra entidade que já detinha funções regulatórias antes da criação das agências é o Banco Central do Brasil (BACEN), autarquia federal criada em 31/12/64, por meio da Lei nº 4.595, que reestruturou o Sistema Financeiro Nacional. O BACEN substituiu a Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC), o Banco do Brasil (BB) e o Tesouro Nacional, aglutinando todas as atividades relacionadas à formulação da política monetária no País. A SUMOC, criada em 1945, tinha a responsabilidade de fixar os percentuais de reservas obrigatórias dos bancos comerciais, as taxas do redesconto e da assistência financeira de liquidez, bem como os juros sobre depósitos bancários. Além disso, supervisionava a atuação dos bancos comerciais, orientava a política cambial e representava o País junto a organismos internacionais. Já o BB desempenhava as funções de banco do governo, mediante o controle das operações de comércio exterior, o recebimento dos depósitos compulsórios e voluntários dos bancos comerciais e a execução de operações de câmbio em nome de empresas públicas e do Tesouro Nacional, de acordo com as normas estabelecidas pela SUMOC e pelo Banco de Crédito Agrícola, Comercial e Industrial. Ao Tesouro Nacional cabia a emissão de papel-moeda no País. O processo de reordenamento financeiro governamental, iniciado em 1985, se estendeu até 1988, quando as funções de autoridade monetária foram transferidas progressivamente do Banco do Brasil

para o Banco Central, enquanto as atividades atípicas exercidas por esse último, como as relacionadas ao fomento e à administração da dívida pública federal, foram transferidas para o Tesouro Nacional. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu dispositivos importantes para a atuação do Banco Central, dentre os quais destacam-se o exercício exclusivo da competência da União para emitir moeda e a exigência de aprovação prévia pelo Senado Federal, em votação secreta, após argüição pública, dos nomes indicados pelo Presidente da República para os cargos de presidente e diretores da instituição. Além disso, vedou ao Banco Central a concessão direta ou indireta de empréstimos ao Tesouro Nacional (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2004).

Consoante o art. 8º de sua lei instituidora, teve o banco Central a garantia de possuir uma autonomia operacional toda especial, gozando de disciplina própria em relação às suas contas, orçamentos e balanços, e também no tocante a celebração e execução de contratos (Decreto-Lei n.º 278/67).

Além disso, tendo patrimônio próprio, inclusive derivado de multas e juros de mora aplicados em face da legislação vigente, e sujeito às normas da Lei n.º 8.666/93 (Lei de Licitações), estabeleceu-se que o Banco seria administrado por órgão colegiado, composto por cinco integrantes, escolhidos pelo Conselho Monetário nacional, após aprovação pelo Senado Federal (art. 52, III, “d”, da atual Constituição), podendo ter seu Presidente substituído pelo diretor que o Conselho Monetário Nacional (CMN) designar, sendo que o término do mandato, a renúncia a ele ou a perda da qualidade de membro do CMN determinam, igualmente, a perda da função de diretor do banco (ROCHA, R., 2003, pp. 245-246).

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), por sua vez, criada pela Lei n.º 6.385/76, encarrega-se de disciplinar o mercado de valores, integrando, ao lado do Conselho Monetário Nacional (CMN) e Banco Central do Brasil (BACEN), o Sistema Financeiro Nacional. Segundo os arts. 5º e 6º, § 1º daquele diploma legal, é uma autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, cuja diretoria e presidente são nomeados pelo Chefe do Executivo, podendo ser demissíveis a qualquer tempo. Conquanto sua capacidade reguladora seja decrescente em

relação ao CMN e ao BACEN, tem a CVM como principais atribuições, segundo o art. 8º, regulamentar as matérias expressamente previstas em sua própria lei instituidora e na Lei de Sociedades Por Ações, e fiscalizar as bolsas de valores e a emissão de valores mobiliários negociados nessas instituições, como ações, debêntures, partes beneficiárias, os cupões desses títulos, os bônus de subscrição e os certificados de depósito de valores mobiliários. Ou seja, fixa diretrizes, estatui e baixa normas, disciplina e coordena, regula etc., apenas num **minus** em relação à atividade de prescrição de normas regulamentares das outras duas entidades (MOREIRA, 2001, p. 8)³⁸.

Também o Conselho Administrativo de Defesa Econômico (CADE), muito anteriormente ao movimento da Reforma do Aparelho do Estado, já apresentava caracteres de autonomia e regulação. Nascido em 1962, com a edição da Lei nº 4.137, o CADE foi transformado pela Lei nº 8.884, de 1994, em autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal.

Nesse sentido é o ente autárquico entendido como entidade autônoma, auxiliar e descentralizada da administração pública, sujeita à fiscalização e tutela do Estado, com patrimônio constituído de recursos próprios e cujo fim é executar serviços de caráter estatal ou interessantes à coletividade, como, entre outros, caixas econômicas e institutos de previdência (BORGES et alli, 2002, p. 226).

O CADE, composto por seis conselheiros e um Presidente, que exercem mandato, sendo nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, tem a função de apurar o exercício abusivo e irregular de poderes no mercado, envolvendo especialmente a atuação das empresas privadas, ou seja, exercer uma regulação antitruste, tendo, ao sabor do art. 7º de sua lei 8.884/94, seu Plenário as atribuições de averiguar a existência de infração à ordem econômica e, em caso positivo, aplicar as devidas penas, podendo também determinar medidas para cessação de prática ofensiva; julgar os

³⁸ Paulo Farias e Sheila Ribeiro argumentam que, no Brasil, mesmo que a criação do Banco Central e da Comissão de Valores Mobiliários tenham representado movimentos no sentido da institucionalização de um novo marco regulatório para o setor financeiro, o processo de modernização da economia só teria encontrado efetivo apoio político a partir da década de 90 (FARIAS e RIBEIRO, 2002, p. 77).

processos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) e decidir os recursos de ofício de seu Secretário; firmar os termos do compromisso de desempenho e de cessação de prática nociva, determinando que a SDE acompanhe o cumprimento de ambos; comunicar aos interessados todas as suas decisões, de modo a possibilitar o contraditório; fazer o pedido de informações, em sigilo, se for o caso, e determinar diligências no sentido de bem desempenhar suas funções; contratar a realização de vistorias por profissionais, sendo que o pagamento das despesas deve ficar a cargo da sociedade que vier a ser punida no processo; analisar atos ou condutas a ele submetidos (*idem*, pp. 226-227).

Sua autonomia se verifica, em particular, consoante o art. 50 da Lei 8.884/94, pela impossibilidade de revisão de suas decisões pelo Poder Executivo. Todavia, essa autonomia, sob a égide do Dec. 99.244/90, era reduzida, quando o CADE exercia o papel de órgão intermediário da então existente Secretaria Nacional de Desenvolvimento Econômico.

Como mais um exemplo de autarquia que já detinha poderes especiais, citamos a Comissão de Energia Nuclear – CNEN, criada pelo artigo 3º da Lei 4.118, de 27.08.62, como integrante do monopólio estatal em matéria nuclear, consoante o art. 1º da Lei n.º 6.189, de 16.12.74, e possuindo regalias operacionais que transcendem as autarquias comuns.

4.3. As agências brasileiras *modernas*

Com a Crise do Estado, e o conseqüente direcionamento para a Reforma empreendida nos anos 90, o País teve um movimento no sentido do despojamento da intervenção estatal direta na economia e na prestação dos serviços públicos. No bojo desse novo acordo regulatório é que foram criados diversos órgãos com características de independência técnica decisória em relação ao governo, as agências reguladoras.

Por relevante, importa lembrar que a Constituição brasileira passou a utilizar o vocábulo *órgão regulador*, diverso do próprio aparelho estatal (citado no art. 174 como o “agente normativo e regulador da atividade econômica”, motivo pelo qual “exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento”), com o início da Reforma do Aparelho do Estado, que se deu inicialmente com a promulgação das Emendas à Constituição de números 8 e 9, aquela datada de 15/8/95, esta de 9/11/95. No art. 21, que dispõe sobre as competências da União, seu inciso XI estabelece que ao ente federado compete “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão e permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”; e no art. 177, que, ao definir constituírem monopólio da União as diversas atividades ligadas à exploração do petróleo e gás natural, inclusos de seus derivados, prevê no § 1º a edição de lei que estabeleça condições para a contratação com empresas estatais ou privadas para a execução das citadas atividades, e, no inciso III do § 2º, que a lei em questão disporá sobre “a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União” (grifei).

No plano federal, as primeiras agências reguladoras criadas no desenrolar dessa novel política estatal foram a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL – lei federal n.º 9.427/96), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL – lei federal n.º 9.472/97) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP – lei federal n.º 9.478/97), representando um projeto de intervenção estatal no domínio econômico distinto daquele que predominou até então. Tais agências, criadas como autarquias, além de terem características marcantes, concentraram competências regulatórias essenciais nos setores para os quais haviam sido criadas.

Em que pese outras agências — reguladoras de atividades não necessariamente caracterizadas como serviços públicos — terem sido posteriormente introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro, motivo pelo qual, sem pretendermos uma enumeração exaustiva, citamos a Agência Nacional de

Vigilância Sanitária (ANVISA, lei federal n.º 9.782/99, voltada ao controle de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária), a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN, lei federal n.º 9.883/99, voltada para a produção e regulamentação das atividades de informação), a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS, lei federal n.º 9.961/2000, destinada a regular, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades que garantam a assistência suplementar à saúde), a Agência Nacional de Águas (ANA, lei federal n.º 9.984/2000, destinada a implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos e coordenar o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquáticos (ANTAQ), ambas as últimas criadas pela lei federal n.º 10.233/2001, consideramos as três primeiras como *modernas* em face, primeiro, da expressa previsão constitucional (caso da ANATEL e da ANP), pela dramática transformação que se operou nos setores de energia, telecomunicações e de produtos derivados de petróleo, e, em especial, porque nenhuma outra atingiu grau de maturidade próximo ao por elas alcançado.

Já nos planos estadual e municipal, podemos citar a gênese dos seguintes entes reguladores, quase todos voltados para a regulação plurissetorial : Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (ARCE, lei estadual nº 12.786/1997); Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro (ASEP-RJ, lei estadual nº 2.686/ 1997); Agência Estadual de Regulação e Controle de Serviços Públicos (ARCON, lei estadual nº 6.099/1997); Agência Estadual de Regulação do Serviço Público Delegado do Rio Grande do Sul (AGERGS, lei estadual nº 10.931/1997); Comissão de Serviços Públicos de Energia (CSPE, lei complementar estadual nº 833/1997); Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia (AGERBA, lei estadual nº 7.314/1998); Agência Reguladora de Serviços Concedidos do Estado de Sergipe (ASES, lei estadual nº 3.973/1998); Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Minas Gerais (ARSEMG, lei estadual nº 12.999/1998); Agência Reguladora de Serviços Públicos do Rio Grande do Norte (ARSEP, lei estadual nº 7.758/1999);

Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Mato Grosso (AGER/MT, lei complementar estadual n.º 66/1999); Agência Municipal de Regulação dos Serviços de Saneamento de Cachoeiro de Itapemirim (AGERSA, lei municipal n.º 4798/1999); Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos (AGR, lei estadual n.º 13.569/1999); Agência Catarinense de Regulação e Controle (ARCO, lei estadual n.º 11.355/2000); Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado Pernambuco (ARPE, lei estadual n.º 11.742/2000); Agência Reguladora de Serviços Públicos do Distrito Federal (AGDF, decreto distrital n.º 21.170/2000); Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Campo Grande (AGCG, lei municipal n.º 3.837/2000); e Agência Estadual de Serviços Públicos do Estado do Espírito Santo (AGESP, lei estadual n.º 5721/2001)³⁹.

Veremos, a seguir, as características dos entes dessa natureza, assim como as funções que exercem.

4.4. Características das agências reguladoras no País

4.4.1. Ente autárquico

Como mencionado de passagem, as agências reguladoras pertencem à administração indireta, sob o rótulo de autarquia especial.

O conceito de autarquia foi se desenvolvendo em nosso país a partir de 1920 e, acentuadamente, de 1930 para frente, com a necessidade de se promover a descentralização do poder público.

Todavia, foi pela (infeliz, diga-se de passagem) definição do art. 5º, I, do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que o legislador fixou a conceituação de autarquia, senão veja-se:

³⁹ Cf. Edson Nunes (NUNES, 2001, pp. 43-44).

“Art. 5º - Para os fins desta lei, considera-se: I – autarquia – o serviço autônomo, criado em lei como personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da administração pública, que requeiram para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada” (BRASIL, 1967).

Observa-se, assim, que o DL 200/67 não cuidou de qualificar o regime da autarquia especial, para que os doutrinadores pudessem diferenciá-la das autarquias comuns.

Para traçar os componentes legais dos dois regimes das autarquias, há que se fixar a noção de autarquia como um todo.

Etimologicamente, o vocábulo autarquia, de origem helênica, significa “comando próprio, direção própria, autogoverno” (GASPARINI, 2004, p. 300).

Cretella Júnior, adotando o posicionamento da doutrina italiana do início do século do renomado Zanobini, traça uma correlação entre autarquia com autonomia:

“Autarquia, ao contrário, é a faculdade reconhecida ao ente de administrar-se por si mesmo, isto é, de agir para a consecução dos próprios fins, mediante o desdobramento, onde ocorra, de uma atividade administrativa, que tem a mesma natureza e os mesmos efeitos da administração pública do Estado. Autonomia e autarquia identificam-se, assim, como formas de legislação e de administração, que são próprios de um ente público e, ao mesmo tempo, próprios, no campo de sua eficiência jurídica, ao Estado” (ZANOBINI *apud* CRETELLA JÚNIOR, p. 15).

A seguir, o professor menciona a lição de Santi Romano, que nos diz: “... *autarquia é uma forma específica da capacidade de direito público ou, mais concretamente, a capacidade de governar por si os próprios interesses, embora estes se refiram ao Estado*” (op. cit., p. 19).

Embora o termo autarquia tenha sido pela primeira vez empregado no ano de 1897, na Itália, pelo antes citado Santi Romano, ao tratar do tema da descentralização administrativa naquele país (DI PIETRO, 2002a, p. 354), a História brasileira aponta que tais entes já existiam antes de a doutrina e a legislação pátrias terem elaborado o seu conceito. Para alguns, a Caixa

Econômica Federal, criada em 1861, teria sido a primeira autarquia nacional (ROCHA, R., 2003, p. 242).

Segundo Regina Rocha, tais pessoas jurídicas, que antes não apareciam no pretérito Código Civil de 1916 como de direito público, inovam no cenário nacional como pessoas jurídicas de direito público interno com a criação do Instituto de Aposentadorias e Pensões (IAP), no ano de 1923. Posteriormente, apenas em 1943, com a edição do Decreto-Lei n.º 6.016, surge o seu primeiro conceito legal, ou seja, “serviço estatal descentralizado, com personalidade jurídica de direito público, implícita ou explicitamente criado por lei”. A seguir, como já exposto, o DL n.º 200/67 dá a definição legal até hoje mantida, nada se falando, todavia, da natureza pública das autarquias, ressaltando-se que a Constituição de 1967 as inseriu, no art. 163, entre os entes sujeitos às normas de direito privado, situação que se extinguiu com a promulgação da Emenda à Constituição n.º 1/69. Posteriormente, a Constituição de 1988, no art. 173, as incluiu dentre os entes sujeitos ao regime privado e exploradoras de atividades econômicas, tendo, no entanto, a Emenda à Constituição n.º 19/98 as excluído desse regime. Finalmente, o novel Código Civil, no art. 41, as coloca entre as pessoas jurídicas de direito público (op. cit., 2003, pp. 242-243).

Como principais características das autarquias, temos:

I) só podem ser criadas por lei específica, consoante estabelece o art. 37, XIX, da Constituição (tal disposição já existia no DL n.º 6.016/43, repetida no DL n.º 200/67;CF); por consequência, só podem ser extintas por lei;

II) têm personalidade jurídica pública, distinta da entidade que as criou, possuindo, assim, direitos (inclusive patrimônio) e obrigações próprios e submetendo-se ao regime jurídico de direito público quanto à criação, extinção, prerrogativas e controle. Nesse sentido, as autarquias são responsáveis pelos próprios atos, sendo a responsabilidade do Estado apenas subsidiária. Veja-se que os precatórios judiciais devem compor o orçamento de autarquia e a fonte de recursos pode ser o Estado, conforme prevê o art. 100 da Constituição;

III) embora detenham a capacidade de auto-administração no que se refere às matérias específicas que lhes forem destinadas por lei, as autarquias não têm autonomia, isto é, não têm o poder de criar o próprio direito, reservado às pessoas jurídicas públicas políticas (União, Estados, DF e Municípios);

IV) possuem especialização quanto aos fins ou atividades, ou seja, para que prestem serviços determinados; disso decorreu o princípio da especialização, que impede tais entidades de exercerem atividades distintas daquelas para as quais foram instituídas. Tal peculiaridade as distingue dos entes por descentralização territorial, que possuem capacidade genérica para a prestação de serviços públicos e variados em determinadas áreas geográficas (DI PIETRO, 2002a, pp. 366-368);

V) submetem-se a controle administrativo ou tutela, conforme previsto no art. 19 c/c o art. 26 do DL 200/67; é o poder do Estado de influir sobre elas para conformá-las ao cumprimento dos objetivos públicos em vista dos quais foram criadas, harmonizando-as com a atuação administrativa global do Estado. Pelo art. 20, parágrafo único do DL 200/67, "a supervisão ministerial exercer-se-á através de orientação, coordenação e controle das atividades dos órgãos subordinados ou vinculados ao Ministério, nos termos desta lei". Os Ministérios podem exercer a supervisão utilizando-se: da designação dos dirigentes das entidades; do recebimento de relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações; da aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da autarquia; da aprovação de contas, relatórios e balanços; da fixação das despesas de pessoal e de administração; da fixação de critérios para os gastos de publicidade; da realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade; e da intervenção por motivo de interesse público.

VI) as autarquias possuem o mesmo privilégio concedido à Administração direta no que se refere à prescrição de ações contra tais entes. O Decreto n.º 20.910/32 estabelece que toda e qualquer ação contra a fazenda Pública prescreve em 5 anos do evento danoso, tendo o Decreto-Lei n.º 4.597/42 estendido essa regra às autarquias. Sendo os bens das autarquias de natureza

pública, resta a não possibilidade de execução sobre elas, posto a impenhorabilidade prevista no art. 100, da Carta Magna (de se lembrar que, em regra, os bens públicos não são alienáveis, só perdendo essa condição na forma que a lei prescrever, conforme os arts. 100 e 101 do Novo Código Civil). Ademais, nos termos do art. 200, do Decreto-Lei nº 9.760/46; do art. 183, § 3º, e do art. 191, parágrafo único, estes últimos da Constituição, referidos bens são insuscetíveis de usucapião, não podendo, ainda, serem objeto de direitos reais de garantia, porque não executáveis;

VII) às autarquias estende-se a imunidade recíproca entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios para instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, prevista no art. 150, VI, a, do Texto Constitucional, a teor do art.150, § 2º, do mesmo diploma;

VIII) nas suas relações internas, as autarquias, no que respeita aos procedimentos financeiros, obedecem às regras de direito financeiro constantes da Lei n.º 4.320/64, conforme previsão inserta no art. 165, § 9º, da Constituição, já que engloba administração indireta no estabelecimento de normas de gestão financeira e patrimonial e, quanto ao seu regime de pessoal, aplica-se-lhes o mesmo dos servidores da Administração Direta, ou seja, a Lei nº 8.112/90 (Regime Único de Pessoal), conforme previsto no art. 39 da Carta Magna. Nesse sentido, recorde-se que a Emenda à Constituição nº 19/98 acabou com a obrigatoriedade de regime jurídico único, podendo, a partir de então, serem criados outros.

4.4.2. Regime jurídico especial

A autarquia possui, na teoria, uma autonomia maior que aquela verificada na prática, eis que emperrada por uma burocracia pouco eficiente. É fato que, apesar de possuírem representação jurídica e orçamentária próprias, as autarquias sempre estiveram bastante vinculadas ao poder central do Estado, o

que, na prática, acabava por engessar a modernização dos seus passos, sempre atrelados a uma ordem superior do Poder Executivo.

Por esta razão, umas por expressa previsão constitucional, outras, existindo tão só por previsão legal, têm obtido em suas leis criadoras a faculdade de um grau mais intenso (especial) de autonomia gerencial⁴⁰.

Esse regime especial das agências tem sido apontado pela atribuição, de cada lei instituidora, de prerrogativas próprias, caracterizadas por privilégios em relação ao Poder Público.

A respeito do tema, o saudoso prof. Hely Lopes Meirelles já afirmava que

“diante dessa imprecisão conceitual é de se dizer que autarquia de regime especial é toda aquela que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar a sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública” (MEIRELLES, 1998, 305).

Essa é também a posição de Leila Cuéllar, para quem

“as principais diferenças entre a agência reguladora enquanto autarquia sob regime especial e a autarquia clássica (não-especial) estão representadas nos privilégios maiores conferidos àquela, de molde a ampliar a sua autonomia” (CUÉLLAR, 2001, p. 93).

No item 4.2. citamos exemplos de entes autárquicos que preteritamente já detinham poderes especiais (Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Monetários etc.).

Embora ali não mencionadas, as universidades também eram, já no passado, referenciadas como autarquias especiais ou sob regime especial, querendo tal designação representar que tais entes desfrutavam, em relação aos poderes controladores exercidos pelos órgãos da Administração direta, uma maior teor de autonomia administrativa, isso em decorrência seja da legislação de ensino, que privilegiava a liberdade de pensamento e de orientação pedagógica,

⁴⁰ A propósito, Marco Tura afirma que as autarquias de regime especial, podem, todavia, possuir essa condição por força das leis ou da Constituição, diferindo as de regime especial de natureza legal das de regime especial de natureza constitucional. Nesse sentido, alude que a autonomia conferida a autarquias de regime especial de natureza constitucional seria incomparavelmente mais ampla do que a autonomia conferida a autarquias de regime especial de natureza legal (TURA, 2004, p. 6).

seja pela circunstância de seus dirigentes máximos serem dotados de mandato fixo e escolhidos por um processo que prestigia a comunidade universitária (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 156).

Nessa linha de pensamento, o prof. Bandeira de Mello tece severas críticas à atribuição da tal denominação *regime especial*, aduzindo que

“em rigor, autarquias com funções reguladoras não se constituem em novidade alguma. O termo com que ora foram batizadas é que é novo no Brasil. Apareceu ao ensejo da tal ‘Reforma Administrativa’, provavelmente para dar sabor de novidade ao que é muito antigo (...)” (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 159).

Nesse contexto, o autor afirma que

“não havendo lei alguma que defina para genericamente o que se deva entender por tal regime, cumpre investigar, em cada caso, o que se pretende com isso. A idéia subjacente continua a ser a de que desfrutariam de uma liberdade maior do que as demais autarquias. Ou seja: esta especialidade do regime só pode ser detectada verificando-se o que há de peculiar no regime das ‘agências reguladoras’ em confronto com a generalidade das autarquias” (BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 156).

De qualquer modo, parece-nos, que, de fato, as agências criadas na segunda metade dos anos 90 passaram a deter um regime jurídico especial em relação à maioria das autarquias então existentes, decorrente ele de cada lei criadora específica.

Nesse sentido, a natureza jurídica das agências como sendo autarquia em regime especial representaria, segundo Jair José Perin, o reconhecimento de que tais entes exercem funções típicas de Estado, e, portanto, precisam de todas as prerrogativas inerentes ao regime jurídico da Administração Pública Direta (PERIN, 2003, p. 153)⁴¹.

⁴¹ Segundo Floriano Marques Neto, esse aspecto do exercício de funções típicas de Estado restou bem delimitado em face de decisão liminar proferida pelo Ministro Marco Aurélio Mello nos autos da ADIn n.º 2.310-1-DF, ajuizada pelos então partidos de oposição contra o regime de contratação estatuído pela Lei Federal nº 9.986/2000. Naquela ocasião, acolhendo a argumentação contida na inicial da ação quanto a decisão concessiva da liminar, objetivando afastar o regime celetista para aqueles que exercerão função de agentes de regulação nas Agências, os ministros do STF adotaram como fundamento central o fato de que as funções a serem exercidas por aqueles agentes revestem-se de características e relevância que as caracterizam como funções de Estado, incompatíveis com a instabilidade e fragilidade do vínculo trabalhista. O relator anotou que “Inegavelmente, as agências reguladoras atuam com poder de polícia, fiscalizando, cada qual em sua área, atividades reveladoras de serviço público, a serem desenvolvidas pela iniciativa privada. (...) Está-se diante de atividade na qual o poder de fiscalização, o poder de polícia, fazem-se com envergadura ímpar, exigindo, por isso

De acordo com Luís Roberto Barroso, o ponto fulcral desse regime especial parece ser a sua *independência* em relação ao Poder Público, pois, para desempenharem suas atribuições, precisariam as agências ver preservado seu espaço de discricionariedade, imune a injunções de qualquer natureza; nesse sentido, devem ser dotadas de autonomia político-administrativa e econômico financeira (BARROSO, 2002b, p. 121).

Nesse sentido, Leila Cuéllar reforça que a opção adotada pelo legislador, no sentido de outorgar às agências reguladoras uma natureza jurídica apta a atender aos escopos almejados com sua criação, levou a que elas tivessem elevado grau de independência, com sua desvinculação da Administração Direta, maior estabilidade de seus dirigentes, autonomia técnica e financeira, além da especialização funcional (CUÉLLAR, 2001, p. 87)⁴².

A autora, à semelhança de Bandeira de Mello e de Hely Lopes Meirelles, alude que as normas que instituíram as agências restringiram-se a defini-las como autarquias especiais, sem, todavia, explicarem em que consistiria tal especialidade. Nesse sentido, compulsando cada diploma legal de per si, Leila Cuéllar encontra pontos esclarecedores de tais caracteres ditos especiais (CUÉLLAR, op. cit., p. 92).

Como exemplo, Cuéllar cita a Anatel, acerca da qual o Decreto n.º 2.338, de 7/10/97, que regulamentou sua lei criadora (Lei n.º 9.472/97), dispõe, no § 1º do art. 1º de seu Anexo I, que

“A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, autonomia financeira, ausência de subordinação hierárquica, bem como mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes” (CUÉLLAR, op. cit., p. 92).

Continuando, a autora afirma ser de modo semelhante a disciplina do § 1º do art. 1º da Lei n.º 9.961/2000, o qual afirma a natureza de autarquia especial da ANS, estabelecendo que ela “é caracterizada por autonomia administrativa,

mesmo, que aquele que a desempenhe sinta-se seguro, atue sem receios outros, e isso pressupõe a ocupação de cargo público... [próprio] àqueles que desenvolvam atividades exclusivas de Estado (...)” (MARQUES NETO, 2003, pp. 23-24).

⁴² No mesmo sentido anota Maria Sylvia Zanella di Pietro (DI PIETRO, 2002b, p. 141)

financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes" (idem, p. 93).

Vê-se, assim, confirmada a idéia de que a especialidade de cada agência resta traçada na sua legislação criadora, decorrendo das previsões legais *especiais* que a enfeixam, individualmente⁴³.

Nesse sentido, o prof. Hely Lopes Meirelles mais uma vez anota: "O que posiciona a autarquia como regime especial são as regalias que a lei criadora confere, para o pleno desempenho de suas finalidades específicas" (MEIRELLES, 1998, p. 305).

Esse regime especial, de maior autonomia, intrínseco de cada lei regedora das agências, faz nascer, também, outra característica que se mostra mais aprofundada em relação às autarquias: a autoridade sobre os administrados diretos. Vejamo-la.

4.4.3. Plena autoridade

As agências, sendo órgãos públicos — e, como já apontado por Jair José Perin e Floriano Marques Neto, exercentes de funções de Estado, até porque criados para o promoverem a regulação estatal —, são dotados de autoridade, capacitados ao exercício coativo de suas atribuições, característico do Poder de Polícia a cargo das autarquias, em particular estas em regime especial.

Note-se que, todavia, o exercício desse poder extroverso é levado a cabo de modo um tanto diverso daquele inerente à tradição administrativa brasileira. Isso porque o fazem com características de transparência, participação e processualidade, além de serem dirigidas por órgãos colegiados. A explicação

⁴³ Jair José Perin anota que a Anatel, a Aneel, a Anvisa e a ANP estão regidas por rígidos sistemas de Direito Público, estando presentes nas suas leis instituidoras e nos decretos disciplinadores de suas atividades a marca da função de independência, restando que tal modelo afastou-se do anterior aplicado às autarquias, ou seja, que embora estas não tivessem subordinação vertical, acabam tendo uma subordinação horizontal com os ministérios aos quais estão ligadas (PERIN, 2003, p. 153).

desse último ponto talvez esteja na necessidade de se tentar evitar que a ampla gama de poderes conferidos ao regulador recaiam sobre um só agente público (MARQUES NETO, 2003, p. 25)⁴⁴.

4.4.4. Amplitude das funções

Para o cumprimento das finalidades para as quais foram criadas, as agências de regulação detém várias características, dentre as quais situa-se a amplitude de suas funções.

O prof. Floriano Marques Neto aponta as seguintes funções (ou poderes) a cargo das agências reguladoras: I) *outorga*, isto é, emitir, em sintonia com as políticas públicas aplicáveis a cada setor, atos concretos de licenças, autorizações, injunções, com vistas a franquear ou interditar o exercício de uma atividade regulada a um particular⁴⁵; II) *fiscalização* do setor específico, tanto pelo monitoramento das atividades reguladas, a fim de se manter informada sobre as condições econômicas, técnicas e de mercado do setor, quanto na aferição das condutas dos regulados de modo a impedir o descumprimento de regras ou objetivos regulatórios (fixados pelo Governo); III) *sancionamento*, seja, aplicação de advertências, multas ou mesmo cassações de licenças, seja na de obrigar o

⁴⁴ Sobre o regime colegiado, ver explanação feita por Justen Filho (JUSTEN FILHO, 2002, pp. 425-426)

⁴⁵ O autor esclarece que "o poder de outorga detido pelas Agências não se confunde com a prerrogativa de decidir, planejar e organizar as outorgas de direitos de exploração de um bem ou atividade objeto da regulação. É dizer, a competência das Agências para praticar os atos de outorga (procedimentos de expedição das licenças, autorizações, concessões, etc.) não se confunde com a decisão, típica de políticas públicas, sobre como, quando e em que condições serão expedidas estas outorgas. Essa questão veio bem equacionada na Lei 9.472/97 (LGT) que reservou ao Poder Executivo (artigo 18, II) a prerrogativa de organizar as outorgas dos serviços prestados em regime público (editando o Plano Geral de Outorgas), mas conferiu à ANATEL a competência (artigo 19, V) para editar os atos de outorga. A necessidade de se reservar o poder de outorga (vinculado, preferencialmente, por balizas de políticas públicas) decorre do fato de que as condições com que se leva a cabo o processo de outorga condicionarão a futura regulação sobre o bem ou atividade outorgada. As termos e condições presentes no ato de outorga integrarão os marcos regulatórios a serem observados. Doutro bordo, interesses estatais presentes no momento da outorga poderão interferir na regulação. É o caso, por exemplo, da predominância de interesses de arrecadação de ônus pela outorga (quando onerosa), que predicarão condições econômicas de significativo impacto na regulação tarifária ou na equação econômica de um contrato de concessão". Além disso, Marques Neto alude que, quando surge, no bojo da discussão sobre a concessão de serviços públicos, a questão de saber da conveniência do poder concedente ser representado pela Agência, a dissociação entre poder concedente e Agência seria mais conveniente pois, no seu entender, na regulação da concessão, poder concedente, usuário e concessionário estarão, todos, sujeitos à atividade do regulador. Nesse sentido conclui ser conveniente que, nos contratos de concessão, a Administração Central participe como poder concedente, o que reforçaria a neutralidade do regulador, muito embora possa a Agência promover os atos e procedimentos de outorga e, do outro lado, integrar o contrato de concessão como agente estatal encarregado de tutelar os interesses envolvidos (MARQUES NETO, 2003, pp. 26-27).

particular a reparar um consumidor ou corrigir os efeitos de uma conduta lesiva a algum valor ou interesse tutelado pelo regulador; IV) *conciliação*, isto é, a capacidade de, dentro do setor, conciliar ou mediar interesses de operadores regulados, consumidores isolados ou em grupos de interesses homogêneos, ou ainda interesses de agentes econômicos que se relacionam com o setor regulado, no âmbito da cadeia econômica; e V) *recomendação*, consistente na prerrogativa — muitas vezes prevista na lei que cria a Agência — do regulador subsidiar, orientar ou informar o poder político, recomendando medidas ou decisões a serem editadas no âmbito das políticas públicas.

Sobre o assunto, tratando no Direito nacional sobre a diversidade de funções atribuídas às agências reguladoras, seja atuando na regulação dos serviços públicos, seja agindo em relação às atividades econômicas em sentido estrito por elas fiscalizadas, a prof.^a Leila Cuéllar, examinando os arts. 29 e 30 da Lei n.º 8.987, de 13/2/1995 (que disciplina as concessões de serviços públicos em geral), infere como algumas das atribuições das atividades reguladoras:

“regulação da atividade sob sua tutela (normatização, aplicação das normas legais, regulamentares e contratuais), realização de licitação para escolha do concessionário, permissionário ou autorizatário e celebração de contrato de concessão ou permissão ou prática de ato unilateral de outorga da autorização (nas hipóteses que envolvam serviços públicos); fiscalização de contratos e da execução do serviço, mediante a adoção de medidas para o controle de tarifas, manutenção de serviços adequados, universalização do serviço, fomento ao aumento de competitividade; fiscalização da atividade econômica em questão e adoção de medidas para controle da qualidade dos serviços e ou bens ofertados e monitorização de preços exigidos; arbitragem de conflitos (entre o poder concedente, concessionários e usuários do serviço público, por exemplo); aplicação de sanções; exercício de papel de ouvidor das reclamações e denúncias dos usuários; proteção dos direitos dos usuários ou consumidores” (CUÉLLAR, 2001, pp. 80-81).

Esse amplo leque de funções exercidas pelas agências de regulação tem sofrido críticas por boa parte da doutrina, que não vem aceitando bem um órgão administrativo reunir funções administrativas com outras *quase legislativas* e *quase judiciais*. No entanto, o prof.^o Floriano Marques Neto argumenta que tal concentração já era defendida, aludindo nesse sentido que

“Entre nós, já no início da década de 40, Bilac PINTO (Cf. ‘Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública’, Rio de Janeiro, Forense, 2ª edição, 2002, atualizada por Alexandre Santos de Aragão, p. 119) já propugnava pela concentração de funções típicas dos três poderes nos órgãos de regulação (que ele designada de comissões de fiscalização e controle para os serviços de utilidade pública). Com extrema lucidez, aludia ele ao fato de que as tais comissões deveriam ser autarquias com poderes ‘semi-jurisdicionais, administrativos e normativos’ e constituídas por peritos e juristas com elevado ‘sentido público’” (MARQUES NETO, 2003, p. 26, nota de rodapé n.º 49).

4.4.5. Capacitação técnica

Outra característica das agências de regulação é a sua capacitação técnica.

O prof.º Alexandre Aragão nos esclarece que com os fenômenos industriais e pós-industriais do século 20, a vida social teria deixado de se fundar em valores preponderantemente políticos em sentido estrito, para também se inspirar fortemente em fatores técnicos. Ainda nos casos em que os fatores políticos, em princípio, devam prevalecer, entende o autor que, de regra, eles não podem ser satisfatoriamente realizados sem o necessário arcabouço técnico (ARAGÃO, 2002a, p. 34). Por esse motivo é se advoga como caráter essencial às agências a concentração de conhecimento que nelas deve residir sobre o setor objeto da regulação⁴⁶.

Nesse sentido, Marcos Augusto Perez alude que

“a idéia que presidiu a criação dessas entidades fora dotar o Estado de órgãos que possuíssem agilidade, especialidade e conhecimento técnico suficientes para o direcionamento de determinados setores da atividade econômica, segmentos estes que potencialmente representariam uma fonte de constantes problemas sociais” (apud MARQUES NETO, 2003, p. 27, nota de rodapé n.º 50).

Floriano Marques Neto aduz que a capacitação técnica da agência deve ser perseguida em dois momentos: primeiro no recrutamento de seus agentes

⁴⁶ Lembre-se que, como de passagem mencionado no item 4.1, nas esferas estadual e municipal observa-se uma tendência à criação de agências únicas, para a regulação de várias atividades econômicas. Esta organização, em princípio, contraria o aprimoramento técnico que se deseja obter na regulação setorial, o que gera uma perda de utilidade destes órgãos, na medida em que as atividades assim desempenhadas são similares ao que ocorreria caso fossem confiadas à Administração Central. (CUÉLLAR, 2001, pp. 85-87).

(não só dirigentes, mas também os seus funcionários), para os quais devem ser levados em consideração fatores de capacidade específica, conhecimento técnico e, eventualmente, experiência no setor regulado⁴⁷; e depois na preservação de condições para que o ente regulador se mantenha permanentemente atualizado e informado, dispondo de meios e instrumentos não só para exigir dos regulados informações e conhecimentos por eles detidos, como também para arquivar estudos, consultorias e pesquisas, e para manter seu pessoal permanentemente incentivado e treinado.

4.4.6. Acesso da sociedade

Outra característica das agências é a sua necessária permeabilidade à sociedade. Em face de sua função de defesa do consumidor junto aos entes regulados, as agências não devem ser órgãos públicos tradicionais, sendo o envolvimento do administrado incentivado. De um lado isso pode se dar pelo diálogo permanente, transparente e aberto do regulador com os agentes sujeitos à regulação, independente dos contratos e normas existentes, e de outro pela participação dos demais atores da sociedade (consumidores, grupos de interesse, associações, entidades de classe, agentes econômicos outros que não os operadores regulados), envolvendo então a abertura de canais institucionais com os administrados e a promoção de espaços de interlocução com entidades que buscam representar os cidadãos (MARQUES NETO, 2003, pp. 27-28).

Essa acessibilidade pode se traduzir em vários mecanismos, sendo exemplo: a) mecanismos de participação nas atividades dos órgãos, sendo exemplo Consultas Públicas, Audiências, Sessões de Deliberação abertas, forte incentivo ao contraditório nas decisões; b) institucionalização de organismos de

⁴⁷ Embora o autor não veja grandes problemas no recrutamento de técnicos que trabalhem ou tenham trabalhado em empresas submetidas à regulação, ressaltando a necessidade de que eles tenham cortado todos os vínculos com o antigo empregador, inclusive os planos de previdência privada ou aposentadoria complementar (MARQUES NETO, 2003, p. 27, nota de rodapé n.º 51), parece-nos que os riscos de contaminação de interesses, de captura das agências por parte de determinados grupos sociais revela-se maior em tal momento. Nesse sentido entendemos que somente a admissão de tais profissionais sob um regime especial, como servidores essenciais ao Estado, pode afastar tal perigo.

representação da sociedade no cumprimento das funções do regulador — Conselhos Consultivos, por exemplo; c) institucionalização dos espaços de interlocução entre regulador e regulado (mesas de negociação, comitês técnicos, etc.); d) disponibilidade aos interessados do acervo de informações amealhado pelo regulador, com facilitação de acesso e possibilidade de cruzamento com outros bancos de dados; e) instituição de agentes de promoção da permeabilidade e abertura do órgão como as ouvidorias ou os conselhos de representantes dos operadores ou usuários; f) formatação de convênios com órgãos governamentais ou não governamentais que permitam o intercâmbio de experiências, demandas e informações relevantes para o setor regulado; g) difusão e incentivo da criação, na sociedade, de agrupamentos voltados a participar da atividade regulatória, como conselhos de usuários, comitês de acompanhamento dos regulados, etc. (idem, p. 28).

4.4.7. Processualidade administrativa específica

Em função da ampla gama de poderes que as agências manejam, importa que estejam elas, no seu exercício, adstritas ao devido processo legal, na sua acepção mais ampla — o devido processo legal substantivo.

Lembre-se que a garantia da procedimentalização da atividade administrativa e o dever da motivação dos atos encontram matriz constitucional, a teor do art. 5º, LV. Ali se subordinam os procedimentos administrativos, observando-se a ampla defesa e o contraditório, com todas as garantias inerentes a tais princípios.

O prof.º Marçal Justen Filho lembra que a processualização é uma forma de contrapartida da atribuição do poder, de modo a se evitar que este seja exercido de modo imediato e abrupto. O autor alude que, nesse sentido, a emissão de um ato decisório, para ser válida, depende da prática de atos prévios, destinados a atender aos princípios fundamentais da publicidade, da objetividade e do contraditório. Veja-se a dicção do mestre sobre o tema:

“O primeiro pressuposto é o *princípio da publicidade*. O exercício do poder deve ser acessível ao conhecimento de toda a comunidade e, especialmente, daqueles que serão afetados pelo ato decisório. A publicidade se afirma como instrumento de transparência e verificação da lisura dos atos praticados, sem confusão entre interesses públicos primários e quaisquer outros interesses ilegítimos.

O segundo pressuposto é o *princípio da objetividade*. Toda a atividade decisória deve retratar a melhor solução cabível para o caso concreto. Para tanto a autoridade tem o dever de obter o maior número de informações. (...) as escolhas da autoridade não podem ser resultado de uma mera escolha subjetiva. (...) É imprescindível que a decisão seja respaldada pelo conhecimento técnico-científico, assujeitando-se ao crivo da lógica. O procedimento conduz à organização da atividade administrativa segundo um postulado de coerência. (...)

O terceiro pressuposto é o *princípio do contraditório*, aplicável especialmente quando a decisão envolver riscos de sacrifício de interesses distintos e contrapostos. (...) Cabe a todos os envolvidos a faculdade de indicar os temas acerca dos quais a decisão deverá versar. As versões acerca de fatos e teses jurídicas, produzidas por um dos interessados, deverão sujeitar-se à manifestação dos demais” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 563).

Nesse sentido, Floriano Marques Neto afirma que

“Não é por outro motivo que a peça chave do direito administrativo americano seja o **Federal Administrative Procedure Act**, editado para disciplinar a atividade das Agências Reguladoras Independentes no direito americano. É fato que, concentrando poderes (...), coloca-se a necessidade de que a atividade das Agências seja rigorosamente submetida a normas processuais.

Observância de prazos, procedimentos absolutamente detalhados, formas de assegurar os direitos dos administrados, mecanismos para exercício do contraditório, critérios de aferição da proporcionalidade nas condutas regulatórias, todos estes dispositivos têm de estar previstos (e garantidos) no exercício das funções das Agências.

O traço de processualidade, portanto, se manifesta tanto pela observância da idéia de processo (que compreende a figura de partes e o respeito aos seus direitos e à sua participação para o manejo da função pública), quanto no aspecto procedimental (detalhamento do rito e dos procedimentos a serem necessariamente observados pelo regulador para exercício de suas atividades)” (MARQUES NETO, 2003, p. 29).

4.4.8. Significativa autonomia

Este último aspecto — a autonomia das agências de regulação — talvez seja o mais polêmico na doutrina. Muitos entendem as agências dotadas de verdadeira “independência” frente ao Estado. De acordo com Vital Moreira

“O traço essencial de tais organismos é naturalmente a sua autonomia ou independência dos respectivos membros. Não estão organicamente

integrados na administração ordinária do Estado, nem estão sujeitos a orientações ou controle governamental quanto à condução da sua atividade” (apud MARQUES NETO, 2003, p. 29).

Também adotando o termo independência⁴⁸ para tratar dessa característica dos órgãos reguladores, Floriano Marques Neto alude que o surgimento das agências coincide com um novo estágio da regulação estatal marcado pela separação entre o prestador do serviço essencial e o ente encarregado de regulá-la. Em se tratando de serviços ou atividades de relevância coletiva, de elevado impacto social, o autor alude que sempre se terá uma relação tripartida, envolvendo o produtor da utilidade pública, o seu consumidor e o poder público. Nesse sentido, afirma que

“(…) a independência se põe essencial para que o regulador possa exercer suas funções de forma equidistante em relação aos interesses dos regulados (operadores econômicos), dos beneficiários da regulação (os usuários, consumidores, cidadãos) e ainda do próprio poder político, ficando protegido tanto dos interesses governamentais de ocasião, quanto dos interesses estatais diretamente relacionados ao setor regulado (como titular da atividade objeto da regulação – no caso de serviços públicos –; como titular de bem explorado no setor – no caso de bens públicos escassos ou de bens reversíveis –; e no caso de titular do capital de empresa que opera no setor regulado – nas situações em que o setor foi aberto à competição mas nele remanesceram operadores públicos). (...) Segue daí que, para que tenhamos o pleno exercício da

⁴⁸ Marques Neto explica preferir utilizar o termo independência no lugar de autonomia porque “(...) este último poderia dar a entender que estamos diante das tradicionais autarquias do direito brasileiro quando (...) entendo serem as Agências espécies muito particulares de autarquias. Não obstante, o termo independência não deve dar a entender que se tratem estes órgãos de entes absolutamente não submetidos a qualquer controle. De minha parte, entendo que a submissão a mecanismos e instâncias de controle, ao contrário de ser irrita à independência, constitui traço essencial. Daí porque independência das Agências deve caracterizar o encaixe bastante específico e excepcional destes órgãos nos poderes do Estado, mas nunca a sua imunidade aos controles institucionais (...)” (MARQUES NETO, 2003, p. 29, nota de rodapé n.º 52). Lembrando que o modelo em gênero seguido pelo legislador pátrio foi o norte-americano, William Smith Jr e Susan Frye nos dizem que, para o americano médio, a existência de uma agência autônoma sugere algumas idéias: primeiramente, que ela deva operar fora do controle dos três poderes do Estado e, mesmo quando nominalmente seja parte do Poder Executivo ou do Legislativo, é autorizada a tomar “decisões autônomas”, não ditadas pelos detentores de cargos eletivos e não sujeitas à sua revisão; segundo, autonomia implica a Agência atuar fora da influência dos partidos políticos; os membros de uma agência autônoma devem ser mais fiéis a ela do que aos seus partidos políticos; terceiro, as ações de uma agência autônoma são fundadas em considerações de ordem técnica produzidas por especialistas, em vez de considerações políticas; a distância de forças políticas torna decisões regulatórias mais estáveis e previsíveis, e os investidores confiam nesse tipo de estabilidade, pois não gostam de submeter seu capital a situações que podem mudar conforme os ventos políticos; quarto, os membros das agências americanas não arriscam a estabilidade de seus empregos na popularidade das decisões de suas entidades, pois em um sistema democrático, os membros eleitos podem ser destituídos por votação; a autonomia da agência reguladora é baseada no entendimento de que as decisões não precisam ser populares e de que seus integrantes podem tomar estas decisões difíceis sem prejuízo a suas carreiras; quinto, a Agência desempenha funções que envolvem características legislativas, executivas e judiciais, estabelece padrões e lança regras como um corpo legislativo, impõe uma função executiva a essas regras e julga as disputas de uma maneira quase judicial; todavia, essas são funções do governo. Como consequência, os norte-americanos consideram essas agências autônomas, mas governamentais. Ademais, elas não teriam, segundo os autores, tanta autonomia quanto algumas corporações governamentais, tais como o serviço postal ou a empresa municipal de prestação do serviço de água (SMITH JR e FRYE, 1999, p.).

regulação sobre esta atividade (inclusive buscando a efetivação das pautas de interesse geral estabelecidas para o setor regulado), será necessário que o ente dela encarregado mantenha uma certa autonomia em relação a estes três blocos de interesses que, normalmente, não são combináveis, nem muito menos coincidentes” (MARQUES NETO, 2003, pp. 29-30).

Sobre o tema Arnold Wald e Luiza Rangel de Moraes aludem que

“Tem-se entendido que uma regulação eficiente deve atender a dois requisitos essenciais: a independência da agência reguladora (definida como a capacidade de buscar prioritariamente o atendimento dos direitos e interesses do usuário e a eficiência da indústria, em detrimento de outros objetivos conflitantes, tais como a maximização do lucro, em sistemas monopolistas, a concentração de empresas em setores mais rentáveis do mercado, ou a maximização das receitas fiscais) e a escolha de instrumentos que incentivem a *eficiência produtiva e alocativa*” (WALD e MORAES, 1999. p. 143, grifo nosso).

Na mesma linha veja-se a posição de Eduardo Delgado, Conselheiro da AGERGS, que afirma

“Assim, as independências econômica e financeira das agências de regulação e funcional de seus membros são essenciais para a prevalência de critérios técnicos na análise das demandas que ali chegam, tais como questões de qualidade dos serviços prestados, cumprimento da lei e dos contratos por parte do Poder Concedente ou dos delegatários, reajustes ou revisão de tarifas etc., a fim de que, seja qual for a ideologia dominante na chefia do Poder Executivo, não interfira na intervenção estatal no âmbito econômico dos serviços públicos, prevista na forma dos artigos 170 e seguintes da Constituição da República e na legislação infraconstitucional” (DELGADO, 2002, pp. 37-38).

Francisco Rigolon procura definir essa “independência” das agências reguladoras. Segundo o autor

“A independência da agência reguladora pode ser definida como a sua capacidade de buscar prioritariamente os objetivos de bem-estar do consumidor e de eficiência produtiva e alocativa da indústria, em detrimento de outros objetivos conflitantes, tais como a maximização do lucro do monopolista, a concentração das firmas em segmentos mais lucrativos do mercado, a maximização de receitas fiscais etc. A independência legal mostra que grau de independência os legisladores desejaram conferir à agência e é um componente importante da independência real. A independência real depende não só do grau de independência conferido pela lei, mas também de outros fatores menos visíveis, tais como o relacionamento entre a agência, o governo e a indústria regulada, a qualidade de seu corpo técnico, a disponibilidade

de recursos para o seu funcionamento e até mesmo as personalidades de indivíduos-chave no governo e na indústria” (RIGOLON, 1997, p. 9).

Há que se ver, contudo, que essa *independência* não existe, mas sim trata-se uma autonomia (e relativa, diga-se), em relação aos poderes do Estado. Corroborando tal entendimento, a prof.^a Maria Sylvia, embora se sirva igualmente do termo independência, esclarece que, no que respeita às agências

“Sua independência, contudo, deve ser entendida em termos compatíveis com o regime constitucional brasileiro. Independência em relação ao Poder Judiciário praticamente não existe; a agência pode dirimir conflitos em última instância **administrativa**, mas isso não impede e não pode ter o condão de impedir o controle de suas decisões pelo Poder Judiciário, tendo em vista a norma do art. 5º, XXXV, da Constituição, em cujos termos ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. Esse dispositivo significa a adoção, no direito brasileiro, do sistema de unidade de jurisdição (...). Qualquer tipo de ato praticado pelas agências reguladoras, desde que cause lesão ou ameaça de lesão, pode ser apreciado pelo Poder Judiciário.

Independência em relação ao Poder Legislativo também não existe, tendo em vista que seus atos normativos não podem conflitar com normas constitucionais ou legais (...). Além disso, estão sujeitas ao controle pelo Congresso Nacional, previsto no art. 49, inciso X, da Constituição Federal, e ao controle financeiro, contábil e orçamentário exercido pelo Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, conforme previsto no art. 70 e seguintes da Constituição.

A independência maior que existe é em relação ao Poder Executivo, assim mesmo nos limites estabelecidos em lei, podendo variar de um caso para outro. Como autarquias que são, estão sujeitas à tutela ou controle administrativo exercido pelo Ministério a que se acham vinculadas. Todavia, como autarquias de regime especial, seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder executivo. A estabilidade outorgada aos dirigentes, por ocuparem cargos de confiança do chefe do Poder Executivo, acabam por curvar-se a interferências, mesmo que ilícitas” (DI PIETRO, 2002b, pp. 141-142)⁴⁹.

O prof.^o Floriano Marques Neto afirma que, no que se refere aos agentes econômicos exploradores da atividade regulada, o órgão regulador deve ter total autonomia, não se permitindo a captura por tais grupos econômicos. Deve, assim, ser capaz de divisar os interesses gerais que tutela dos interesses

⁴⁹ Na mesma linha de pensamento, o prof.^o Marçal Justen Filho alude que “as agências reguladoras, por ausência de previsão constitucional de sua existência, não podem ter, igualmente, atribuições verdadeiramente autônomas em relação ao três Poderes do Estado. Nesse sentido, diversa deverá ser a solução a ser dada a elas em confronto com a solução existente no ordenamento no que respeita aos Tribunais de Contas e ao Ministério Público, que, efetiva e expressamente, estão previstos na Carta Magna com total autonomia. Não sendo as agências criaturas de nascedouro constitucional, mas sim legal, suas atribuições e ‘poderes’ não que respeitar o ordenamento pré-existente, acima de tudo” (JUSTEN FILHO, 2002, pp. 414-416).

específicos (embora legítimos) dos regulados. Para tanto, um dos principais elementos para a efetivação desta independência seria o mecanismo de impedimento do recrutamento, pelos regulados, de quadros dirigentes do órgão regulador (a chamada quarentena⁵⁰), sob pena da ocorrência de uma série de fatos absolutamente indesejáveis, sendo exemplo a possibilidade de o regulador, convertido em executivo do regulado, levar consigo informações privilegiadas que, ainda que não utilizadas diretamente, fazem desaparecer a necessária fronteira de interesses; e a sociedade tender a perder a confiança no regulador e a pressupor que toda a atividade regulatória se desenvolve em perigosa promiscuidade. Embora seja certo que, uma vez superado o prazo de impedimento, se tenha o mercado absorvendo quadros do regulador, a quarentena ao menos obsta o fluxo de informações no sentido do regulador para o regulado e permite uma demarcação de períodos entre a atuação do agente no âmbito do regulador e, após, no mercado (MARQUES NETO, 2003, p. 30).

Continuando, o autor argumenta que, embora a agência deva ter um compromisso forte com os consumidores (já que é em seu benefício que se deve dirigir a regulação), ela não pode se transformar num simples e incondicional promotor do interesse do consumidor, desconhecendo as outras dimensões da atividade de regulação, sob o risco se traduzir num populismo regulatório⁵¹. Se tal ocorrer, poderá vir a: a) descurar da proteção do interesse do indivíduo, consumidor potencial, que não usufruirá do serviço, vez que se atenderá apenas ao interesse do usuário, situação comum quando se discute a fixação de tarifas em serviços públicos, e nesse bojo, a tarifa social; b) levar ao aniquilamento de

⁵⁰ Veja-se a solução dada pela Lei n.º 9.986/2000: "art. 8º O ex-dirigente fica impedido para o exercício de atividades ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato" (redação dada pela MP 2.049- 24/2000 e convalidada pela MP 2.216- 37/2001). "§ 1º Inclui-se no período a que se refere o **caput** eventuais períodos de férias não gozadas. § 2º Durante o impedimento, o ex-dirigente ficará vinculado à agência, fazendo jus a remuneração compensatória equivalente à do cargo de direção que exerceu e aos benefícios a ele inerentes" (redação dada pela MP 2.143- 35/2001 e convalidada pela MP 2.216- 37/2001).

⁵¹ Preleciona Augustin Gordillo que a proteção aos usuários não pode ser absoluta, tendo em vista que não assume hierarquia superior a outros objetivos da política legislativa, afirmando o autor que os entes regulatórios não se limitam a exercer a tutela e a representação dos usuários, mas têm de cumprir todos os demais fins instituídos na lei de sua criação, tendo como função básica a busca da conjugação dos interesses em jogo e contribuir, desse modo, para que se alcance a harmonia social, mediante procedimentos inovadores, como o das audiências públicas (**apud** WALD e MORAES, 1999, p. 146).

parcela dos exploradores da atividade regulada, do que poderá resultar, a longo prazo, a redução da competição (com a oligopolização ou monopolização do mercado específico); ou c) o excesso na tutela dos interesses dos usuários pode acarretar prejuízos para o poder público — e, assim, para a coletividade —, como sói ocorrer quando o agente regulador cede a pressões de grupos específicos de consumidores, criando pleitos indenizatórios dos prestadores dos serviços que, via equilíbrio econômico financeiro, são transferidos para o poder público e, pela via fiscal, para toda a sociedade (idem, pp. 30-31).

Finalmente, a dimensão da autonomia que mais polêmica traz é a que se refere à articulação com o poder político. Como já mencionamos anteriormente, ao tratarmos no item 4.1. da origem das agências no plano internacional, tais entes reguladores teriam nascido sob o influxo legislativo de proteger certas funções de regulação e ordenação da vida (social, econômica etc.) da esfera de influência política do Executivo, afastando-as dos conflitos partidários.

Nesse sentido, Marques Neto entende que, igualmente, as atividades das agências brasileiras devem estar protegidas das vicissitudes do poder político. Embora admita que, na verdade, “será no âmbito governamental (envolvendo Executivo e Legislativo) que serão definidas as pautas, as balizas, da atividade regulatória: as leis que suportam os instrumentos regulatórios e as macro-políticas para o setor”, argumenta que, “definidos estes marcos, devem as Agências desenvolver sua atividade com um grau elevado de independência em face do poder político, sob pena de se converterem em meras **longa manus** do núcleo estratégico estatal” (MARQUES NETO, 2003, p. 31).

Para Floriano Marques Neto, duas espécies de autonomia podem ser identificadas quanto às agências. De um lado, tem-se a independência (autonomia) *orgânica*, e de outro a independência (autonomia) *administrativa*, que, embora venham a se tratar de dimensões distintas, se complementariam, particularmente porque a independência orgânica estará inviabilizada se o órgão

regulador não possuir mecanismos que assegurem independência na sua gestão (MARQUES NETO, 2003, p. 32)⁵².

O mesmo autor esclarece que a independência *orgânica* se refere

“ (...) ao exercício das atividades-fim da agência e se traduz na existência de mecanismos aptos a assegurar que os agentes reguladores não estarão subordinados à vontade política do poder central para além das metas, objetivos e princípios constantes das políticas públicas estabelecidas para o setor” (idem, p. 32)⁵³.

Para o autor, a independência orgânica se prestaria a assegurar ampla autonomia no manejo dos instrumentos regulatórios, não se confundindo ela (a autonomia) com uma liberdade conferida ao regulador para fazer o que bem entender com o setor regulado, pois sua atividade deverá ser condicionada pelos princípios e objetivos previstos na lei que o criou, pelos princípios gerais que regem a Administração pública e em especial a atividade regulatória, e pelas políticas públicas estabelecidas direta ou indiretamente (via reflexa) para o setor. Todavia, alerta Floriano Marques Neto que, para além destes condicionantes, haverá que se respeitar a independência do regulador, entendida, pode-se dizer, como uma proteção especial contra ingerências na atividade regulatória, algo que se afirma como essencial na separação entre a atividade regulatória e a função governamental.

⁵² Para Arnold Wald e Luíza Rangel de Moraes, seriam identificadas quatro dimensões que caracterizariam uma agência reguladora: a independência decisória, a independência de objetivos, a independência de instrumentos e a independência financeira (WALD e MORAES, 1999, p. 146).

⁵³ Englobamos aí os conceitos de Wald e Moraes acerca da independência decisória, da independência de instrumentos e da independência de objetivos (idem, p. 146). Sobre essa autonomia orgânica das agências, há que se mencionar sobre a *teoria da captura*. Segundo Stigler, essa teoria mostra que o aparato regulatório corre o risco de ser “adquirido” pela indústria, com a regulação desenhada e operada primariamente para o seu benefício. Sobre essa teoria apontam Helder Pinto Jr. e Joyce Silveira que “a *captura regulatória* ocorre quando o órgão regulador passa a identificar o bem comum com os interesses da indústria que é por ele regulada. Esse tipo de comportamento acarreta ineficiência, pois ocorre um rompimento da relação agente-principal, passando o regulador a proceder como agente ou aliado das firmas da indústria (KAY e VICKERS *apud* PINTO JR. e SILVEIRA, 1999). No mesmo sentido, veja-se a posição da Casa Civil da Presidência da República, que aduz: “sem correto controle social do regulador, os interesses das indústrias reguladas podem influir e moldar as práticas regulatórias de maneira distorcida. Agravam o ‘risco de captura’ circunstâncias como a dependência dos tomadores de decisões, a influência política, a dependência da agência reguladora em relação ao conhecimento tecnológico superior da indústria regulada, a seleção indiscriminada de quadros técnicos oriundos do setor ou indústria regulada para servir à agência, a possibilidade de futuras posições ou empregos na indústria ou setor regulado, a rotatividade dos próprios dirigentes das agências entre funções exercidas no governo e na iniciativa privada, e quando há necessidade, por parte da agência reguladora, do reconhecimento e cooperação da indústria regulada. Obviamente o risco de ‘captura’ não é apanágio das agências, podendo ocorrer com qualquer órgão supervisor, inclusive ministérios, e a identificação de fatores que podem exacerbá-los normalmente se traduz por um desenho institucional que procure diminuí-los” (Presidência da República, 2003, p. 12). Também nesse mesmo sentido Floriano Marques Neto (MARQUES NETO, 2002b, p. 28).

Como instrumentos para se assegurar essa *independência orgânica*, tem-se a estabilidade dos dirigentes e a ausência de controle hierárquico.

A **estabilidade dos dirigentes das agências** se traduziria na sua investidura de mandato, com a fixação de um prazo para exercício das funções, e na conseqüente inamovibilidade, ou seja, impossibilidade de demissão destes durante o período do mandato, salvo em circunstâncias excepcionais, como a prática de atos de improbidade, condenação criminal ou descumprimento reiterado dos objetivos do setor⁵⁴.

Sobre essa estabilidade, Arnaldo Wald e Luísa Moraes anotam estar ela relacionada à *independência decisória* das agências. Nesse sentido, aludem que

“A independência decisória consiste na capacidade da agência de resistir às pressões de grupos de interesse no curto prazo. Procedimentos para a nomeação e demissão de dirigentes, associados com a fixação de mandatos longos, escalonados e não coincidentes com o ciclo eleitoral são arranjos que procuram isolar a direção da agência de interferências indesejáveis tanto por parte do governo quanto da indústria regulada.” (WALD e MORAES, 1999, p. 146, grifo nosso).

Em sua doutrina, Marçal Justen Filho trata também da questão. Primeiro, falando sobre a descoincidência dos mandatos⁵⁵, afirma que ela gera o benefício de um mesmo governante não dispor da faculdade de impor o nome de todos os integrantes da agência, o que assegura uma ausência de homogeneidade política entre eles e, de um certo modo, restringe a instrumentalização política do ente regulador, vez que os diretores de diversas origens políticas neutralizar-se-ão entre si. Essa seria uma verdadeira manifestação do sistema de freios e contrapesos, em que se adota o princípio do fracionamento de competências e a mecânica de limitar o poder por meio do

⁵⁴ Floriano Marques Neto aduz, ainda, que “essa estabilidade assegura, em última instância, que o regulador poderá exercer suas competências sem estar ameaçado de ter sua atuação interrompida por ato de vontade dos dirigentes do poder central”. O parecerista menciona que esse relevante aspecto da autonomia das agências teria sido bem percebido pelo Ministro do STF, Marco Aurélio Mello, quando, ao deferir liminar nos autos da já mencionada ADIn n.º 2.310-1-DF, ajuizada contra o regime de contratação estatuído pela Lei Federal nº 9.986/2000, asseverou: “Ninguém coloca em dúvida o objetivo maior das agências reguladoras, no que ligado à proteção do consumidor, sob os mais diversos aspectos negativos – ineficiência, domínio de mercado, concentração econômica, concorrência desleal e aumento arbitrário de lucros. Não de estar as decisões destes órgãos imunes a aspectos políticos, devendo fazer-se presente, sempre, o contorno técnico. É isso o exigível não só dos respectivos dirigentes – detentores de mandato –, mas também dos servidores (...)” (MARQUES NETO, 2003, p. 33).

⁵⁵ Nada obstante serem os mandatos dos dirigentes das agências fixados por prazo certo, o autor tece aprofundadas considerações sobre a sua natureza, concluindo serem eles cargos em comissão (JUSTEN FILHO, 2002, pp. 427-435),

próprio poder. Depois, tratando da fixação de prazo para os mandatos dos dirigentes das agências regulatórias, aduz que sua duração não pode ser exígua a ponto de impedir a implementação de políticas e projetos mais complexos, ou, o pior, tornar os administradores da agência muito mais sujeitos à ingerência externa, o que poderia levar à neutralização de todos os instrumentos jurídicos destinados a assegurar a autonomia do órgão, além de permitir o preenchimento de todos os cargos por uma mesma gestão política (JUSTEN FILHO, 2002, pp. 446-448)⁵⁶.

Em igual sentido alude Luís Figueiredo, mencionando que essa seria uma *independência política*. O autor afirma que

“A independência política é de primordial importância. Há que se assegurar aos principais integrantes das agências (chamados Diretores), formuladores da regulação propriamente dita, estabilidade em suas funções, mediante a garantia de mandatos com prazos determinados. Assim, é minimizado o risco de interferência das tensões políticas e econômicas no processo regulatório, o que poderia ser feito através da simples destituição dos Diretores das agências.

De outro lado, a nomeação dos diretores deverá ser controlada por mais de um poder do Estado, e, se possível, por agentes setoriais da cadeia de produção e de consumo. O objetivo é minimizar o risco de que pessoas vinculadas a interesses de segmentos econômicos relacionados à atividade regulada sejam nomeadas para cargos diretivos” (FIGUEIREDO, 2002, p. 7)⁵⁷.

A par de tão respeitáveis posições doutrinárias, mencionamos, também pela sua profundidade, a defendida por Luís Justiniano Fernandes⁵⁸.

muito embora, como já se disse, terem os agentes diretivos estabilidade, motivo pelo qual não são demissíveis *ad nutum*. Ainda acerca da descoincidência dos mandatos, veja-se Floriano Marques Neto (MARQUES NETO, 2003, pp.46-47).

⁵⁶ Sobre essa questão da estabilidade dos mandatos dos dirigentes, Floriano Marques Neto anota ter sido esse aspecto que, levado à apreciação da Suprema Corte Americana, possibilitou a decisão que passou a admitir a existência de tais órgãos, protegidos em relação ao Chefe do Executivo. Segundo o autor, tratou-se do célebre caso Humphrey Executor X EUA, julgado em 1935 (295, U.S. 602, 55 s. Cit., 869. 79, L. Ed., 1611), no qual se discutia basicamente o direito do regulador (William E. Humphrey) seguir à frente do **Federal Trade Commission** para a qual ele havia sido nomeado pelo Pres. Hoover para cumprir um mandato de 7 anos, e que só se expiraria em setembro de 1938. Marques Neto alude que “ao assumir o governo, o Pres. Roosevelt pretendia nomear algum próximo seu para substituir Humphrey. Este porém não aceitando retirar-se do cargo, foi demitido por Roosevelt em outubro de 1933. Faltando-lhe ainda cerca de cinco anos de mandato, assegurado por lei federal (o Federal Trade Commission Act), Humphrey recorre ao judiciário pedindo que fosse indenizado pelo prazo restante. A questão chega à Suprema Corte em 1935. E na oportunidade, decide-se por distinguir as **executive agencies** das **independent agencies**, admitindo para estas a possibilidade de serem imunes ao controle do chefe do Executivo e a admissibilidade de que por lei os seus dirigentes sejam investidos na função por prazo de mandato. É importante notar que o Presidente Roosevelt que iniciou seu mandato confrontando a independência da FTC, logo se apercebeu da importância destes mecanismos de intervenção estatal, passando para a história como o governante americano que mais alavancou a autonomia das agências” (MARQUES NETO, 2003, p. 33, nota de rodapé n.º 63).

⁵⁷ No mesmo sentido Frederico Lustosa (LUSTOSA, 1999, pp. 8-9).

⁵⁸ No mesmo sentido Leila Cuéllar, que afirma “*embora se pretenda garantir a autonomia das agências também através da limitação das hipóteses de exoneração de seus diretores, parece-nos que a impossibilidade de demissão **ad nutum** dos dirigentes das agências pelo Chefe do Poder Executivo é inconstitucional, porque, ainda que indiretamente, viola o princípio*

Argumentando que a questão é complexa, envolvendo a descoberta do traço que distingue uma maior ou menor estabilidade dos ocupantes das funções diretivas ou de poder — I. nenhuma estabilidade e livre exoneração, II. estabilidade indireta e exoneração dependente de aprovação por mais de um Poder, III. estabilidade temporária, mandatos fixos, com nomeações a termo; ou IV. estabilidade plena, com vitaliciedade —, o autor afirma que sendo o cargo dos dirigentes de natureza comissionada, sua demissibilidade seria plena, pois, embora a Constituição permita que se regule, por meio do art. 52, inciso III, alínea "f," o processo de provimento de tais cargos, retirando a plena subjetividade na atuação do Presidente da República, o dispositivo não cria qualquer limitação à possibilidade de desprovimento **ad nutum**, razão pela qual impede-se que dele se extraia a gênese do mandato fixo, ou qualquer garantia a esse respeito, restando à legislação infraconstitucional tratar da matéria (FERNANDES, 2003).

Luís Justiniano Fernandes sustenta seu raciocínio afirmando que, assim como não é dado ao legislador criar cargos ou funções comissionadas quando ausente a natureza de chefia, direção e assessoramento (cf. ADIn 1141-GO, Rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, 26.06.2003. - Acórdão, DJ 29.08.2003), como lhe é defeso criar estruturas de pessoal sem estabilidade (regime celetista) para funções típicas de Estado (ADIn 2310-DF, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, liminar **ad referendum** do Pleno deferida em 19/12/2000, pendente ainda de apreciação e de publicação), também não se poderia admitir que caiba ao legislador infraconstitucional decidir se mantém ou não um dado cargo de direção submetido ao Presidente da República, pois, no seu entender, defender o contrário seria negar a prerrogativa privativa do Presidente da República de exercer a suprema direção da administração, competência esta privativa, conforme estabelece o art. 84, II da Carta Constitucional (Idem).

da República, ao possibilitar que pessoa nomeada por um governante, porque de sua confiança, permaneça no exercício das funções para as quais foi designado durante o governo posterior. Sabemos que esta afirmação é perigosa, pois pode vir a desnaturar um pouco a independência que se quer conferir aos entes reguladores. Porém, note-se que a independência da agência não deriva do ato de nomeação de seu dirigente, mas das garantias quanto ao exercício das prerrogativas que estão atribuídas à entidade. Dessa forma, e rigorosamente, a singela substituição do presidente por sujeito que apresente afinidades técnico-políticas com o projeto social (e econômico) da Presidência da República (no caso de agências federais) não implicaria agressão à prestigiada independência das agências reguladoras" (CUÉLLAR, 2001, pp. 100-101). Seguindo tal entendimento, veja-se texto de José Alberto Bucheb (BUCHEB, 2004). Já defendendo tese oposta, Floriano Marques Neto (MARQUES NETO, 2003, pp. 43-46).

Nessa linha, se ampara na posição do Supremo Tribunal Federal no sentido de não ser possível, antecipadamente, rotular-se como constitucional a fixação de mandato de dirigentes de agência regulatórias e, discorrendo acerca da decisão do STF exarada quando da apreciação da Adin 1949-RS (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, liminar deferida pelo Plenário em 18/11/1999, DJ 23/11/1999), fundamenta, com base nos precedentes daquela Corte Constitucional, que, antes da edição da Súmula nº 25, o órgão se filiava à tese de que a lei podia fixar mandatos para o exercício de determinados cargos, razão pela qual considerava ilegais as exonerações **ad nutum** daqueles que haviam sido nomeados a termo, sendo exemplos os acórdãos proferidos no AG 24.715, no RE 24.432 e no RE 29.050, dentre outros. No entanto, com o julgamento do MS nº 8.693-DF, Rel. Min. Ribeiro da Costa (Plenário, 17.11.1961. - Acórdão, DJ 15.08.1962), em face do voto do relator no sentido de que se havia ocorrido, por parte do então Presidente da República, Juscelino Kubistchek, “um claro **abuso** cometido pelo ex-Presidente da República, com o beneplácito do Congresso Nacional, que buscou engessar seu sucessor com a criação de considerável número de cargos providos de forma especial, conferindo mandato fixo aos seus ocupantes”, o STF reviu sua posição e consignou na Súmula n.º 25 o entendimento de que “a nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo dirigente de autarquia”. Menciona que, pouco tempo depois de editar a Súmula 25, o Supremo reconheceu que havia temperos necessários a serem acrescentados a sua decisão anterior e, ao editar a Súmula 47, voltou a afirmar a possibilidade de que algumas funções poderiam se ver livres da possibilidade de exoneração **ad nutum** pelo Presidente da República, decidindo que os Reitores de Universidades deveriam ter seus mandatos respeitados (Ibidem).

Para o autor, a Súmula 47 teria revelado não um recuo na posição do STF mas, ao contrário, sensibilidade do Tribunal para o fato de que seria possível haver cargos com a garantia de mandatos fixos não suprimíveis por decisão política do Presidente da República, sendo que tal verificação haveria que ser excepcional. Por essa razão, a Corte promoveu uma abertura à regra fixada na

Súmula 25, de modo que, em situações especiais, seria possível haver exceções, e uma delas se viu reconhecida nos reitores de universidades. É nesse contexto que se situou o julgamento da ADIn 1949-RS, que cuidou de analisar mandatos fixos da AGERGS (Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul) (Ibidem).

Luís Justiniano Fernandes destaca que, naquela oportunidade, o voto do Ministro Nelson Jobim influenciou fortemente a Corte Suprema, afastando expressamente a necessidade de que fosse revista a Súmula 25. No seu entender, Jobim, acompanhado pelos demais ministros, embora tenha sustentado a constitucionalidade dos mandatos no caso da AGERGS, justificou essa nova exceção à regra da Súmula 25 destacando que a aludida agência reguladora não tinha função planejadora, mas apenas regulava, fiscalizava e detinha competência sancionatória. Esse conjunto de características é que permitiu a não aplicação da Súmula 25 na análise em concreto da natureza daquela agência em particular (Ibidem).

Vê-se, portanto, que a questão da fixação do mandato dos dirigentes das agências ser ou não constitucionalmente possível depende da verificação **in concreto** das características peculiares de cada uma delas, não se podendo, **a priori**, afirmar pela existência de garantia nesse sentido. Portanto, em razão da natureza comissionada de tais cargos, há que se admitir a demissibilidade plena de seus ocupantes.

Tratando agora de outro aspecto que reforça a independência orgânica das agências, mencionamos a **ausência de controle hierárquico** sobre os atos por elas praticados. Tais atos não são passíveis de anulação, revisão ou revogação por parte dos dirigentes do órgão da Administração central aos quais os órgãos reguladores são institucionalmente vinculados. Nesse sentido, Marques Neto advoga que não deve ser admitida esta espécie de controle, pois os órgãos da Administração direta poderiam interferir na atividade do regulador, monitorando cada ato seu e o desfazendo, reformando ou determinando sua reforma toda vez

que o entendessem contrário à vontade política existente (MARQUES NETO, 2003, pp. 33-34)⁵⁹.

Sobre esse ponto, Leila Cuéllar afirma que

“Importante também é destacar, como definidor da independência, o ‘poder jurisdicional’ das agências. Ora, na medida em que as agências reguladoras têm competência para apreciar e desenvolver processos administrativos sem controle e (ou) a possibilidade de interposição de recursos administrativos para a Administração central, frisa-se sua independência decisória. Independência que não diz respeito unicamente à adoção de providências administrativas **ex officio**, mas também à solução de controvérsias que podem envolver a Administração e pessoas privadas e (ou) pessoas privadas entre si” (CUÉLLAR, 2001, p. 95).

Também o prof.º Manoel Gonçalves Ferreira Filho se firma nessa linha, ao esclarecer que

“As agências escapam, em princípio, à tutela administrativa. Assim sendo, seus atos, normativos ou não, fogem à revisão pelas autoridades do Executivo, seja o Ministro a cujo departamento o ente estiver vinculado, seja, em última instância, ao Presidente da República” (FERREIRA FILHO, 2001, p. 255).

Rememore-se, todavia, que essa impossibilidade de revisão dos atos praticados pelas agências não significa que elas não estejam submetidas ao controle funcional, por meio da supervisão ministerial, característica da natureza autárquica de que dispõem⁶⁰.

Já a “**independência**” **administrativa** é também essencial para a agência. Conforme alude Floriano Marques Neto, “a independência orgânica poderá servir de nada se a Agência não tiver meios para atuar”, motivo pelo que “a independência de gestão cuida (...) de garantir uma liberdade de meios para a boa atuação do regulador” (MARQUES NETO, 2003, p. 34)⁶¹.

⁵⁹ Acerca da fundamentação constitucional para a ausência de subordinação hierárquica, o autor, no mesmo trabalho, discorre a fls. 47-48.

⁶⁰ Vimos esse aspecto no item 4.1.1.. A propósito, o art. 20, § único, do DL n.º 20067, estabelece que “A supervisão ministerial exercer-se-á através de orientação, coordenação e controle das atividades dos órgãos subordinados ou vinculados ao Ministério, nos termos desta lei.”

⁶¹ Todavia, como bem anota Leila Cuéllar, tal “independência” administrativa não há que ser absoluta. A autora destaca que “(...) as agências reguladoras se sujeitam, inicialmente, a algumas das formas de controle prevista para as autarquias em

Acerca do assunto, Arnold Wald e Luiza Moraes esclarecem que

“(...) a independência financeira refere-se à disponibilidade de recursos materiais e humanos suficientes para a execução das atividades de regulação”, que pode ser obtida “(...) com geração de recursos próprios, por meio de exigibilidade de taxa de regulação ou de fiscalização, instituída na própria lei de criação do ente regulador (WALD e MORAES, 1999, p. 146).

Nessa mesma linha, Marques Neto aduz que a independência administrativa se traduz, genericamente, em autonomia de gestão do órgão, autonomia financeira, liberdade para organizar seus serviços e regime de pessoal compatível. A autonomia *de gestão* envolve, observadas as regras gerais de direito financeiro e os mecanismos de controle da gestão pública, dotar o ente regulador da capacidade de organizar e gerir seus orçamentos, podendo alocar os recursos disponíveis nas atividades que, no entender da agência, sejam prioritárias e necessárias ao bom exercício de suas atividades. Já a *financeira* se caracteriza pela garantia de que os recursos financeiros necessários ao exercício das funções do regulador não dependerão da gestão do Tesouro, i. é., sua liberação não demandará “boa vontade” do poder central. Para tanto devem ser criadas fontes próprias de recursos para o órgão, se possível geradas do próprio exercício da atividade regulatória, sendo exemplo a instituição de taxas, manifestação plena de poder de polícia característico do Poder Público, as quais deverão ser aplicadas no exercício da atividade regulatória. A *liberdade para organizar seus serviços* é a peculiaridade que mais se coaduna com o conceito clássico de autarquia, referindo-se à faculdade de determinar, **interna corporis**, como serão alocadas as competências e atribuições dos agentes para exercício das atividades regulatórias, inclusive para, se assim o decidir, firmar contratos ou convênios para obter o concurso de terceiros. Finalmente, resta a necessária *prerrogativa de as agências possuírem um regime de pessoal compatível* com a natureza das suas atividades, mais estável para os agentes encarregados da regulação, englobados que seriam na categoria de funções típicas de Estado. Para o autor, haveriam três espécies de estatutos funcionais numa mesma

geral, quais sejam: político (através da nomeação dos seus dirigentes pelo chefe do Poder Executivo) e financeiro (em sua modalidade externa, vez que a execução orçamentária é submetida ao Tribunal de Contas, consoante determinação do art. 70 da Constituição Federal)” (CUÉLLAR, 2001, pp. 102-103).

agência —dirigentes máximos do órgão, integrando a direção colegiada, com cargos de investidura por prazo certo; demais agentes que exerçam funções de direção, os quais poderão ocupar cargos de confiança, com a nomeação cabendo ao órgão de direção do ente regulador; e demais cargos que exerçam funções inerentes à atividade regulatória, devendo seguir o regime estatutário da carreira de servidor público ocupante de funções de Estado (MARQUES NETO, 2003, pp. 34-36)⁶².

4.5. O papel das agências na fiscalização da prestação de serviços públicos

Como já visto anteriormente, o papel das agências ganhou maior clareza e importância com o fim dos monopólios estatais e com o processo de

⁶² Ainda no tocante à autonomia político-administrativa dos entes reguladores, Luís Roberto Barroso tece as seguintes considerações: "(...) a legislação instituidora de cada agência prevê um conjunto de procedimentos, garantias e cautelas, dentre as quais normalmente se incluem: (i) nomeação dos diretores com lastro político (em âmbito federal a nomeação é feita pelo Presidente da República, com aprovação do Senado) [nos Estados-membros tais funções são exercidas, respectivamente, pelo Governador e pela Assembléia Legislativa]; (ii) mandato fixo de três ou quatro anos [três anos para os diretores da ANS, nos termos do art. 6º da Lei 9.961/2000, e quatro para os da ANEEL, a teor do caput do art. 5º da Lei 9.427/96, a para a ASEP-RJ, conforme o art. 11 da Lei estadual nº 2.686/97]; e (iii) impossibilidade de demissão dos diretores, salvo falta grave apurada mediante devido processo legal [exemplo vê-se no caput do art. 26 da Lei 9.472/9, relativamente à ANATEL, no art. 8º da Lei 9.427/96, a respeito da ANEEL, e no art. 13 da lei estadual nº 2.686/97, acerca da ASEP-RJ]. (...) Ainda no que se refere à autonomia político-administrativa, as leis instituidoras das agências também previram, como regra, que os dirigentes estarão impedidos de prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço às empresas sob sua regulamentação ou fiscalização, inclusive controladas, coligadas ou subsidiárias ao longo de determinado período (normalmente doze meses) subsequente ao término de seus mandatos. É o que se convencionou chamar de 'quarentena'. Durante tal período é assegurada ao ex-dirigente a remuneração equivalente à do cargo de direção que exercera, admitindo-se que continue a prestar serviço à Agência ou a qualquer outro órgão da Administração Pública, em área atinente à sua qualificação profissional, desde que isso, naturalmente, não frustrate a finalidade de impedir que se beneficie de relações e informações para favorecer sua atuação privada ou a de outrem" [são exemplos a disposição contida no art. 30 da Lei 9.472/97, para a ANATEL, no art. 9º da Lei 9.472/96, relativamente à ANEEL, e no art. 14 da Lei 9.478/97, que instituiu a ANP]. "Com isto, procurou-se criar um estatuto jurídico próprio para os dirigentes destas autarquias especiais, diverso do aplicável aos demais agentes administrativos. Em âmbito federal, o tema foi objeto de sistematização levada a efeito pela Lei nº 9.986, de 18.07.2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras. No art. 1º, o novo diploma estabelece que as agências terão suas relações de trabalho regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e legislação trabalhista correlata, em regime de emprego público. Como se vê, a lei se beneficia da extinção da obrigatoriedade do regime jurídico único, operada pela EC nº 19/98, na nova redação dada ao art. 39 da Constituição. No geral, a lei endossa as linhas de entendimento que se haviam cristalizado na doutrina, prevendo: (i) nomeação de conselheiro ou diretor, pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, atendidos os requisitos da nacionalidade brasileira, reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos (art. 5º); (ii) quarentena, com o impedimento ao ex-dirigente, terminado o mandato, de prestar qualquer tipo de serviço no setor público ou nas empresas integrantes do setor regulado pela agência (art. 8º); (iii) estabilidade: os conselheiros e diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar (art. 9º). No que toca à autonomia econômico-financeira, por sua vez, procura-se conferir às agências reguladoras, além das dotações orçamentárias gerais, a arrecadação de receitas provenientes de outras fontes, tais como taxas de fiscalização e regulação, ou ainda participações em contratos e convênios, como ocorre, por exemplo, nos setores de petróleo e energia elétrica. As leis instituidoras de cada uma das agências, seja no âmbito federal ou estadual, cuidaram de estabelecer taxas de fiscalização ou regulação do serviço público objeto de delegação como uma das importantes fontes de receita dessas autarquias. A doutrina debate acerca da natureza desse recolhimento, alguns defendendo que se cuida de taxa propriamente dita e outros que se trata de preço contratual, cobrado pelo Poder Concedente dos delegatários. Salvo nas hipóteses em que o Estado é o titular do bem ou do

desestatização de empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos de telecomunicações e energia elétrica, em especial, isso sem falar nos serviços de tratamento e fornecimento de água potável e saneamento, transporte urbano etc. Deve-se lembrar que o referido processo de descolamento do Estado na atuação direta contempla não só a venda de empresas e ativos públicos, mas também a concessão para a exploração de obras e de serviços públicos.

A atual lei de concessões — Lei n.º 8.987, de 13/2/1995⁶³ — define o que é permissão e também os dois tipos de concessão. Essa lei também prevê a regulamentação setorial por leis específicas, o que já foi feito com relação ao petróleo (criação da ANP – Lei n. 9.478, de 6/8/1997, regulamentada pelo Decreto n.º 2.455, de 14/1/1998), energia elétrica (criação da ANEEL – Lei n.º 9.247, de 26/12/1998), telecomunicações (criação da ANATEL – Lei n.º 9.472, Art. 8º, de 16/7/1997), recursos hídricos (criação da ANA – Lei n.º 9.984, de 7/6/2000) e transportes (criação da ANTT — Lei n.º 10.233, de 5/6/2001).

A lei de concessões regulamentou o art. 175, da Constituição Federal de 1988, estabelecendo as normas gerais e diretrizes a serem obedecidas pela União, Estados e Municípios, no tocante às concessões e permissões de serviços públicos.

O art. 2º da lei dá algumas definições: a) *poder concedente*: ente federativo a quem compete a prestação do serviço objeto da delegação; b) *concessão de serviço público*: delegação da prestação do serviço, pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado, c) *concessão de serviço público*

serviço que passa a ser utilizado ou prestado pelo particular, cobranças destinadas a custear o serviço de fiscalização dificilmente poderão deixar de ter natureza tributária (BARROSO, 2002, pp. 9-10).

⁶³ Mencione-se também, pela sua relevância, a Lei n.º 9.074, de 7/7/1995, que estabeleceu as normas para outorga e prorrogação de concessões, a figura do produtor independente e a liberalização do acesso às redes de transmissão e distribuição para os produtores e consumidores livres.

precedida de obra: construção total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou obra por prazo determinado; d) *permissão de serviço público*: delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, à pessoa física ou jurídica, que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Ao disciplinar a fiscalização da prestação dos serviços, a lei estipula a participação dos usuários (art. 3º), bem como a incumbência do poder concedente de regulamentar o serviço concedido e fiscalizar sua prestação, cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão, estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e conservação, incentivar a competitividade e estimular a formação de associações de usuários para defesa dos interesses relativos aos serviços.

Quanto à fiscalização do serviço, lembre-se que esta deverá ser feita por órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada e, periodicamente, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários (arts. 29 e 30).

Como conclusão, vê-se que a regulamentação (regulação) visa basicamente proteger o consumidor dos serviços públicos desestatizados (energia, telecomunicações, transporte, saneamento, aproveitamento hídrico, petróleo ou até mesmo a simples ocupação e utilização de espaços públicos), por meio da garantia da livre competição entre prestadores de serviços e da oferta e expansão dos serviços, baseados na modicidade das tarifas ou preços praticados, evitando aumentos abusivos, com qualidade, de forma contínua e com cortesia.

5. O “PODER NORMATIVO” DAS AGÊNCIAS

Como já exposto precedentemente, muitos “poderes” foram atribuídos às agências reguladoras, e para a maioria delas o fundamento utilizado foi de ordem infraconstitucional, ou seja, com base nas leis que instituíram esses modernos entes no País.

Em que pese não existir qualquer questionamento sobre o desempenho, por elas, de funções administrativas propriamente ditas (à semelhança do que se passa no tocante a qualquer ente autárquico), mostra-se necessário, contudo, determinar a natureza daqueles poderes de maior envergadura reconhecidos às agências, inclusive para estabelecer limites à sua atuação.

A intelecção de que as agências se enquadram no âmbito da Administração Pública é insuficiente para propiciar uma solução mais precisa e unânime sobre a natureza de sua atuação, motivo pelo qual, ainda que reconhecida a existência de uma atividade administrativa ampla, remanesce a controvérsia acerca da margem de autonomia de suas decisões, quer em face da lei, que no que respeita à orientação política fixada pelo Governo.

Nesse vasto espectro de atribuições consideradas para tais órgãos — para alguns doutrinadores considerados como verdadeiro poder entre os poderes (ou, como muitos, um quarto poder), o que aponta para existência de um Estado dentro do Estado, tal sua amplitude de atuação — vê-se sobressair, para dentre as suas faculdades, o chamado *poder normativo* por eles exercido, ou seja, a faculdade que têm para elaborar regras de observância obrigatória para os agentes regulados (cf. NUNES, 2003, p. 3).

A propósito da vacuidade da previsão acerca dos mandatos das agências, Lucia Helena Salgado afirma que

“(…) os mandatos das agências regulatórias são inexoravelmente vagos, pois é essa abertura que permite a independência de suas decisões relativamente a pressões externas, sejam do governo ou do mercado. Nesse sentido, as leis que determinam as competências de agências deixam usualmente em aberto as formas como as agências deverão

alcançar os objetivos de eficiência e equidade. As referências são sempre a preços 'razoáveis' e à qualidade de serviço 'adequada'. Não há como, a priori, sem um exame técnico caso a caso, definir como esses objetivos gerais devem ser concretizados" (SALGADO, 2003, p. 17).

Assim, mostra-se imperiosa a indagação da possibilidade de as autoridades independentes produzirem normas abstratas, bem como da extensão das atribuições a elas atribuíveis no tocante à concretização das normas para o caso concreto, frente aos dispositivos insertos na Constituição brasileira que tratam do princípio da separação das funções estatais. A propósito, Leila Cuéllar afirma que

"Trata-se de situação polêmica frente ao direito constitucional brasileiro, pois uma interpretação rígida dos princípios da separação dos poderes e da legalidade vedaria a possibilidade de detenção de poder normativo por parte das referidas agências" (CUÉLLAR, 2001, p. 107).

A autora, todavia, chama a atenção para o fato de que

"(...) na própria noção de agência reguladora está implícita a idéia de poder regulador, exercido por meio de atribuição normativa. Logo, não teria sentido criar tais entes sem que eles pudessem editar normas referentes às diversas áreas sob suas respectivas competências" (Idem, p. 107).

Neste capítulo procuraremos analisar os fundamentos para a conceituação desse "poder normativo" e para a sua detenção pelas agências reguladoras brasileiras, bem como sobre a extensão de tal faculdade.

5.1. Breves considerações sobre os níveis normativos⁶⁴

No processo histórico moderno e contemporâneo, em que o Estado monopolizou e desenvolveu o poder normativo jurídico, em especial no momento histórico da transição da Idade Moderna para a Contemporânea (com o advento da constituição escrita, cujas primeiras manifestações se deram nos Estados Unidos e na França), sucedeu que ele se foi desdobrando em níveis de normação, correspondentes a diferentes espécies e processos de atuação normativa do poder soberano. Hoje, em estados dotados de constituição escrita, como o Brasil, o poder normativo soberano pode ser discernido em três níveis básicos: o nível

constituente, o nível legislativo, o nível regulamentar. No nível constituinte, estão as normas produzidas pelo *poder constituinte*, as quais entram na Constituição, ou para formá-la originariamente, por obra do *poder constituinte originário*, ou para reformá-la derivadamente, por obra do *poder constituinte reformador*.

No nível legislativo, são produzidas as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções de caráter legislativo. Todas essas são espécies de normas primárias – espécies normativas primárias – assim consideradas porque se subordinam diretamente às normas constitucionais. São produzidas pelo **poder legislativo**. São as normas imediatamente infraconstitucionais.

No nível regulamentar, são produzidas as normas regulamentares, os chamados regulamentos: decretos, portarias, resoluções de caráter administrativo, regimentos, etc. São espécies de normas secundárias, assim chamadas porque ficam sujeitas às normas primárias e, como estas, também estão sujeitas às normas constitucionais. São produzidas pelo **poder regulamentar**, constituindo normas infralegais, subordinadas às normas primárias que ficam entre elas e a constituição. São as normas infraconstitucionais e infralegais.

5.2. Delegação Legislativa

Neste tópico passaremos a investigar questões relacionadas ao fenômeno da delegação legislativa, iniciando com aquela levada a efeito no ordenamento jurídico norte-americano.

5.2.1. Delegação legislativa para as agências nos EUA

Como anotado ao final do item 4.1., nada obstante a origem remota do Direito Administrativo brasileiro ter estado no continente europeu, o arcabouço constitucional do País inspirou-se no dos Estados Unidos da América e, nesse sentido, adotou recentemente — ao menos em grande parte — o modelo norte-

⁶⁴ Cf. BARROS, S, 2002.

americano das **regulatory agencies**. Ocorre que, naquele país, a detenção de poder normativo por parte das agências administrativas se dá em virtude de delegação de poderes pelo Poder Legislativo.

Historiando sobre a evolução do instituto nos EUA, Leila Cuéllar esclarece que

“(...) as agências reguladoras norte-americanas (...) são autorizadas a elaborar algumas regras jurídicas e aplicá-las a casos concretos e detêm poderes para fiscalizar, investigar, punir e decidir controvérsias. Possuem poderes amplos para emitir normas e decidir litígios, denominados de poderes **quase-legislativo** e **quase-judicial**. (...) são criadas pelo Poder Legislativo, que lhes outorga os poderes anteriormente nominados.

A doutrina e jurisprudência norte-americanas sempre questionaram se a combinação de funções executiva, legislativa e jurisdicional pelas agências não violaria o princípio constitucional da separação de poderes. Indaga-se se a delegação de poderes pelo Legislativo e Judiciário seria constitucional. A Constituição norte-americana distingue os poderes legislativo, executivo e judiciário, mas não faz menção às agências administrativas. Além disso, os constituintes não previram a possibilidade de delegação de poderes legislativos. A doutrina confirma, no entanto, que esta delegação sempre ocorreu. (...) apesar de a Constituição prescrever sobre a separação dos poderes, tão logo se tornaram congressistas, os constituintes passaram a delegar parte dos poderes que lhe haviam sido conferidos, através de autorizações ao Presidente para regular pensões dos militares ou da delegação de poderes para o Poder Judiciário, a fim de que se organizasse, por exemplo. Inicialmente os tribunais norte-americanos entenderam que o poder legislativo, delegado ao Congresso pela Constituição, não poderia ser delegado [são exemplos os casos *Cincinnati, W.&Z.P. Co. v. Commissioner*, 1 Ohio St. 77,88; *Field v. Clark*, 143 U.S. 649 (1892); e *United State v. Shreveport Grain and Elevator Co.*, 287 U.S. 77 (1932)]. Consagrou-se, assim, o princípio da não delegação (**non-delegatio**), segundo o qual qualquer delegação de poder normativo pelo Poder Legislativo seria inconstitucional.

(...) [no entanto] a doutrina da não delegação não perdurou (...). Além da necessidade que tinham as agências em editar normas, para implementar as políticas públicas, o Poder Legislativo não possuía condições para legislar sobre todas as matérias relativas às agências, precipuamente face ao volume e à especificidade das mesmas.

Aos poucos o Poder Judiciário foi admitindo a delegação de poderes legislativos e também foi ampliando as hipóteses em que era permitida. A partir da decisão prolatada no caso **United States v. Curtiss-Wright Export Co.**, de 1936, os tribunais opinaram em favor da delegação de poderes por parte do Congresso norte-americano, desde que este fixasse **standards** com significado determinável (**meaningful standards**) para guiar os administradores. Trata-se da teoria denominada de **intelligible principle**. Para esta doutrina, destaca CARBONELL PORRAS, admitem-se amplas cessões de poder por parte do Congresso sempre que ele tenha predeterminado o alcance do poder que transfere, assinalando uma diretriz legislativa suficientemente clara

e concreta, para que a agência atue segundo a vontade do legislador, com a mínima discricionariedade. SCHWARTZ frisa que o tema da delegação de poderes legislativos passou da proibição teórica absoluta para a regra contra qualquer delegação irrestrita, sendo admitida a delegação, desde que limitada por **standards**. Há necessidade de verificar-se a constitucionalidade da lei delegante e se a concreta atuação da agência está respaldada por lei, ou seja, se está dentro dos limites fixados pelo legislador.

Quanto à delegação de poderes jurisdicionais, o debate nunca foi intenso. A polêmica maior sempre foi acerca da delegação de poder normativo, pois questiona o princípio da representatividade e responsabilidade democrática, mas também porque os atos legislativos têm maior impacto sobre a sociedade do que os atos judiciais, por serem macroorientados.

Ademais, a delegação de poder jurisdicional seria em princípio menos ameaçadora em relação ao princípio da separação de poderes, visto que as decisões emitidas pelas agências se submetem a maior controle por parte do Judiciário do que suas regras” (CUÉLLAR, 2002, pp. 12-14).

Todavia, considerando a diversidade entre os regimes jurídicos, não se pode simplesmente transportar para o ordenamento pátrio a solução encontrada no direito alienígena, seja a adotada pelos EUA ou por outro sistema jurídico estrangeiro⁶⁵. Necessário, então, examinar se o instituto da delegação de poderes seria admissível para fundamentar o “poder normativo” das agências reguladoras no Brasil.

5.2.2. Não exclusividade do Poder Legislativo na competência legislativa

O Estado desempenha várias atividades para atingir seus fins, por intermédio do exercício de funções. Tais funções clássicas — legislativa, executiva e judiciária⁶⁶ — foram identificadas por Montesquieu, que ditou o célebre *princípio da separação dos poderes*. Todavia, não há, a bem da verdade, uma separação funcional rígida, mas, sim, sobrevive um sistema de interferências recíprocas, em que cada Poder, representado por um órgão específico, exerce suas competências e também controla o exercício dos outros (são os **checks and balances**). Nesse sentido, a separação de Poderes não é absoluta, nenhum órgão

⁶⁵ No mesmo sentido alude Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, 2002, p. 495).

⁶⁶ A função *legislativa* compreende a elaboração de leis, de normas gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, impostas coativamente a todos, a *executiva* a administração do Estado, de acordo com as leis elaboradas pelo Poder Legislativo, e a *judiciária* engloba a atividade jurisdicional estatal, de distribuição da justiça e aplicação da lei ao caso concreto, em situações de litígio, envolvendo conflitos de interesses qualificados por uma pretensão resistida.

exercitando apenas suas funções típicas, mas também outras, só que de forma atípica⁶⁷. Nesse sentido alude Alexandre Aragão:

(...) [sobre o] tão polêmico quanto antigo princípio da separação dos poderes (...) devemos observar que a doutrina de Montesquieu, além de ter sido objeto de interpretações radicais e absolutas, não contempladas pelo próprio autor, nunca foi aplicada em sua inteireza. Ademais, não existe “*uma separação de poderes*”, mas muitas, variáveis segundo cada direito positivo e momento histórico diante do qual nos colocamos. (...) O Princípio da Separação dos Poderes não pode levar à assertiva de que cada um dos respectivos órgãos exercerá necessariamente apenas uma das três funções tradicionalmente consideradas – legislativa, executiva e judicial. E mais, dele também não se pode inferir que todas as funções do Estado devam sempre se subsumir a uma dessas espécies classificatórias” (ARAGÃO, 2000, pp. 280 e 281)⁶⁸.

Consoante o regime democrático previsto na Constituição Federal de 1988, a população é fonte e titular do poder político, restando assentado no parágrafo único do artigo 10 da Carta Política o princípio da soberania popular: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

Desse modo, a participação da coletividade no exercício do poder político se dá pela representação política, mediante a escolha daqueles que, em seu nome, exercerão as atividades inerentes ao poder legislativo. É, pois, legítimo o exercício da competência para editar normas gerais e abstratas (competência legislativa) pelo Poder Legislativo, visto que a outorga de tal poder advém diretamente da população que perceberá os efeitos das normas, ainda que a iniciativa seja de iniciativa popular ou do Poder Executivo (CUÉLLAR, 2001, pp. 108-109).

Superada essa questão, passa-se a questionar se o exercício de competência legislativa por outros poderes seria admissível, face aos argumentos postos.

⁶⁷ São exemplos do nosso sistema de freios e contrapesos: a) a edição, pelo Poder Executivo, de medidas provisórias com força de lei, e sua participação no processo legislativo, tendo matérias de iniciativa legislativa privativa e amplo poder de veto, que, todavia, não é absoluto, pois pode ser derrubado pelo Poder Legislativo; b) a declaração, pelos Tribunais, da inconstitucionalidade de leis elaboradas pelo Poder Legislativo e de atos administrativos editados pelo Poder Executivo; c) a escolha e nomeação pelo Chefe do Poder Executivo dos Ministros dos Tribunais Superiores, após prévia aprovação pelo Senado Federal; d) o julgamento, no caso de cometimento pelo Presidente da República e por outras altas autoridades federais de crime de responsabilidade, do processo de **impeachment** pelo Senado Federal, sob a presidência do Presidente do STF.

Como já visto, não há exclusividade, ou monopólio, no exercício da função legislativa por parte do Poder Legislativo (ou da administrativa pelo Poder Executivo e da jurisdicional pelo Poder Judiciário) em face do sistema de freios e contrapesos. Nessa ordem de idéias, acerca da função legislativa, há que se destacar que a Constituição concede ao Poder Executivo, em especial, a faculdade para a iniciativa geral das leis (art. 61, caput), a iniciativa privativa (art. 61, § 1º) e o veto (art. 66, § 1º), além da possibilidade de exercício de função normativa autônoma, consistente na faculdade de expedir regulamentos e medidas provisórias (art. 84, IV e XXVI) (CUÉLLAR, 2001, p. 110).

Tais critérios de distribuição de funções estatais almejam o equilíbrio dos poderes, evitando-se o monopólio de uma função por um Poder, para que um delicado balanço seja atingido, impossibilitando a hegemonia de qualquer deles⁶⁹, do que resta clarificado que a incumbência principal da competência legislativa cabe ao Poder Legislativo, sendo que a própria Carta Política Federal dispõe acerca da atuação normativa, autônoma ou em caráter de colaboração, dos demais poderes (Idem, p. 111).

5.2.3. A delegação legislativa *stricto sensu*

De acordo com Leila Cuéllar, “delegação legislativa é espécie de delegação de poderes, por meio da qual há uma transferência da função legislativa [outorga, a título específico e precário], constitucionalmente deferida ao Poder Legislativo, a outros órgãos, principalmente ao Poder Executivo, para que estes a exerçam”⁷⁰ (CUÉLLAR, 2001, p. 111).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, tratando do instituto, ao qual denomina **delegificação** (ou deslegalização), afirma que consistiria na "retirada,

⁶⁸ Também nessa mesma ordem de idéias Guilherme Mussi (MUSSI, 2004, p. 9) e Leopoldo Pagotto (PAGOTTO, 2003, pp. 283-284).

⁶⁹ Cf. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (**apud** CUÉLLAR, p. 111).

⁷⁰ A autora cita abalizada doutrina para sustentar o conceito exposto: “Ruy Barbosa assevera que ‘Delegação legislativa é, portanto, o ato jurídico pelo qual o Parlamento, que recebeu da Constituição a competência para fazer a lei, confia esta faculdade no todo ou em parte, ao chefe do governo.’ Nas palavras de Loureiro Junior, ‘Constitui delegação legislativa a outorga temporária, parcial e condicionada da competência legiferante feita pelo Poder Legislativo a outro Poder, órgão ou autoridade.’ Bonifácio Fortes aduz que a delegação legislativa ‘consiste na transferência, mediante ato do Poder Legislativo de tarefa do Legislativo ao Executivo’ (CUÉLLAR, 2001, p. 211).

pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (**domaine de la loi**) passando-as ao domínio do regulamento (**domaine de l'ordonnance**)".⁷¹

Já Eduardo García de Enterría conceitua o instituto como

"a operação efetuada por uma lei que, sem entrar na regulação material do tema, até então regulado por uma lei anterior, abre tal tema à disponibilidade do poder regulamentar da Administração. Mediante o princípio do **contrarius actus**, quando uma matéria está regulada por determinada lei se produz o que chamamos de 'congelamento do grau hierárquico' normativo que regula a matéria, de modo que apenas por outra lei contrária poderá ser inovada dita regulação. Uma lei de deslegalização opera como **contrarius actus** da anterior lei de regulação material, porém, não para inovar diretamente esta regulação, mas para degradar formalmente o grau hierárquico da mesma de modo que, a partir de então, possa vir a ser regulada por simples regulamentos. Deste modo, simples regulamentos poderão inovar e, portanto, revogar leis formais anteriores, operação que, obviamente, não seria possível se não existisse previamente a lei degradadora" **apud** ARAGÃO, 2002, p. 46).

Essa hipótese, portanto, seria não de uma lei de regulação material, diretamente aplicável como norma de agir, mas de uma lei que limita seus efeitos a abrir aos regulamentos a possibilidade de entrar em uma matéria até então regulada por lei.

Recorde-se, por importante, que antes do advento da Constituição de 1988, a Carta pretérita de 1967 previa expressamente a concessão, ao Executivo, de poderes normativos quase que autônomos, de caráter regulamentar, pois, conforme o seu art. 81, V, era de competência privativa do Presidente da República dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal (LEONEL, 2003, p. 544).

Todavia, com a promulgação do atual texto constitucional, deixou essa previsão de existir, sendo que restou assentado no artigo 25 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias a revogação, a partir de 180 dias de sua promulgação, de todas as normas que delegavam competência normativa, embora tivesse sido conferida a possibilidade de tais competências por lei.

⁷¹ **Apud** ARAGÃO, 2002, P. 46.

Após discorrer sobre as características e hipóteses específicas de aplicação da delegação legislativa⁷², Cuéllar esclarece que, conquanto a Constituição vigente preveja a repartição dos poderes em seu artigo 2º, não contendo dispositivo proibindo expressamente a delegação de poderes, para parcela significativa da doutrina nacional não seria necessária a vedação explícita da delegação de poderes, visto que esta decorreria de outras premissas constitucionais, como do próprio princípio da separação de poderes. Esta, aliás, é a posição de Luís Roberto Barroso, para quem não seria preciso haver previsão expressa na Constituição Federal, pois "a doutrina da indelegabilidade assenta-se em premissas que decorrem de outras normas e princípios como (i) o da separação de poderes, (ii) o da representação política, (iii) o da supremacia da Constituição, e (iv) o do devido processo legal" (**apud** CUÉLLAR, 2001, p. 113).

Todavia, citando o magistério de Bonifácio Fortes, a autora afirma que em muitos países, a delegação de poderes legislativos se transformou em uma necessidade, vis a vis às crescentes atribuições conferidas ao Estado Social e ao volume de atividades a cargo do Poder Legislativo. Nesse sentir, aduz que a carência de tempo que o Legislativo tem para apreciar e elaborar leis, a sucessão de fatos novos, cuja apreciação legislativa é necessária à tutela do interesse público posto em jogo, e a carência de conhecimentos técnicos especializados necessários à apreciação de determinadas matérias, podem, entre outros fatores, ser consideradas causas incentivadoras para a adoção da delegação legislativa (Idem, p. 114).

Mais à frente, Cuéllar argumenta que, ainda que se admitisse a hipótese de delegação legislativa às agências

“(...) é preciso observar que, na medida em que a delegação é sempre precária e excepcional, caso o poder normativo das agências derivasse de delegação, poderia, em tese, ser cassado, o que acarretaria extinção das agências - ou frustração de sua natureza jurídica essencial.

⁷² Cf. op. cit., pp. 111-113. O prof.º Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao discorrer sobre o tipo de delegação normativa que viria sendo cometido às agências reguladoras brasileiras, vale-se das lições de Eduardo Garcia de Enterría, que propõe serem espécies básicas de delegação legislativa a *delegação receptícia*, a *remissão* e a *deslegalização*, para, após, detalhar acerca de cada uma (MOREIRA NETO, 2001, pp. 164-166).

Ademais, no caso brasileiro, ao contrário do norte-americano, não há um controle político quanto aos atos que resultam do exercício do poder regulamentar por parte das agências. Talvez seja esse o ponto nodal.

A delegação deve ser controlada *pari passu* pelo delegante – o que é inviável no sistema brasileiro.

Assim, parece-nos que o óbice para justificação da atribuição de poder normativo às agências como delegação de poderes não é o "princípio da separação dos poderes", mas a própria natureza jurídica do ato de delegar" (Ibidem, p. 116).

No sentido de também não admitir a delegação legislativa está Marçal Justen Filho, que alude:

“Não é possível solucionar o problema da competência normativa das agências através da delegação formal do art. 68 da CF/88. Há inúmeros obstáculos a tanto.

Em primeiro lugar, a regra alude à delegação ao Presidente da República, sendo inviável admitir a possibilidade de eleger-se como destinatário da delegação um outro órgão estatal.

Depois, a delegação faz-se caso a caso, a propósito de questões específicas e determinadas.

Ademais disso, não há cabimento de o art. 68 albergar a transferência para outro órgão de um poder legiferante permanente e estável. A delegação legislativa versa sobre o poder de elaborar um conjunto de normas sobre determinado tema. Não pode resultar na transferência da competência legislativa propriamente dita.

Anote-se que a própria Constituição, no art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinou a invalidação dos atos de delegação de competência (especialmente legiferante) eventualmente produzidos sob a vigência da Carta anterior” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 512).

Ante o exposto, resta, para nós, afastada a possibilidade de delegação legislativa no ordenamento constitucional em vigor.

5.3. A questão dos *standards*

A questão da fixação de **standards** genéricos para a atuação de entes governamentais liga-se diretamente à atual concepção da separação dos poderes. Segundo Alexandre de Moraes, sob essa novel ótica mantém-se a centralização governamental nos Poderes Políticos – Executivo e Legislativo-, que deverão fixar os preceitos básicos, as metas e finalidades da Administração Pública, porém exige maior descentralização administrativa, para a consecução desses objetivos. O autor aduz que nesse contexto, o Direito brasileiro teria incorporado, principalmente, do Direito norte-americano a idéia de descentralização

administrativa na prestação dos serviços públicos e, conseqüentemente, gerenciamento e fiscalização pelas agências reguladoras, motivo pelo qual entende que tais entes autárquicos poderiam receber do Poder Legislativo, por meio de lei de iniciativa do Poder Executivo, uma delegação para exercer seu poder normativo de regulação, competindo ao Congresso Nacional fixar suas finalidades, objetivos básicos e estrutura das agências, bem como a fiscalização de suas atividades. Concluindo, afirma que

“o Congresso Nacional permanecerá com a centralização governamental, pois decidirá politicamente sobre a delegação e seus limites às agências reguladoras, porém efetivará a descentralização administrativa, permitindo o exercício do poder normativo para a consecução das metas traçadas em lei. O Poder Legislativo deverá, nos moldes norte-americanos, estabelecer os parâmetros básicos, na forma de conceitos genéricos – **standards** -, cabendo às agências reguladoras a atribuição de regulamentação específica, pois passarão a exercer, de maneira exclusiva, uma atividade gerencial e fiscalizatória que, tradicionalmente no Brasil, sempre correspondeu à administração direta, enquanto cedente dos serviços públicos por meio de permissões ou concessões” (MORAES **apud** TOJAL, 2002, p. 151).

Sobre o tema dos **standards**, Alexandre Aragão afirma que as leis atributivas de “poder normativo” às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de propiciem o desenvolvimento de ordenamentos setoriais aptos a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente à atividade de regulação (ARAGÃO, 2002, p. 45).

Nesse sentido, o autor, buscando amparo na doutrina internacional, em especial a italiana⁷³, alude que a relação entre a lei e as normas das autoridades independentes é atípica, de modo que estas possuem uma discricionariedade consideravelmente ampla conferida pela lei para preencher os espaços deixados pela autoridade e para desenvolver os princípios nela estabelecidos, tendo, aliás, a normatização da autoridade, nessa hipótese, força primária (Idem, p. 45).

Assim, a lei, sem iniciar uma normatização mais completa, e, muito menos, exaustiva da matéria, estabeleceria “apenas parâmetros bem gerais da

⁷³ São exemplos Giuseppe Abbamonte e Silvano Labriola (ARAGÃO, 2002, p. 42)

regulamentação a ser feita pelo ente regulador independente”, integrando, assim, “a categoria das leis-quadro (**lois-cadre**) ou standartizadas, próprias das matérias de particular complexidade técnica e dos setores suscetíveis a constantes mudanças econômicas e tecnológicas”, não dando maiores elementos pelos quais o administrador deva pautar a sua atuação concreta ou regulamentar, e referindo-se genericamente a valores morais, políticos e econômicos existentes no seio da sociedade (saúde pública, utilidade pública, competição no mercado, preços abusivos, continuidade dos serviços públicos, regionalização, etc.), pelo que conferiria, assim, à Administração Pública, um grande poder de integração do conteúdo da vontade do legislador (ARAGÃO, 2002, pp. 45-47).

Marçal Justen Filho alude, entretanto, que não é compatível com a ordem constitucional brasileira uma lei se restringir a estabelecer meros **standards** genéricos, remetendo à competência normativa da agência a disciplina quase integral de uma certa matéria (JUSTEN FILHO, 2002, p. 524)⁷⁴.

A esse respeito o próprio Alexandre Aragão admite, em parte, dificuldades frente ao ordenamento pátrio, afirmando que

"a possibilidade do poder normativo ser conferido em termos amplos e às vezes implícitos não pode isentá-los dos parâmetros suficientes o bastante para que a legalidade e/ou a constitucionalidade dos regulamentos seja aferida. Do contrário, estaríamos, pela inexistência de balizamentos com os quais pudessem ser contrastados, impossibilitando qualquer forma de controle sobre os atos normativos da Administração Pública, o que não se coadunaria com o Estado de Direito" (ARAGÃO, 2002, pp. 44-45).

Pensamos como Justen Filho. Não nos parece possível, sem que isso seja feito expressamente pela legislação específica, ficar ao alvedrio das agências a possibilidade de que, com base em parâmetros genéricos, venham a normatizar o ordenamento jurídico, inovando na criação de direitos ou de obrigações dirigidas aos administrados.

74 O autor cita precedente do e. STF ainda na vigência da Constituição de 1946, cujo relator, Min. Aliomar Baleeiro, em seu voto afirmou "(...) confirmaria o v. acórdão se a Lei 4.862 expressamente autorizasse o regulamento a estabelecer condições outras, além das que ela estatuir. *Aí, não seria delegação proibida de atribuições, mas flexibilidade na fixação de standards jurídicos de caráter técnico* (...)" (**apud** JUSTEN FILHO, 2002, p. 524).

5.4. Competência Regulamentar

Segundo Justen Filho, a dicção correta do art. 84, IV, da Constituição de 1988, leva à conclusão de que a competência para editar regulamentos não é privativa do Presidente da República, mas se distribui entre as diversas entidades integrantes da Administração Pública, pois a redação do dispositivo não estaria a apontar para a existência de uma reserva constitucional privativa para o Chefe do Executivo federal editar normas gerais, de natureza regulamentar, visando à perfeita execução das leis (JUSTEN FILHO, 2002, p. 519).

À mesma opinião adere Leila Cuéllar:

“É imperioso observar que, embora os artigos 84, IV, e 87, II da Constituição Federal atribuam competência ao Presidente da República e aos Ministros de Estado para expedir decretos, regulamentos e instruções para fiel execução das leis, o exercício de função regulamentar não é exclusivo daquelas autoridades. O rol apresentado pelo texto constitucional não é exaustivo, estando outras entidades da Administração Pública autorizadas a emanar regulamentos” (CUÉLLAR, 2001, p. 116).

A autora, desse modo, afirmando reconhecer-se, hoje, que o poder regulamentar pode ser exercido não somente pelo Presidente da República, mas também pelos Ministros de Estado e por outros órgãos e entidades da Administração Pública, como as autarquias, conclui que as agências reguladoras — autarquias em regime especial, integrantes da Administração indireta — podem deter competência regulamentar, muito embora seja preciso verificar quanto ao conteúdo desta competência e de seus limites (Idem, p. 117).

Aqui, pelos argumentos apresentados pela ilustre mestra, discordamos de sua posição. Para nós, pela expressa disposição constitucional, compete, **em princípio**, tão só ao Presidente da República o exercício, no âmbito do Executivo, do poder regulamentar. Assim, ficamos, por ora, com Clèmerson Merlin Clève, o qual, aderindo à posição externada pelo prof.^o Celso Antônio Bandeira de Mello, afirma que "apenas ao Chefe do Executivo é conferido o exercício regulamentar e

esta atribuição é indelegável, segundo se depreende da leitura do art. 84, parágrafo único, da CF" (**apud** MUSSI, 2004, p. 18).

O poder regulamentar, necessário ao bom andamento da máquina administrativa⁷⁵, consiste, segundo a doutrina clássica de José Afonso da Silva, num poder administrativo no exercício de função normativa subordinada, qualquer que seja seu objeto; trata-se de poder limitado que se distingue do poder legislativo pelo fato de não poder inovar na ordem jurídica e que encontra seus limites naturais no âmbito da competência executiva e administrativa onde se insere (cf. SILVA **apud** MUSSI, 2004, p. 10).

Nessa ordem de idéias, a doutrina tem identificado, basicamente, as seguintes modalidades de regulamentos: a) de execução; b) autônomo e c) delegado.

O regulamento de execução é o tradicionalmente conferido ao chefe do Poder Executivo, a fim de dar fiel execução às leis aprovadas pelo Legislativo, como disposto no artigo 84, IV da Constituição de 1988. Já há muito o saudoso Hely Lopes Meirelles definiu que o regulamento de execução é aquele cujo fim é explicar o modo e a forma de execução da lei (MEIRELLES, 1998. p. 113.).

Quanto ao regulamento autônomo, a prof.^a Maria Sylvia aduz que ele inova na ordem jurídica, porque estabelece normas sobre matérias não disciplinadas em lei (DI PIETRO, 2002a, p. 87).

Sobre eles, Manoel Gonçalves Ferreira Filho esclarece que

"(...) tais regulamentos flagrantemente criam regras jurídicas novas. Estabelecem limitações à liberdade individual, impõem obrigações, que a lei não previu. Assim, por aplicação estrita do princípio da legalidade, deveriam ser rejeitados por inconstitucionais" **apud** MUSSI, 2004, p. 21)⁷⁶.

⁷⁵ Vanessa Vieira de Mello aponta a importância do poder regulamentar: "O bom andamento da função administrativa pressupõe a tomada de decisões, por parte do Executivo, conducentes à concretude das normas jurídicas, dando-lhes plena executividade" (**apud** MUSSI, 2004, p. 10).

⁷⁶ Trataremos com mais vagar sobre os regulamentos autônomos mais adiante.

O regulamento delegado seria aquele decorrente do exercício da delegação legislativa, tópico do qual tratamos no item precedente (5.2.), restando afastada tal possibilidade no ordenamento pátrio.

Nessa linha, questão relevante é aceitabilidade ou não dos regulamentos autônomos no ordenamento jurídico pátrio. A maioria dos autores nacionais entende serem inaceitáveis no Direito brasileiro os regulamentos autônomos em face da vedação imposta pelos princípios da separação de poderes e da legalidade. Assim, o poder regulamentar se qualificaria por ser inteiramente subordinado à lei, aceitando a expedição unicamente de regulamentos voltados a dar pura execução às normas previamente existentes (regulamentos de execução ou executivos), sendo impossível aos regulamentos inovar no ordenamento jurídico⁷⁷.

Em sentido oposto, existem algumas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais favoráveis à existência de regulamentos autônomos no Direito brasileiro, sempre, contudo, mantendo estreitas limitações e cautelas à sua aplicabilidade⁷⁸. Normalmente, aceitam-no como um ato administrativo, de caráter normativo, com a finalidade de especificar os mandamentos da lei ou de prover situações ainda por ela não disciplinadas, emitido por órgão ou agente no exercício de função não-legislativa (FERRAZ **apud** CUÉLLAR, 2001, p. 120).

Na defesa da admissibilidade do regulamento autônomo, Leila Cuéllar socorre-se ainda das lições de Eros Grau sobre o poder regulamentar, para quem, sendo os regulamentos autônomos concebidos como emanações a partir de atribuição implícita do exercício de função normativa ao Executivo, definida no texto constitucional ou decorrente de sua estrutura, seriam válidos no direito brasileiro, em razão da necessidade de se dotar o Executivo de competência indispensável para consecução dos fins do Estado (CUÉLLAR, 2001, p. 122).

⁷⁷ Adotam tal entendimento, entre outros, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello, Geraldo Ataliba, José Afonso da Silva, Celso Ribeiro Bastos, Carlos Mário da Silva Velloso, Clèmerson Merlin Clève e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (cf. CUÉLLAR, 2001, p. 42, nota de rodapé n.º 70).

⁷⁸ Aceitam o regulamento autônomo Clenício da Silva Duarte, Hely Lopes Meirelles, Sérgio de Andréa Ferreira, Bonifácio Fortes, Carlos Medeiros Silva e Sérgio Ferraz, dentre outros (CUÉLLAR, 2001, pp. 118-120).

Não pensamos desse modo, até em face da abalizada doutrina tradicional, visto que sua admissão (exceto nas hipóteses contidas no art. 84, VI, alíneas *a*) e *b*), com a redação dada pela EC n.º 32) é repelida no ordenamento pátrio.

Superadas as questões precedentes — verificação de competência privativa (em princípio), do Chefe do Executivo para exercitar o poder regulamentar, e inadmissibilidade dos regulamentos autônomos no ordenamento pátrio, — resta considerar a forma de solucionar o exercício, pelas agências, de sua função regulatória.

5.5. O exercício e limites da regula(menta)ção pelas agências

Retomando os conceitos de regulação vistos no capítulo 3., temos que, para o ente regulador efetivamente exercer a função regulatória que lhe compete, em especial a **normatização** do comportamento dos agentes econômicos, faz-se necessário, de um lado, que o Poder Concedente formule adequada e tempestivamente as políticas públicas que devem ser buscadas (o chamado marco regulatório), editando as leis mediata e imediatamente relacionadas, e de outro promova a regulamentação dos dispositivos nelas contidos, baixando os regulamentos aplicáveis a cada espécie.

Ocorre que temos que considerar a gênese de cada agência, se constitucional ou legal, para se chegar à solução mais correta e consentânea com o ordenamento jurídico, econômico e social vigente, e nesse contexto, com o exercício do poder regulador por meio da edição de regulamentos, ainda que de execução.

Quando nos referimos ao poder regulamentar, entendendo seu exercício privativo (em princípio) do Chefe do Poder Executivo, procuramos nos firmar na previsão constitucional do art. 84 para tanto. Ocorre que, à semelhança, os Ministros de Estado haurem, a teor do art. 87, parágrafo único, II, de competência

para expedirem instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos, muito embora deva se compreender que tais instruções não têm a mesma força regulamentar que os regulamentos baixados pelo Presidente da República (cf. DI PIETRO, 2002b, p. 153).

Sobre tal aspecto, a prof.^a Maria Sylvia lembra que

“inúmeros órgãos administrativos e entidades da Administração indireta editam atos normativos por meio especialmente de Resoluções e Portarias, muitas inovando na ordem jurídica, em grande parte dos casos por expressa delegação feita por lei. É o caso do Banco Central, Secretaria da Receita Federal, Conselho Monetário Nacional, Conselho Nacional de Trânsito, Conselho Nacional de Seguros Privados e tantos outros” (DI PIETRO, 2002b, p. 153).

Nesse sentir, entendemos que, nascendo algumas agências na própria Constituição — v. g. ANP e Anatel —, ainda que por ação do legislador constitucional derivado (que, por meio da EC n.º 8/95, alterou o art. 21, XI, e pela EC n.º 9/95, promoveu modificação no art. 177, § 2º, III), há que, por analogia com a faculdade regulamentar atribuída ao Chefe do Executivo, se reconhecer a tais entes uma plena função regulatória (Idem, pp. 157-158)⁷⁹.

Quanto às demais agências, hauridas do ordenamento infraconstitucional, decorre que a função regulamentar que possam levar a cabo não pode ser maior que a exercida por qualquer outro órgão administrativo ou entidade da Administração Indireta, sob pena de representar uma inconstitucionalidade.

Em conclusão, defende-se poderem a ANP e a Anatel expedir regulamentos para a fiel execução dos diplomas legais pré-existentes que cuidam das relações entre tais agentes e os regulados.

Ressaltamos, no entanto, que o mencionado poder regulamentar não há que ser ilimitado, pelo que devem ser-lhe impostas restrições ao seu exercício, a começar pela necessária obediência às políticas preconizadas nas respectivas leis

⁷⁹ No mesmo sentido Ricardo de Barros Leonel (LEONEL, 2003, p. 547).

setoriais e àquelas delineadas pelo Governo para cada setor⁸⁰. Ademais, devem os entes observar⁸¹:

a) o reconhecimento de que os regulamentos, atos administrativos hierarquicamente subordinados à lei e à constituição, não podem desrespeitar as normas e princípios de direito que lhe são superiores, sendo-lhes vedado modificar, suspender, derrogar ou revogar as normas e princípios constitucionais, ou contrariar a lei, não sendo admissível o regulamento **contra legem**;

b) o regulamento não pode inovar na ordem jurídica, estabelecendo direitos, obrigações ou deveres novos às pessoas privadas, sem qualquer respaldo em lei, e tampouco lhe é, pelo mesmo raciocínio, autorizado ampliar, restringir ou modificar direitos ou obrigações legais;

c) só é possível aos regulamentos gerar deveres, direitos e obrigações, se previamente estabelecido seu contorno em lei, que determinará os padrões para a atuação administrativo-normativa regulamentar;

d) pelo princípio da tipicidade aplicado ao Direito Administrativo, não é possível à autoridade administrativa criar normas cuja edição pressupõe processo legislativo certo e específico, assim como competência legislativa constitucional, não cabendo ao regulamento criar crimes, instituir penas e sanções, prever tributos ou encargos de qualquer natureza, instituir restrições à igualdade, à liberdade e à propriedade, exigir autorização prévia por parte dos órgãos públicos para o exercício de atividade econômica privada ou determinar alterações ao estado das pessoas por iniciativa própria;

⁸⁰ Assim, à ANEEL compete implementar as políticas e diretrizes do Governo federal (art. 2º, Lei nº 9.427/96); a ANATEL deve implementar a política nacional de telecomunicações (art. 19, I, Lei nº 9.472/97), em cuja elaboração são reservadas relevantes competências ao Presidente da República (art. 18, Lei nº 9.472/97); a ANP deve observar a política energética nacional, cujas diretrizes são formuladas pelo Presidente da República mediante proposta do Conselho Nacional de Política Energética – CNPE (arts. 1º, 2º e 8º, I, Lei nº 9.478/97); a ANS deve se ater às políticas públicas do Conselho Nacional de Saúde Suplementar – CONSU (art. 4º, I, Lei nº 9.961/00); a ANA implementará as políticas do Conselho Nacional de Recursos Hídricos (arts. 2º a 4º, Lei nº 9.984/00); a ANVISA executará a política nacional de vigilância sanitária, cuja formulação compete ao Ministério da Saúde (art. 2º, § 1º, I, Lei nº 9.782/99); a ANTT e a ANTAQ deverão atender às políticas adotadas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos Transportes (arts. 1º, I, e 20, I, Lei nº 10.233/01); e à ANCINE caberá executar a política nacional de fomento ao cinema elaborada pelo Conselho Superior do Cinema (arts. 3º e 7º, I, MP nº 2.219/01) (cf. ARAGÃO, 2004, p. 19).

⁸¹ Cf. CUELLAR, 2001, pp. 124-127.

e) o regulamento, em princípio, não pode ter efeito retroativo, exceto quando se destinar a beneficiar pessoas privadas e desde que respeite o princípio da isonomia;

f) a expedição de regulamento deve sempre ser fundamentada, apresentando motivação pública de fato e de direito, contemporânea à sua edição, pois, ainda que geral e abstrato, é ato administrativo; e

g) os regulamentos, como qualquer ato administrativo, são passíveis de submissão a controle pelo Judiciário, seja quanto à sua emanção, seja com relação ao seu conteúdo, preservando-se, aí, a essência do sistema de **checks and balances**.

Em conclusão, trazemos a lume as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, que diz:

“Dado o princípio constitucional da legalidade, e conseqüente vedação a que atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica (v. Capítulo II, ns. 28-32), **resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades não de se cifrar a aspectos estritamente técnicos, que estes, sim, podem, na forma da lei, provider de providências subalternas**, conforme se menciona no Capítulo VIII, ns. 33-36, ao tratar dos regulamentos. Afora isto, nos casos em que suas disposições se voltem para concessionários ou permissionários de serviço público, é claro que podem, igualmente, expedir as normas e determinações da alçada do poder concedente (cf. Capítulo XIV, ns. 40- 44) ou para quem esteja incluso no âmbito doméstico da Administração. Em suma: Cabe-lhes expedir normas que se encontrem abrangidas pelo campo da chamada ‘supremacia especial’” (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 159, grifo nosso).

6. CONTROLE EXTERNO SOBRE AS AGÊNCIAS

O presente capítulo busca abordar as formas de controle sobre os entes reguladores, objetivando a correção de eventuais desvios na execução do modelo de agências adotado pelo Brasil, inserindo-se, em especial, a atuação do Tribunal de Contas da União no exercício do controle externo.

Iniciaremos tratando de aspectos atinentes ao controle sobre a Administração em geral; em seguida, nos referiremos ao controle aplicado às agências e, finalmente, discorreremos sobre o controle externo, bem seu exercício sobre os entes reguladores.

6.1. Controle sobre a Administração Pública

6.1.1. Tipologia dos controles exercidos sobre a Administração

De acordo com K. Mannheim, o controle é um derivado do poder, e nesse sentido alude que

“desde o princípio, a sensação humana do poder tem sido associada ao controle da conduta de outras pessoas. Por isto toda discussão relativa ao poder se associa a um debate sobre seu controle. Nosso poder é avaliado pelo grau e extensão de nosso controle sobre os outros homens e, por sua vez, é controlado na medida em que os outros homens reagem sobre nossa vontade de nos controlar” (MANNHEIM *apud* PONDE, 1998, p. 131).

Renato Brown Ribeiro nos diz que o controle é apresentado como função administrativa desde as primeiras teorizações acerca da Administração e da Economia, já tendo, nesse sentido, Fayol o relacionado como função administrativa essencial (RIBEIRO, 2002, p. 4).

Como já se viu (item 5.2.2.), no exercício das funções estatais clássicas, (v. g. legislativa, executiva e judiciária), identificadas por Montesquieu no *princípio da separação dos poderes*, vigora, em regra, o sistema dos **checks and balances**

de interferências recíprocas, em que cada Poder, representado por um órgão específico, exerce suas competências e também **controla** o exercício dos outros.

Diga-se, aliás, que já na época da Revolução Francesa, fizeram os revolucionários estabelecer, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no ano de 1789, que "a sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público de sua administração" (JACOBY, 1997, p. 1).

Nesse sentido, controle, em administração pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro; assim, é fixada a competência dos seus órgãos e agentes, e é estabelecido os tipos de forma de controle de toda atuação administrativa, para sua defesa própria e dos direitos dos administrados (cf. MEIRELLES, 1998, p. 548).

Consoante as lições da doutrina clássica⁸², basicamente o controle pode ser *interno* ou *externo*, e *legislativo*, *judiciário* ou *administrativo*, conforme seja realizado ou não pela própria Administração ou pelos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo.

O *controle interno* é todo aquele realizado pela entidade ou órgão responsável pela atividade controlada, no âmbito da própria administração; é exercido de forma integrada entre os Poderes, conforme preceitua o art. 74, **caput**, da Constituição, e importa responsabilidade solidária dos seus responsáveis, quando deixarem de dar ciência ao Tribunal de Contas União de qualquer irregularidade ou ilegalidade, nos termos do art. 74, IV, § 1º, da Carta Política.

Já o *controle externo* se verifica quando o órgão fiscalizador se situa em Administração diversa daquela de onde a conduta administrativa se originou; pode ser:

⁸² Nesta parte sintetizamos os conceitos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, pp. 825-840), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (pp. 698-669), Hely Lopes Meirelles (1998, pp. 543-598) e Diógenes Gasparini (2004, pp. 790-828), dentre outros. Sobre o controle dos atos da Administração Pública, consulte-se trabalho de Lafayette Pondé (PONDÉ, 1998).

a) popular: verifica-se quando o cidadão fiscaliza diretamente as ações administrativas; exemplo se dá em relação às contas dos Municípios, que ficarão, durante 60 dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei (art. 31, § 3º, da Constituição);

b) parlamentar direto : como vimos (item 5.2.2), opera-se com supedâneo no regime democrático previsto na Constituição Federal de 1988, segundo o qual a população é fonte e titular do poder político. Seu exercício está a cargo dos integrantes do Legislativo, tendo em mira a administração desempenhada pelos Poderes Executivo e Judiciário, constituindo-se seu exercício uma das funções típicas desse Poder, ao lado da função de legislar. Nesse sentido, entre as potestades controladoras legislativas, expressamente previstas na Constituição vigente, podemos citar as seguintes:

A) sustação dos atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, a teor do art. 49, V;

B) convocação de Ministros ou seus subordinados para prestarem requerimentos e informações, conforme art. 50;

C) encaminhamento (mesas do Senado e da Câmara) a Ministros de Estado ou a qualquer das pessoas referidas no **caput** do artigo art. 50, § 2º, pedidos escritos de informação;

D) recebimento (comissões permanentes e temporárias do Congresso Nacional e suas Casas), nos termos do art. 58, § 2º, IV; de petições, reclamações e representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas;

E) solicitação, por comissões, de depoimento de qualquer autoridade ou cidadão, com base no art. 58, § 2º, V;

F) possibilidade de criação, com fulcro no art. 58, § 3º, de comissões parlamentares de inquérito (CPIs) com poderes de investigação próprios de autoridade judicial para apuração de fato determinado;

G) emissão (Congresso Nacional) de autorizações ou aprovação de atos do Executivo, conforme o art. 49, I, XII, XIII, XVI e XVII, para:

- resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais;

- apreciar atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de televisão;

- escolher 2/3 dos Ministros do TCU;

- realizar aproveitamento em terras indígenas e exploração de recursos hídricos ou minerais.

c) pele Judiciário: o controle externo é exercido também pelo Poder Judiciário, podendo ser preventivo ou corretivo, e decorrente de ações constitucionais: **habeas corpus** (art. 5º, LXVIII), **habeas data** (art. 5º, LXXII e Lei 9.507/1997), *mandado de segurança* (art. 5º, LXIX e LXX, e Lei 1.533/1951), *mandado de injunção* (art. 5º, LXXI), *ação popular* (art. 5º, LXXIII, e Lei 4.717/1965), *ação civil pública* (art. 129, III, e Lei 7.347/1985), e *ação de inconstitucionalidade* (art. 102, I, a, e 103). De se recordar que o Brasil adota o sistema de *jurisdição una* (ou única) que se contrapõe ao sistema de *jurisdição dupla* (também chamado dual, do contencioso administrativo ou de jurisdição administrativa), adotada na França⁸³, Alemanha, Portugal e, parcialmente, Itália e Bélgica, no qual há Tribunais e juízes administrativos encarregados de grande parte dos litígios que envolvam a Administração Pública.

Finalmente, sobre o controle administrativo, esclareça-se que ele deriva do poder-dever de autotutela que a Administração tem sobre seus próprios atos e agentes. Esse controle é normalmente exercido pelos órgãos superiores sobre os inferiores (controle hierárquico próprio das chefias e das corregedorias), com auxílio de órgãos incumbidos do julgamento de recursos (controle hierárquico impróprio) ou ainda de órgãos especializados em determinadas verificações (controle técnico de auditorias etc.), mas integrantes da mesma Administração, pelo que se caracteriza como controle interno, pois que o externo é sempre

atribuída a órgão estranho ao Executivo. Por meio do controle administrativo, a Administração pode anular, revogar ou alterar os seus próprios atos, e punir os seus agentes com as penalidades estatutárias. A Administração só anula o ato ilegal e revoga ou altera o ato legal mas ineficiente, inoportuno ou inconveniente, se ainda passível de supressão ou modificação.

6.1.2. Controles sobre as agências

Quando tratamos da autonomia das agências reguladoras (item 4.4.8.), vimos que, nada obstante serem dotados de um regime especial, com mais prerrogativas, motivo pelo qual não podem ser seus atos revistos por outra autoridade administrativa, tais entes se submetem a diversos tipos de limitações e controles.

Reforça essa ordem de idéias a posição de Alexandre Aragão, que nos diz:

“O que importa frisar, é que a autonomia ou independência das agências reguladoras não implica em ausência de controles (não hierárquicos), vez que não podem ficar excluídas do planejamento e coordenação do conjunto das ações estatais. Note-se que, mesmo nos Estados Unidos da América do Norte, país no qual as agências reguladoras alcançaram o seu maior grau de autonomia, o Presidente da República editou a Ordem Executiva nº 12.886/93 – **Regulatory Planning and Review**. Este ato estabelece procedimentos obrigatórios para as agências, no sentido de que, antes de iniciarem os seus procedimentos regulatórios, devem comunicar a sua intenção a um órgão central do Governo – o **Regulatory Working Group** – incumbido de alertá-las para as regulações desnecessárias, dúplices ou contraditórias entre si ou com a política governamental” (ARAGÃO, 2003, p. 38, nota de rodapé n.º 124, grifei).

Assim, retomando alguns dos conceitos expostos anteriormente, destacamos três tipos de controle aplicados às agências de regulação: administrativo, judicial e social.

Quanto ao primeiro, de natureza administrativa, diga-se que em face de sua natureza autárquica sujeitam-se ao controle finalístico, objetivando a

⁸³ Vimos esse aspecto quando abordamos as origens das agências no direito comparado (item 4.1.)

verificação do cumprimento das políticas públicas, conforme previsto genericamente no art. 20 do DL n.º 200/67 (a supervisão ministerial⁸⁴), mas que também deve ser exercido pelo Poder Legislativo, mediante exigência de relatórios semestrais e arguições em Comissões específicas do Parlamento.

Além disso, dentro do controle administrativo, submetem-se ao crivo político, em face de a nomeação dos seus dirigentes ser feita pelo chefe do Poder Executivo.

As agências têm, também, que se subordinar aos ditames contidos na legislação que trata de orçamentos e contratação de bens e serviços, entre outras.

Nesse sentido, e como já se viu anteriormente, os atos das agências, por serem da natureza administrativa, se submetem à égide do Tribunal de Contas, mediante exame da gestão das contas, prestadas conforme determinação do artigo 70 da Constituição, bem como são verificados quanto à aplicação dos bens e serviço públicos a seu cargo, inclusive no que respeita à eficiência, eficácia e efetividade de seus atos frente às políticas públicas.

Por outro lado, os atos praticados pelas agências reguladoras poderão, em caso de abusos e ilegalidades, ser revistos pelo Poder Judiciário, sujeitando-se ao mesmo regime dos atos administrativos em geral, podendo, assim, ser objeto de impetração de mandado de segurança, individual ou coletivo, ação civil pública e ação popular, além das ações ordinárias e cautelares⁸⁵. Essa espécie de

⁸⁴ Note-se que a ANEEL submete-se a controle que se aproxima do tradicional "controle administrativo", em razão do contrato de gestão celebrado com o Ministério de Minas e Energia, em que se dispõe sobre o "estabelecimento de metas de resultados de gestão da Aneel, decorrentes das políticas e diretrizes do governo federal" (a instituição do contrato de gestão está prevista no art. 20 do Regulamento da Aneel); não havendo, contudo, e para nenhuma das agências, a possibilidade de haver recursos hierárquicos impróprios para o ente central (Cf. CUÉLLAR, 2001, p. 103, nota de rodapé n.º 240).

⁸⁵ A respeito, Edgard Silveira Bueno Filho nos diz que não escapam do crivo do Judiciário nem os atos discricionários; veja-se: "*não se excluem do controle os atos praticados com fundamento no poder discricionário. Ainda que a matéria envolva questões técnicas próprias da área de atuação das agências, poderá o juiz, nesse caso, valer-se dos meios da prova à sua disposição, em especial a perícia técnica, confrontando as soluções da administração com aquelas encontradas pelos experts e, a partir daí, com observância dos princípios fundamentais, bem decidir a questão. Vale transcrever a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello a respeito do tema: 'Nada há de surpreendente, então em que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empeco existe a tal proceder, pois é meio – e, de resto, fundamental – pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito'. Diz mais, o grande publicista, que 'até mesmo a observância do princípio do devido processo legal substantivo pode ser averiguado pelo juiz que, provocado pela parte, dirá se há ou não razoabilidade no comportamento administrativo adotado pela agência'" (BUENO FILHO, 2003, pp. 29-30).*

controle externo pode ser complementada pela atuação do Legislativo, no caso de exorbitância do exercício do poder regulamentar, posto que aquele Poder tem competência constitucional para sustar tais atos quando exorbitantes.

Ademais, necessário consignar, igualmente, a previsão de controle social das agências reguladoras quanto ao atingimento das finalidades e metas da regulação, como forma de garantir a participação popular na Administração Pública.

Nesse sentido cabe, inicialmente, a instituição de ouvidorias, às quais competiria receber e analisar as reclamações e sugestões formuladas por agentes regulados e usuários ou consumidores, bem como propor medidas para atendê-las, a previsão de ocorrerem audiências públicas, mecanismo utilizado para coleta de subsídios e informações, bem como para propiciar que os particulares se manifestem, e dar publicidade da ação regulatória das agências.

Outro instrumento de controle social ao qual muitos aludem deverem as agências se submeter⁸⁶ é o contrato de gestão relativo à sua administração, considerado também instrumento de controle da atuação administrativa da autarquia e da avaliação de seu desempenho.

Finalmente, a instituição de Conselho Consultivo, órgão opinativo, em que há representação e participação da sociedade, seria outro mecanismo de controle social das agências de regulação.

Todas essas formas de controle servem para contribuir para a avaliação dos serviços prestados pelas agências e trazer a opinião dos usuários sobre

⁸⁶ Segundo sugere a Casa Civil da Presidência da República, “as agências e os respectivos ministérios supervisores devem estar sujeitos à celebração de contratos de gestão como forma de garantir o monitoramento do desempenho das agências vinculadas. Atualmente, as únicas agências sujeitas a essa obrigação são a ANEEL, a ANVISA, a ANS e a ANA. A obrigação, estendida em caráter geral, do contrato de gestão deve ser prevista mediante projeto de lei incluindo artigo na Lei nº 9.986, de 2000 ou disposição legal específica. Uma adequada avaliação do desempenho das agências está associada à clareza das políticas setoriais, posto que uma boa atuação do órgão regulador no que se refere ao nível de implementação das políticas e diretrizes emanadas pelo Poder Executivo e pelo Congresso Nacional depende de um balizamento estável” (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2003, p. 36).

questões relativas aos investimentos, às condições de exercício dos serviços, e às decisões estratégicas a serem tomadas no quadro do desenvolvimento de determinado setor de atividades.

6.2. O Controle externo

6.2.1. Breve histórico acerca do controle externo brasileiro⁸⁷

Enquanto função administrativa, o controle guarda suas origens desde a criação dos primeiros Estados, já tendo sido colhidos registros da existência de controle e de fiscalização desde a unificação dos dois Egíptos, no reino de Menés I (3.200 a.c.), em escritos como o Código Indiano de Manu, o Eclesiastes do rei Salomão e os escritos romanos de Plínio e Cícero, além de relatos acerca da administração de Atenas, que descrevem uma rudimentar estrutura de corte de contas, na qual dez tesoureiros eram eleitos para uma assembléia que tinha por objetivo apreciar a aplicação dos recursos públicos (a **hellénotamiai**).

No período feudal, as necessidades de controle administrativo se reduziram sensivelmente em face da fragmentação do Império Romano e, em consequência, da sobrevivência, no período, de pequenos estados. Mais tarde, com o desenvolvimento de Estados de maior envergadura, a necessidade de controle sobre os gastos públicos avultou de importância⁸⁸.

Com o nascimento e estruturação de estados nacionais de maior complexidade administrativa, estruturam-se, na maioria dos reinos, Tribunais de Contas⁸⁹, sendo que, sob os auspícios revolucionários de 1848 ocorre na Europa nova gênese de entes controladores sob esse novo modelo; no estado francês

⁸⁷ Este tópico representa uma pequena síntese do contido em COTIAS E SILVA, 1999, pp. 19-144, SIQUEIRA, 1999, pp. 145-220, BARROS, L., 1999, p. 221-280, e RIBEIRO, 2002, pp. 47-69.

⁸⁸ São exemplos desse movimento antecessor dos Tribunais de Contas modernos: a instituição, na França, das primeiras **Chambres de Comptes**; na Península Ibérica (séc. XII), o surgimento de assembléias políticas de nobres que desempenharam funções de controle de finanças públicas; em Portugal (1419), a criação do Regimento dos Contos; e na Inglaterra, mesmo antes de 1215, a existência de um Tribunal de Justiça Financeiro (**Exchequer**) (Cf. SIQUEIRA, 1999, pp. 145-146).

são extintas as **Chambres de Comptes**⁹⁰, passando a subsistir apenas o Tribunal de Contas da França, instituído antes, em 1807⁹¹.

Retornando no tempo, mencionemos o arcabouço jurídico que inicialmente estruturou o controle nas colônias portuguesas: as ordenações Afonsinas (1446), Manoelinas (1516) e Filipinas (1591). Nesse contexto, em que vigia a arrecadação metalista, vemos os primórdios do controle financeiro em nosso território, com a implantação, em 1549, do sistema de Governadores-Gerais, o que levou à criação do cargo de assessoramento de Provedor-Mor das Contas. Após uma série de experiências históricas na sistemática de controle, com a vinda da Família Real para o Brasil (1808) instituiu-se o Erário Régio e o Conselho de Fazenda, competindo-lhes, respectivamente, coordenar e controlar todos os dados referentes ao patrimônio e a fundos públicos.

Com a Independência e a outorga da Constituição de 1824, estrutura-se um novo sistema de finanças e controle público, que, conforme previsão nos arts. 170 e seguintes do referido diploma constitucional, previu a apresentação, pelos ministros imperiais, à Câmara dos Deputados, anualmente, de um balanço geral da receita e da despesa do Tesouro Nacional, competindo à Assembléia Geral (Senado e Câmara) a fixação das despesas públicas e a repartição da contribuição direta.

Com o advento da República, em 1889, foram criadas as condições para a instituição do Tribunal de Contas, o que ocorreu a 7/11/1890, pelo Decreto n.º 966-A.

Ao longo da República Velha o Tribunal de Contas se consolidou, tendo, no período, sofrido relevantes reestruturações.

⁸⁹ Nesse sentido ocorre a fundação, pelo Império Austríaco, em 1661, da sua Câmara de Contas; em 1714, na Prússia de Frederico I, nasce semelhante órgão; e em 1767, Carlos III da Espanha leva para Buenos Aires o Tribunal Maior de Contas (Idem, p. 146).

⁹⁰ Suas funções são transferidas para a Assembléia Constituinte (RIBEIRO, 2002, p. 50).

⁹¹ Esse movimento levou, por exemplo, à instituição, no Piemonte, em 1862, da **Régia Corti dei Conti**, e na Bélgica, em 1831, de seu Tribunal, sob a influência do Holandês (1820) (Idem, p. 51).

Na Era Vargas, com a instalação de um Regime de Exceção, ocorreu o enfraquecimento das funções de controle, tendo o Tribunal passado a uma vinculação estreita ao Ministério da Fazenda, o que reduziu substancialmente sua autonomia. Segundo COTIAS E SILVA

“Nesse cenário, o Tribunal de Contas perdeu importantes atribuições, sofrendo pesados golpes e profunda mutilação no exercício de suas competências em decorrência da discricionariedade conferida ao chefe do Executivo pelos decretos editados, a começar pelo antes mencionado que, ao instituir o Governo Provisório, dispôs que o mesmo iria exercer ‘em toda a sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo como também do Poder Legislativo’.

Tal retrocesso não poderia ser diferente pois, como bem salientou o ministro Ewald Sizenando Pinheiro, ‘Tribunal de Contas e regime de arbítrio não se ajustam ou conciliam, não podem conviver juntos, dadas as naturais e incontornáveis restrições impostas ao controle’” (COTIAS E SILVA, 1998, p. 68).

Com a promulgação da Constituição de 1946, o Tribunal de Contas recupera, por força da redemocratização então vivida pelo País, boa parte sua relevância institucional. Como bem alude COTIAS E SILVA,

“No novo panorama político-administrativo que se descortinava, o fortalecimento do Tribunal de Contas pela Constituição de 1946 exerceu papel fundamental. Revigorado em suas competências e ampliada a sua área de atuação, funcionou como forte elo na corrente de redemocratização do país, aliado ao reforço das instituições e da garantia das liberdades individuais.

Essa nova fase, um verdadeiro renascimento do Tribunal, viria a perdurar até 1964, quando o país mergulhou novamente na ditadura, desta vez imposta pelo regime militar” (COTIAS E SILVA, 1998, p. 83).

De acordo com Renato Brown Ribeiro, o Tribunal de Contas — agora já da União, qualificativo acrescido quando da outorga da Constituição de 1967 — somente veio a recuperar a plenitude de suas funções originais com a promulgação da Constituição de 1988, sendo que, com ela, houve um significativo elastecimento das atribuições da Corte de Contas no que toca à suas atividades de fiscalização (RIBEIRO, 2002, p. 68).

6.2.2. Natureza e atribuições do Tribunal de Contas da União⁹²

O Tribunal de Contas da União (TCU), órgão de controle externo, atua em auxílio ao Congresso Nacional, cabendo-lhe acompanhar a execução orçamentária e financeira do país e exercer as competências a ele estipuladas na forma e com os poderes fixados no texto da Constituição Federal de 1988, nos artigos 71 a 74, e sob as diretrizes estabelecidas em sua atual lei orgânica, Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992.

Note-se, acerca da natureza constitucional do Tribunal de Contas, que ele não integra o Poder Legislativo, aproximando-se, pela sua constituição e funções, do Judiciário. Essa é a posição do Ministro do STF Carlos Ayres Britto, primeiro porque o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (art. 44 da Carta Política), e, depois, porque, os julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas “só podem obedecer a parâmetros de ordem técnico-jurídica”; “de subsunção de fatos e pessoas à objetividade das normas constitucionais e legais”, residindo, portanto, no Poder Judiciário, a referência organizativo-operacional que a Carta de 1988 erige para os Tribunais de Contas. Essa, no seu entender, a razão pela qual o art. 73 do Diploma Constitucional confere ao Tribunal de Contas da União, “no que couber” as mesmas atribuições que o art. 96 outorga aos tribunais judiciários, e mais, confere aos ministros do TCU as mesmas “garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens” de que dispõem os ministros do Superior Tribunal de Justiça (BRITTO, 2001, pp. 2-3).

De natureza administrativo-judicante, compete-lhe, consoante o inciso II, da norma constitucional do artigo 71, o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da Administração Direta e Indireta, inclusive das fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que dêem causa e perda, extravio, ou

⁹² Sobre os sistemas de controle externo em diversos países estrangeiros, veja-se texto de Carlos Alexandre Amorim Rocha (ROCHA, C., 2003, pp. 4-9).

outra irregularidade de que resulte prejuízo à Fazenda Nacional, bem como a aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.

No exercício das funções de Controle Externo, é, ainda, dever do TCU, na forma da legislação vigente (Constituição Federal e Lei n. 8.443/92)⁹³:

a) proceder por iniciativa própria ou solicitação do Congresso Nacional à fiscalização contábil, financeira, patrimonial e orçamentária das unidades dos Poderes da União;

b) emitir parecer nas contas prestadas anualmente pelo Presidente da República;

c) acompanhar a arrecadação da receita a cargo da União;

d) apreciar, para fins de registro, a legalidade de atos de admissão, aposentadoria e pensão dos servidores dos Poderes da União;

e) efetuar os cálculos das quotas relativas ao FPE e FPM;

f) representar ao poder competente sobre irregularidades encontradas;

g) aplicar aos responsáveis as sanções previstas na Lei;

h) elaborar seu Regimento Interno, eleger seu Presidente e Vice – Presidente;

i) organizar sua Secretaria, propor ao Congresso Nacional a criação e transformação de cargos, empregos e funções do Quadro de Pessoal;

⁹³ Cf. RIBEIRO, 2002, pp. 81-83. Sobre as atribuições do TCU, Luciano Ferraz alude que “A Carta Constitucional dedica ao Tribunal de Contas da União espaço próprio, reservando-lhe as competências enumeradas nos incisos I a IX do art. 71 e §§1º e 2º (...). Quanto ao órgão ou autoridade responsável pelo seu exercício, o controle dos Tribunais de Contas situa-se ao lado dos controles parlamentar (direto e indireto), administrativo e judiciário(...). Com relação ao momento em que se efetiva: o controle exercido pelo Tribunal é praticamente todo feito **a posteriori**, podendo contudo, dar-se de forma concomitante (v.g., inspeções e auditorias – art.71, IV - atos e contratos administrativos – art.71, IX e § 1º) e, excepcionalmente, prévia – Lei de licitações n. 8.666/93, art. 113, § 2º. Relativamente ao posicionamento dos órgãos controlado e controlador, o controle do Tribunal de Contas é externo a todos os demais órgãos da Administração. Vale salientar que também o Tribunal de Contas deve manter sistema de controle interno de seus próprios atos. Quanto à forma de instauração, o controle do Tribunal de Contas deve instalar-se de ofício, por força de suas atribuições constitucionais, ou mediante provocação de qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato (art. 74, §2º); da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou CPI, relativamente às inspeções e auditorias (art. 71, IV); da Comissão Permanente prevista no art. 166, §, no concernente ao cumprimento do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias, do orçamento e seus créditos adicionais, dentre outras possibilidades. Quanto à extensão, o controle do Tribunal de Contas pode ser de legalidade (v.g., aposentadorias, reformas, pensões e atos de admissão), de mérito (julgamento de contas) e de resultados (contratos de gestão)”(FERRAZ, 1999, pp. 123-124).

j) decidir sobre denúncia e consulta que lhe seja apresentada.

Para cumprir essas atribuições legais e constitucionais, o TCU dispõe, além da já citada função administrativo-judicante, das funções fiscalizadora, normativa, consultiva e de ouvidoria.

A função fiscalizadora é exercida pelo Tribunal por intermédio de auditorias, inspeções, acompanhamentos, verificação de contas, atos, contratos e registro de atos de pessoal, sendo a função principal e originária da atividade de controle.

A função administrativo-judicante, típica do modelo de Tribunal de Contas é exercida por meio do julgamento das contas dos administradores e responsáveis por bens ou valores públicos. Nessa linha, frise-se que o que se julga são as contas, não o próprio administrador; visto que tal **múnus** recai sobre o Poder Judiciário.

A função normativa é exercida pelo TCU, na forma prevista na Lei (art. 31, 58, 6, da Lei n.º. 8.443/92), e decorre das funções administrativo-judicante e fiscalizadora. Desse modo, pode o Tribunal normatizar a apresentação das contas, atualizar o valor das multas e penalidades pecuniárias, e emitir Decisões Normativas ou Súmulas sobre interpretação de princípios legais.

A função consultiva é exercida por intermédio da emissão de pareceres (Contas do Presidente da República - art. 36 da Lei n.º. 8.443/92) e resposta a consultas emitidas por autoridades dos Poderes da União (art. 1º § 2º da Lei n.º 8.443/92).

Finalmente, a função de ouvidoria é decorrente da possibilidade de todo e qualquer cidadão apresentar denúncia ao TCU, devendo a mesma tramitar em caráter sigiloso (arts. 53 a 55 da Lei n.º 8.443/92)⁹⁴.

⁹⁴ O TCU permanece exercendo essa função, tendo inclusive instituído recentemente a sua Ouvidoria (cf. Resolução-TCU n.º 169, de 5/5/2004, publicada no DOU de 10 seguinte). Nada obstante, mencione-se que o e. STF, em decisão prolatada em dezembro de 2003, entendeu que o § 1º do art. 55, da Lei n.º 8.443/92 seria inconstitucional, motivo pelo qual declarou

6.3. O controle exercido pelo TCU sobre os entes reguladores

Como já discutido precedentemente, avulta de importância o exercício da atividade regulatória estatal, por meio das agências de regulação, no contexto das transformações desestatizantes relativas aos bens e serviços públicos, caracterizando uma relação trilateral marcada pelo conjunto de interesses, deveres e obrigações, freqüentemente divergentes, entre o Estado, o empreendedor privado e o consumidor.

Tais entes reguladores, encarregadas de garantir a atratividade do negócio de forma a que se os investimentos privados e, ao mesmo tempo, protegerem os usuários, assegurando que os serviços sejam prestados com qualidade, de forma contínua, baseados na modicidade das tarifas praticadas, muitas vezes acabam falhando no desempenho de tais atividades.

Nesse contexto, os processos de controle externo contribuem de forma decisiva para a estabilidade do regime regulatório. Estabilidade, que, como já se disse, se traduz na autonomia da agência, nos limites de seu mandato, mas, que de outro, implica transparência e **accountability**⁹⁵ da gestão regulatória. O papel

sua inconstitucionalidade, nos seguintes termos: “Tendo em conta que a CF/88 assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, e a inviolabilidade à honra e à imagem das pessoas, possibilitando a indenização por dano moral ou material da decorrente (art. 5º, V e X), o Tribunal, por maioria, deferiu mandado de segurança impetrado contra ato do Tribunal de Contas da União - que mantivera o sigilo quanto à autoria de denúncia oferecida perante aquela Corte contra administrador público - e declarou, **incidenter tantum**, a inconstitucionalidade da expressão ‘manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia’, constante do § 1º do art. 55 da Lei Orgânica daquele órgão, bem como do contido no disposto no Regimento Interno do TCU, no ponto em que estabelece a permanência do sigilo relativamente à autoria da denúncia. Considerou-se, na espécie, que, o sigilo por parte do Poder Público impediria o denunciado de adotar as providências asseguradas pela Constituição na defesa de sua imagem, inclusive a de buscar a tutela judicial, salientando-se, ainda, o fato de que apenas em hipóteses excepcionais é vedado o direito das pessoas ao recebimento de informações perante os órgãos públicos (art. 5º, XXXIII) Vencido o Min. Carlos Britto, que indeferia a ordem - Lei 8.443/92, art. 55: ‘No resguardo dos direitos e garantias individuais, o Tribunal dará tratamento sigiloso às denúncias formuladas, até decisão definitiva sobre a matéria. § 1º Ao decidir, caberá ao Tribunal manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia’” (MS 24405/DF, rel. Min. Carlos Velloso, 3.12.2003, in DJ 23/04/2004 - Ata n.º 11/2004).

⁹⁵ Não há, na língua portuguesa, uma palavra que reflita o sentido pleno dessa expressão inglesa, que representa a obrigação que uma organização ou pessoa tem de prestar contas dos resultados obtidos, em função das responsabilidades que decorrem de uma delegação de poder. Como já se viu de passagem no item 6.1.2., as agências se submetem a contrle social. A propósito, Lúcia Helena Salgado afirma, sobre essa necessária transparência e responsabilização por parte das agências, que “sendo vagas as competências das agências, mais fulcral torna-se a questão da prestação de contas à sociedade (ou **accountability**, na denominação anglo-saxã, que já compõe o jargão), bem como a necessidade de transparência do conteúdo e do processo de tomada de decisões. **Accountability** e transparência não são termos tão abstratos como parecem. Observem-se, a título de ilustração, os procedimentos adotados pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), pela Agência Nacional do Petróleo (ANP) e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica

do controle externo é, pela atuação de seus órgãos, garantir o alcance dessas dimensões, seja em termos de legalidade, seja em termos de resultados das políticas públicas, entre elas as de regulação.

Como já visto há pouco, a Constituição de 1988, ao tratar da fiscalização da Administração Pública, estabeleceu que o controle externo, no âmbito da União, compete ao Congresso Nacional, que o exerce com o auxílio do Tribunal de Contas da União, tendo sido ampliadas consideravelmente as atribuições da Corte, como reflexo da preocupação do constituinte originário em dotar o Órgão de instrumentos jurídicos adequados para que o órgão pudesse bem cumprir sua missão institucional. Nessa nova ordem social e econômica é que se insere o controle que o TCU deve exercer sobre os órgãos e entidades estatais encarregadas de regular a prestação de serviços públicos delegados.

Ao tratar sobre a evolução do controle exercido pelo Tribunal na prestação de serviços públicos, o Ministro Benjamin Zymler esclarece que os primeiros trabalhos levados a efeito pela Corte se referiram ao acompanhamento de concessões sobre rodovias federais, sendo que as primeiras normas *reguladoras* desse acompanhamento, depois condensadas em Instruções Normativas, teriam se originado em decisões pontuais proferidas pelo Tribunal Pleno⁹⁶.

Tendo passado tais acompanhamentos iniciais, o TCU decidiu criar norma interna acerca da fiscalização de concessões, permissões e autorizações de serviços públicos federais, editando, em 22/11/95, a Instrução Normativa TCU nº 10, que foi, posteriormente, substituída pela de nº 27/98, a qual disciplina, no

(Cade), nos últimos anos: as sessões deliberativas são públicas; as decisões divulgadas na internet; as propostas de edição de normas infralegais são colocadas em consulta pública, para colheita de críticas e sugestões da sociedade; promovem-se audiências públicas para a manifestação ampla de interesses em casos polêmicos; relatórios são divulgados na internet. O Cade, em particular, tomou por vezes a iniciativa de prestar contas à Comissão de Assuntos econômicos do Senado, que tem a atribuição de aprovar a indicação dos dirigentes das agências, assim como os desse Conselho, e a Anatel tem inscrita como obrigação em seu regimento a edição periódica de relatórios de trabalho' (SALGADO, 2003, pp. 17-18).

⁹⁶ Foi o caso da Decisão nº 141/93, em que o Plenário aprovou requerimento formulado pelo então Relator, Ministro Luciano Brandão, sobre o acompanhamento, pela Corte, dos os procedimentos referentes à concessão para a exploração, em especial quanto à viabilidade técnica e econômica da outorga, à licitação e aos aspectos do contrato de concessão relativos à Ponte Rio-Niterói (ZYMLER, 2002, p. 22).

âmbito do tribunal e dos agentes sob sua jurisdição, a fiscalização dos processos de desestatizações, concessões, permissões e autorizações de serviços públicos.

Pela Instrução Normativa nº 27/98 (depois alterada pela de n.º 40/2002), ficou estabelecido o acompanhamento das concessões, permissões e autorizações de serviços públicos em dois momentos distintos, ou seja, a fase do acompanhamento da outorga e a fase do acompanhamento da execução contratual (conforme Capítulo III, Seções I e II, respectivamente).

Como já visto no item 6.2.2., a Carta Política brasileira conferiu ao TCU, entre outras atribuições, a de realizar, **sponte sua**, ou por iniciativa do Congresso Nacional, inspeções e auditorias nas entidades da administração direta e indireta.

Nessa linha, sendo as agências entidades autárquicas, ainda que sob regime especial, o controle direto sobre os administradores das referidas agências decorre diretamente do texto constitucional, competindo ao Tribunal, desse modo, além de apreciar os atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadoria e de pensão dos servidores das agências, e julgar as contas, de determinado exercício, dos administradores principais das agências, realizar, por iniciativa sua ou do Congresso Nacional, inspeções e auditorias em tais entes reguladores.

O Tribunal dispõe, de outra sorte, diante da constatação de irregularidades que demandem célere atuação sua, e objetivando evitar a ocorrência de dano efetivo ou potencial ao erário (em última análise, aos usuários dos serviços), da possibilidade de adotar medida cautelar, pelo Relator ou pelo colegiado respectivo.

Desse modo, não há dúvidas a respeito da larga extensão da atividade fiscalizadora do Tribunal.

Todavia, o controle externo das desestatizações e da regulação exercido pelo TCU não se restringe à análise de conformidade e legalidade de procedimentos e atos administrativos, ou seja, a aspectos jurídico-formais, mas vai

além, buscando examinar os resultados alcançados pelos entes de regulação no exercício de sua missão institucional por, aliás, expressa previsão constitucional⁹⁷.

Assim, quanto ao resultado da ação de cada agência há que o Tribunal proceder à análise, avaliação e revisão de práticas e procedimentos administrativos finalísticos adotados por tais órgãos governamentais do Poder Executivo, e, quando for o caso, de seus regulados, tomando-se por base o arcabouço jurídico e os princípios do regime regulatório brasileiro, de maneira que se garanta que os processos de regulação e de desestatização atinjam seus objetivos de forma econômica, eficiente e efetiva.

Esse exame de mérito deve ocorrer sob a ótica da auditoria de natureza operacional, em especial se estão conformes com os objetivos fixados pelo seu diploma legal instituidor, e mais, pelas políticas regulatórias estabelecidas pela Administração central, quanto aos aspectos, como antes se disse, da **economicidade, eficiência e eficácia**⁹⁸. É a verificação se os meios de que dispõem essas entidades estão sendo utilizados de maneira adequada, se estão sendo atingidos os resultados previamente estabelecidos por lei e se os fins estão em harmonia com as demandas sociais, devendo, inclusive, fiscalizar os contratos de concessão e permissão e os atos de autorização de serviços públicos firmados pelas agências.

Sobre esse aspecto, o Ministro Benjamin Zymler alude que o TCU

⁹⁷ Cf. o art. 71, IV, da Constituição, auditar, contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacionalmente.

⁹⁸ Rememore-se que a eficiência foi erigida a princípio constitucional de observância pela Administração Pública em face da edição da EC n.º 19/98. Luciano de Farias afirma que o controle de mérito visa, sinteticamente, apreciar se o ato da Administração Pública atingiu adequadamente seu objetivo e com o menor custo para o Erário. Nesse sentido, diz que ele estaria englobado nas auditorias de natureza operacional, citando, para tanto, lições de Antonio Roque Citadini, que afirma "(...) parece claro que esta forma de verificação, que procura analisar o ato administrativo vinculando-o com o sucesso de seu objetivo, bem como analisando se os meios utilizados pela Administração foram os mais adequados, traz grande realce às auditorias no julgamento dos atos administrativos", e de Inaldo Araújo, que aduz caracterizar-se a auditoria operacional. "(...) na análise e avaliação do desempenho de uma organização, no todo ou em parte, objetivando formular recomendações e comentários que contribuirão para melhorar os aspectos de economia, eficiência e eficácia" (**apud** FARIAS, 2004, p. 3). A própria Casa Civil da Presidência da República advoga essa forma de fiscalização no que toca à execução dos contratos de gestão que entende necessários serem firmados com as agências: "(...) deve-se considerar a conveniência de realização de auditorias independentes para aferir a execução ou cumprimento do contrato de gestão, a fim de contornar-se o risco de desvirtuamento desse instrumento de controle social. Outrossim, deve-se focar tais contratos na prestação de contas, para que se evite resvalar na trivialidade, especialmente no caso em que ele essencialmente se aproxime de um reflexo do plano estratégico da agência nas áreas de desenvolvimento institucional e organizacional e qualidade do serviço e satisfação dos consumidores, como exemplificado pelas metas anexas ao contrato assinado pela ANEEL em 1998 e atualizado até 2000" (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2003, p. 36).

“exerce uma atividade fiscalizatória de segundo grau, que busca identificar se as agências estão bem e fielmente cumprindo seus objetivos institucionais, dentre os quais o de fiscalizar a prestação de serviços públicos (...) [e que] deve a Corte de Contas, no desempenho de sua competência constitucional, atestar a correção da execução destes contratos” (ZYMLER, 2002, p. 27).

O autor argumenta, ainda, que o Tribunal, em suas ações, não deve, sob pena de invasão de competências, atuar em substituição ao agente regulador. Nesse sentido alude que

“Ressalte-se, todavia, que esta ação não visa a controlar a empresa concessionária em si, mas apenas examinar se as agências estão fiscalizando de forma adequada os contratos por elas firmados. Não deve o Tribunal substituir as agências. Deverá, apenas, zelar pela atuação pronta e efetiva dos entes reguladores, para assegurar a adequada prestação de serviços públicos à população” (idem, p. 27)⁹⁹.

Pensamos, no entanto, que tal argumentação não pode servir de motivo para o Tribunal de Contas deixar de dar efetividade ao exercício seu mister constitucional. Para nós, o Tribunal tem não a faculdade, mas o dever-poder de rever as ações das agências de regulação caso verifique que elas estejam descumprindo as disposições fixadas pelo legislador, ou não estejam, fruto de uma atuação deficiente, possibilitando o alcance dos resultados almejados pela lei ou pelas públicas regulatórias¹⁰⁰.

Cabe, agora, abordar uma outra face do controle que pode (e deve) ser exercido pelo TCU sobre as agências: aquele referente aos atos normativos (regulamentares) expedidos pelos entes reguladores.

À semelhança da atuação que o Tribunal tem em relação aos demais agentes públicos, pode a Corte determinar que, nessa ou naquela situação, caso

⁹⁹ Marçal Justen Filho e Luís Roberto Barroso filiam-se a essa corrente, não admitindo que o órgão de contas possa fiscalizar as agências como titular de competências regulatórias (JUSTEN FILHO, 2002, p. 589, BARROSO, 2002, p. 13). Já aceitando o controle do TCU no que tange à gestão administrativa, em especial quanto ao exame da validade dos atos mediante análise da razoabilidade do seu conteúdo e sob o prisma da eficiência, com fundamento no art. 37 da Constituição Federal, está Edgard Bueno Filho (BUENO FILHO, 2003, p. 28).

¹⁰⁰ Sem querermos aprofundar a questão, entendemos que o Tribunal de Contas poderia, até mesmo, exigir prestação de contas do **concessionário** no que se refere aos recursos (e aos próprios bens) que deveriam ser aplicados para a manutenção do patrimônio afeto à prestação dos serviços públicos, que, por definição legal e doutrinária, são bens de natureza pública, submetidos ao regime de direito público. Por essa natureza, são **extra commercium**, i. é., não podem ser objeto de oferta, pelas concessionárias, de garantia em contratos de financiamento penhora ou alienação, revertendo ao Poder Concedente, seja ao término do prazo da concessão, seja nas hipóteses de retomada forçada da prestação do serviço ou por encampação, decorrente de rescisão unilateral por motivo de interesse público, ou por caducidade, conseqüente à rescisão por inadimplemento.

haja vício de constitucionalidade (ou de legalidade), deva a agência, e o ente regulado, deixarem de cumprir esta ou aquela norma.

Como já se anotou, a Constituição de 1988 (a exemplo das anteriores), conferiu aos Tribunais de Contas o controle da legalidade dos atos da Administração, pertinentes a matérias que envolvem despesas públicas, incumbindo a esses pretórios, para tanto, o julgamento das contas dos administradores públicos, da legalidade das aposentadorias e pensões, das representações ou denúncias, competindo-lhes, ainda: assinar prazo para que o órgão ou entidade estatal adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; e sustar o ato, se não atendidas (cf. art. 71, II, III, IX e X da Carta Política).

Esse controle significa a realização de análise comparativa do ato frente à lei, inclusive à **Lex Legum**, a Constituição Federal.

Aprofundando a discussão, lembre-se que compete ao TCU o exame da validade das leis, em tese, em sede de “consulta”, concebida na sua lei orgânica como instrumento de análise de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares, concernentes à matéria de sua competência. Nessa linha, farta jurisprudência suporta a atuação do Tribunal a respeito dessas atribuições, respaldando-lhes o exercício desse mister¹⁰¹.

Assim, não seria lógico admitir que a Corte de Contas só se pronunciasse para impugnar atos já realizados, amparados em textos legais inconstitucionais, quando poderia evitar os prejuízos deles advindos, exercendo sua competência no nascedouro dessas leis inconstitucionais.

Cogite-se, por exercício, que órgão federal representativo de Poder edite norma, transformando cargos e funções públicas, sem observância das disposições contidas no art. 169, § 1º, da Constituição Federal (prévia dotação

¹⁰¹ Exemplo veja-se no excerto do Recurso em Mandado de Segurança 8.372 do STF: *‘há que se distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer Tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado’*.

orçamentária e autorização específica na Lei de Diretrizes Orçamentárias). Nesse caso, conclui-se, sem esforço, que o TCU detém competência para dizer do conflito existente e de suas conseqüências, emitindo um juízo de constitucionalidade, a fim de impedir a realização das despesas decorrentes.

Importa ressaltar que o fim colimado pelo Tribunal não é o mesmo do STF, posto que este é o órgão competente para o controle abstrato definitivo das normas, julgando a lei, conferindo-lhe validade ou não, conforme esteja afinada ou não ao texto constitucional. Às Cortes de Contas assegura-se a competência de declarar a não aplicabilidade do texto legal apreciado ou determinar a sustação do ato que não se conforma à Constituição¹⁰².

A tese sobre a competência do TCU para a apreciação da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, quando no exercício de suas funções de controle, resta assentada na Súmula 374 do Supremo Tribunal Federal (STF), cujo verbete estabelece que “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público”.

Como se vê, a competência de deixar de aplicar leis (**lato sensu**) inconstitucionais é também dos Tribunais de Contas, embora não privativa deles, restando que o julgamento negativo de constitucionalidade, a respeito de determinado preceito legal concernente à matéria de sua competência, gera efeitos de largo espectro e alcança todos os órgãos e entes jurisdicionados, orientando-os e vinculando-os.

Por analogia, também nos parece possível o exame dos atos regulamentares das agências, que envolvem conceitos indeterminados, discricionários tecnicamente. Como bem sustenta Edgard Silveira Bueno no tocante ao controle dos atos normativos das agências pelo Judiciário

“Até mesmo quando o controle do ato envolver o exame dos chamados conceitos indeterminados ou envolver atos praticados com fundamento

¹⁰² Cf. BÚRIGO, 2002, p. 51.

na discricionabilidade técnica, estará presente a sindicabilidade pelo Poder Judiciário.

Não fogem da regra os atos normativos baixados pelas agências. Mesmo aqui o Poder Judiciário, à vista dos princípios legais que regem a atividade regulada, verificará se o ato normativo está ou não conforme os objetivos legais, de modo a considerá-lo. Nisso abrangido o exame da compatibilidade vertical em relação às leis e à Constituição Federal” (BUENO FILHO, 2003, p. 30)¹⁰³.

Passamos, a seguir, a apontar alguns resultados dos trabalhos empreendidos pelo TCU, inicialmente conforme avaliação levada a efeito por Marcelo Barros Gomes¹⁰⁴:

a) o Tribunal teria permitido a obtenção de uma elevada *economia regulatória*, que “consiste em reduzir ao mínimo o custo dos recursos empregados na gestão da regulação sem perda da qualidade dos resultados”. O autor esclarece que

“inúmeros trabalhos sobre revisão de cálculos de preços mínimos de outorgas de delegação e de critérios de licitação que resultam em maiores valores arrecadados pelo governo ou em menores custos arcados pelos usuários foram realizados. Além dos resultados produzidos em cada um dos processos analisados, foram determinados aprimoramentos aos processos de licitação de outorgas futuros que vêm perpetuando importantes benefícios” (GOMES, 2003, p. 13);

b) o TCU teria possibilitado um incremento em termos de *eficiência regulatória*, que representa “a relação entre produto da atividade de regulação, em termos de bens, serviços e outros resultados, e os recursos utilizados para produzi-los”, implicando também “que os benefícios advindos do cumprimento das regulações expedidas, das fiscalizações efetuadas e a administração do regime de outorgas realizado pela agência não ultrapassem os custos para executá-los”. Sob tal enfoque o autor esclarece que

¹⁰³ O autor colaciona diversos precedentes no âmbito do Judiciário; veja-se: “i) da 1ª Região (A.M.S. 2001. 34.00.014888-4/DF, julg. 25.10.02, que anulou regra, expedida pelo CADE, estabelecendo prazo diverso da lei para apresentação de ato de concentração econômica); ii) da 3ª Região (A.I. 2002. 03.00.038847-1/SP, que considerou válida Resolução e Autorização da Anatel permitindo empresa de telefonia a prestar o SMP); iii) da 4ª Região (2001.04. 01.057949-0/PR, que considerou válido o compute do PIS-COFINS para o cálculo de tarifa) e 5ª Região (2002.05.00.032506-4, que manteve a autorização de migração de empresas do SMC para o SMP); iv) da 5ª Região (2002.05.00. 032506-4, que manteve a migração de empresas de telefonia móvel do sistema SMC para o SMP)” (BUENO FILHO, 2003, p. 30, nota de rodapé).

¹⁰⁴ Cf. GOMES, 2003, pp. 13-14.

“(…) foi recomendado à Agência Nacional do Petróleo que estabelecesse mecanismos sistemáticos de cooperação com órgãos de esferas estaduais e municipais de governo a fim de produzir sinergias e ampliar sua escala de atuação notadamente na fiscalização do setor de distribuição e combustíveis, que conta com uma rede de dezenas de milhares de postos de venda em todo o Brasil (Decisão nº 243/2001 – Segunda Câmara)” (Idem, p. 13);

c) quanto à *efetividade regulatória* — “grau com que os objetivos da regulação são alcançados e a relação entre os resultados desejados e os resultados reais da gestão regulatória” —, Marcelo Gomes afirma que

“Essa questão foi especialmente abordada em auditoria na Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) a fim de verificar a execução dos contratos de concessão, quando se verificou que os indicadores utilizados para medir o desempenho do setor de energia não refletiam o verdadeiro comportamento sistema elétrico brasileiro. (Decisão nº 276/2001 - Segunda Câmara)”(Ibidem, p. 14);

d) a Corte, no que se refere à *boa prática de gestão regulatória*, isto é, os a aplicação de testes para se verificar se a agência possui um bom sistema de contabilização, procedimentos de determinação de metas, se há boa relação com os clientes, e, “comparando suas práticas de gestão da regulação com outros setores ou países; sistematicamente considera a função recursos humanos como a mais alta prioridade da organização, entre outros”. Nesse sentido, o pesquisador aduz que

“A idéia central desse critério é que em várias áreas existe um razoável entendimento sobre o que constitui boa prática de gestão regulatória, e então as atividades atuais do regulador podem ser comparadas com modelos ou padrões de bom gerenciamento (**benchmarking**). Esse critério foi abordado em pelo menos três trabalhos de: no primeiro foram auditadas as áreas de fiscalização das agências de energia elétrica (Decisão nº 833/2000 – Plenário), telecomunicações (Decisão nº 402/2000 – Plenário) e petróleo (Decisão nº 243/2001 – Segunda Câmara) resultando em diversas recomendações de aprimoramento e recomendações de melhores práticas entre as agências; no segundo trabalho foi realizada auditoria para verificar os procedimentos de acompanhamento dos contratos de concessão nas áreas de exploração e produção de petróleo e gás natural na Agência Nacional do Petróleo resultando em recomendações que buscara tornar mais eficiente a atuação da Agência (Decisão nº 553/2002 – Segunda Câmara); no terceiro trabalho foi realizada auditoria para verificar os procedimentos de acompanhamento dos contratos de concessão, permissão e

autorização, bem o cumprimento de metas de qualidade e universalização na Agência Nacional de Telecomunicações (Decisão nº 215/2002 – Plenário); (Ibidem, p. 14);

e) no que diz respeito à *boa governança regulatória*, que estabelece uma visão mais sistêmica e externa à organização, relacionando-se com a visão de coordenação das ações governamentais relativas a sua política regulatória, a qual, devido a uma série de fatores intersistêmicas às administrações públicas nacionais, levariam a fragmentação e perda de sinergia, o autor esclarece que

“Esse critério foi abordado em dois trabalhos de auditoria recentes: no primeiro buscou-se avaliar as relações e a coordenação entre o órgão proponente de política e as agências reguladoras do setor energético brasileiro (Conselho Nacional de Política Energética, Agência Nacional do Petróleo e Agência Nacional de Energia Elétrica); no segundo buscou-se avaliar as relações e a coordenação entre os órgãos gestores dos setores de energia e meio ambiente nos níveis de política, planejamento e regulação. Em ambos foram feitos diagnósticos institucionais que evidenciaram lacunas e superposições na atuação dos diversos entes e geraram uma série de recomendações para promover a adequação de mandatos (Relação 43/2002 – Gabinete do Ministro Ubiratan Aguiar – Segunda Câmara e Acórdão 787/2003 – Plenário)” (Ibidem, p. 14);

f) sobre o critério *qualidade de serviço*, aduz Marcelo Barros Gomes que “o sucesso desse critério pode ser alcançado se um serviço público atinge as expectativas razoáveis de seus usuários”, sendo que “no caso da regulação, se aplica tanto às agências quanto aos concessionários”. Segundo ele,

“Esse critério foi abordado em dois trabalhos: no primeiro verificou-se os procedimentos de acompanhamento do cumprimento de metas de qualidade e universalização na Agência Nacional de Telecomunicações (Decisão nº 215/2002); No segundo foi determinada a inclusão de cláusulas de qualidade nos contratos de concessão ferroviária (Decisão nº 647/2002 – Plenário)” (Ibidem, p. 14);

g) finalmente, no que se refere ao critério *atendimento de metas*, que “envolve o estabelecimento da extensão na qual a agência ou o concessionário fracassou ou obteve sucesso no atendimento de suas metas, declaradas

publicamente ou estabelecidas por normativos”, esclarece o autor que, no que concerne à atuação do TCU,

“Esse critério foi abordado em auditoria na Agência nacional de Energia Elétrica (ANEEL) que resultou em recomendações para o aprimoramento do contrato de gestão da Agência com o ministério supervisor (Decisão nº 276/2001 – Segunda Câmara)” (Ibidem, p. 14).

Também a respeito da atuação do TCU, Benjamin Zymler apresenta alguns exemplos ilustrativos dos resultados das demandas externas levadas ao Tribunal, em especial das casas do Congresso Nacional. Vejamo-las:

“(…) No setor de telecomunicações, foram feitas determinações à ANATEL para que adaptasse os editais de licitação à concepção legal que arrola esses serviços como serviços públicos. Foi determinada, ainda, a elaboração de novo método de cálculo do preço mínimo de outorgas que permitia uma melhor avaliação do valor de mercado das outorgas de TV a cabo e dos Serviços de Distribuição Multiponto Multicanal (MMDS). Isso porque o TCU detectou inconsistências no método de cálculo e, em consequência, concluiu que o valor fixado pela Agência não estava compatível com o valor de mercado (Decisão TCU Plenário nº 182/2001). Registre-se que esta Decisão é objeto de recurso interposto pela ANATEL.

No caso das outorgas das bandas C, D e E, o Tribunal identificou um erro nas fórmulas das planilhas que calculavam o preço mínimo dessas outorgas. A correção desse erro, realizado pela ANATEL tão logo comunicado a detecção da falha, resultou em um acréscimo de cerca de R\$ 1,6 bilhão em relação ao valor inicialmente estipulado.

No setor elétrico, dentre as diversas questões acompanhadas pelo Tribunal, destacam-se os processos de revisão de tarifa das empresas distribuidoras de energia elétrica. Esses procedimentos são complexos e envolvem elevadas somas de recursos. Por essa razão, está sendo elaborado projeto específico para definir critérios e procedimentos para o acompanhamento de mais de 50 revisões tarifárias que ocorrerão entre 2003 e 2004, atingindo empresas responsáveis pela distribuição de energia elétrica que atendem atualmente cerca de 40 milhões de unidades consumidoras.

O Tribunal está, nesse momento, avaliando detalhadamente os cálculos realizados pela ANEEL que redundaram em um reposicionamento tarifário de 19,98 % para os consumidores atendidos pela Centrais Elétricas do Espírito Santo S.A. (ESCELSA), ocorrida em 7 de agosto de 2001¹⁰⁵.

Por provocação do Ministério Público Federal, o TCU fixou prazo para que a ANEEL providenciasse a assinatura de contratos de concessão com diversas empresas de transmissão de energia elétrica (ELETROSUL, EPTe e CTEEP) cujos prazos de concessão haviam sido prorrogados desde junho de 2000. Verificou-se que até final de junho de

¹⁰⁵ O processo em questão, após decisão originária, encontra-se em grau de recurso no âmbito do Tribunal.

2001 - mais de um ano depois - os contratos não haviam sido formalizados (Decisão TCU nº 418/2001 - Plenário).

Igualmente importante foi a determinação da Corte de Contas para que a ANEEL regulamentasse o processo de revisão tarifária para os serviços de transmissão de energia elétrica, prevendo, nessa regulamentação, mecanismos para repassar aos consumidores possíveis ganhos de alavancagem financeira caso a instituição credora seja pública (Decisão TCU nº 300/2001 - Plenário).

A exemplo do ocorrido no setor de telecomunicações, o critério de fixação do preço mínimo para outorgas de aproveitamentos hidrelétricos também foi objeto de avaliações do Tribunal. Nesse sentido: a ANEEL alterou o método de cálculo do preço mínimo, o que propiciou, apenas nos leilões ocorridos em 2000, um acréscimo no preço inicial de mais de R\$ 200 milhões em relação ao critério anteriormente utilizado. A ANEEL vem realizando estudos para aperfeiçoar ainda mais o método.

Ainda em relação ao setor energético, o Tribunal constatou, após auditorias realizadas na ANEEL e na ANP, a ausência de uma política energética que orientasse a atuação das agências reguladoras, evidenciando a necessidade de atuação efetiva do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), instituído pela Lei 9.478/97. Verificou-se que a lacuna deixada por esse Conselho vinha sendo ocupada, de forma anômala, pelas agências, que deveriam ser responsáveis tão-somente pela implementação, nas suas esferas de atribuições, da Política Energética Nacional proposta pelo CNPE.

Em outubro de 2000, o TCU determinou ao Ministro de Estado de Minas e Energia - Presidente do Conselho Nacional de Política Energética - que adotasse as medidas necessárias à imediata implementação do CNPE (Decisão TCU nº 833/2000 - Plenário), o que veio a ocorrer efetivamente em novembro de 2000.

No setor de petróleo, o Tribunal vem acompanhado as licitações de blocos para exploração e produção de petróleo e gás natural, tendo sido feitas diversas determinações à ANP com vistas ao aperfeiçoamento do processo licitatório, notadamente no sentido de dar maior transparência aos interessados e garantir adequadas condições para a atuação da própria Agência durante a execução contratual (Decisão TCU nº 351/1999 - Plenário).

Outra questão relevante analisada foi a possibilidade de prorrogação dos prazos estabelecidos nos contratos firmados com a Petrobrás, sem prévia licitação, por força do estabelecido no art. 33 da Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/97). Em uma primeira decisão (Decisão TCU nº 981/2000 - Plenário), o TCU entendeu que tais prorrogações somente seriam aceitáveis, sob o ponto de vista jurídico, se, no prazo de três anos, estivesse concluída a fase de exploração. Posteriormente, alterou esse posicionamento, concordando ser aplicável àquelas prorrogações a Teoria da Imprevisão, determinando à ANP, contudo, que a agência se abstenha de promover novas prorrogações nos prazos contratuais de exploração (Decisão TCU nº 150/2001 - Plenário)¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Esclareça-se que, em recente decisão, prolatada em julho do corrente, ao apreciar Consulta formulada pela Ministra de Estado de Minas e Energia acerca da interpretação da referida Decisão TCU nº 150/2001 – Plenário, objetivando a prorrogação de prazo da fase de exploração dos contratos de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural firmados entre a ANP e a PETROBRAS e parceiras, no âmbito da denominada “Rodada Zero”, em face da aprovação de 27 (vinte e sete) “Planos de Avaliação de Descobertas” submetidos ao exame da ANP, tendo como objetivo a avaliação de descobertas tardias realizadas em áreas situadas nos Blocos correspondentes à referida Rodada, o Tribunal Pleno deliberou no sentido de “responder à consulente que os prazos das fases de vigência dos contratos de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural firmados pela ANP, no âmbito da ‘Rodada Zero’, admitem prorrogação para fins de estudo (avaliação) sobre a comercialidade de descobertas próximas ao

Em relação às rodovias federais concedidas à iniciativa privada, um dos casos mais importantes analisados foi a representação formulada pelo Deputado Sérgio Miranda contra a cobrança de ISSQN nos pedágios federais. As empresas concessionárias que operam as rodovias integrantes do Programa de Concessões Rodoviárias embutiam no valor do pedágio uma parcela de 5% relativa ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), tributo cujo fato gerador depende de inclusão em lei complementar federal e cuja cobrança depende também de lei municipal em cada um dos municípios cruzados pelas rodovias. A receita dessa cobrança, além de ilegal, estava sendo administrada pelas concessionárias.

Em decorrência dessas irregularidades, O TCU decidiu assinar prazo para que o Diretor-Geral do DNER adotasse as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, consistentes nas seguintes medidas (Decisão TCU nº 434/99 - Plenário):

- interrupção imediata da cobrança do ISSQN sobre a tarifa de pedágio dos trechos rodoviários federais explorados mediante concessão;
- alteração dos contratos de concessão que previam a cobrança de tal tributo;
- suspensão da utilização dos recursos provenientes da cobrança indevida em obras ou quaisquer outras finalidades, até ulterior deliberação do Tribunal.

Permitiu, ainda, o Tribunal que as empresas utilizassem os recursos já arrecadados com a cobrança considerada indevida em melhorias nas rodovias exploradas mediante pedágio, desde que não previstas inicialmente no contrato de concessão.

Outro ato do DNER questionado pelo TCU foi a autorização para implantação de cabine de bloqueio na Via Dutra, que tinha o objetivo de impedir a fuga de tráfego para a BR-465 que, segundo a concessionária, permitia o desvio da praça de pedágio Viúva Graça. Considerando que esse bloqueio não estava previsto no contrato de concessão e consistiria fonte de receitas tarifárias não relacionada no edital, o TCU fixou prazo ao DNER para que revogasse a autorização de bloqueio, em cumprimento à Lei de Concessões (art. 29, VI, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995).

Recentemente, analisando os editais de concessões de sete importantes lotes rodoviários - incluídos os trechos da rodovia Fernão Dias e Régis Bitencourt - decidiu o Tribunal realizar 24 determinações ao DNER com o objetivo de adequar o processo licitatório aos ditames legais, dentre as quais destacam-se:

- inclusão no edital de disposições acerca da política ambiental a ser adotada pela concessionária;
- alterações no edital que buscaram garantir o caráter competitivo do certame e o sigilo das propostas;
- supressão de cláusulas que implicariam em aumento de tarifas de pedágio para os usuários, decorrentes de riscos inerentes ao negócio da concessionária;
- inclusão de cláusulas que visam a garantir a prestação de um nível de serviço adequado aos usuários.

No setor portuário, recentemente, o Tribunal examinou representação formulada pelo Ministério Público Federal a respeito da concessão do Terminal de Contêineres do Porto de Rio Grande, determinando à

final da fase de exploração, nos exatos termos da cláusula 5.1.2., alínea 'c', constante nos termos aditivos dos referidos contratos" (Acórdão TCU n.º 935/2004 – Plenário), permitindo, deste modo, nova prorrogação contratual.

Superintendência do Porto de Rio Grande - SUPRG, na qualidade do delegatário da exploração do referido porto, que incluía no contrato de concessão cláusulas essenciais referentes aos critérios indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço, bem como as metas e os prazos para o aperfeiçoamento da exploração do serviço por parte da arrendatária (Decisão Plenária nº 748/2001)" (ZYMLER, 2002, pp. 28-33).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As questões desenvolvidas na presente monografia conduzem-nos a algumas conclusões, que procuraremos apresentar a seguir. Todavia, buscando adequá-las à estrutura desenvolvida no trabalho, tentarei dividi-las em quatro grupos.

O grupo inicial trata da primeira parte do trabalho, ou seja, capítulos 2 e 3, e no qual busquei historiar a intervenção do Estado na economia ao longo do tempo e caracterizar a função regulatória estatal.

O grupo subsequente, representado na segunda parte (Capítulo 4), examina numa perspectiva comparada os aspectos constitucionais e legais das características das agências reguladoras, inclusive daquelas de serviços públicos concedidos.

O grupo que se segue refere-se à terceira parte, em que tentei focar, sob a ótica das diversas teorias jurídicas, o chamado “poder normativo” dos entes reguladores, apontar a necessidade de controle sobre esses entes reguladores, apresentando algumas de suas formas, e, nessa linha, demonstrar o alcance do controle externo sobre eles, em especial a competência constitucional e legal do Tribunal de Contas da União para exercê-lo sobre as agências, além de fornecer embasamento teórico à Corte para cumprir seu mister, descrevendo os instrumentos de que dispõe o TCU nessa sensível área da **res publica**.

Finalmente, no quarto grupo, pretendemos desenvolver respostas para as perguntas enunciadas na pesquisa projetada.

7.1. Conclusões da parte primeira

Na parte primeira do presente trabalho restou que os Estados Nacionais, tendo atravessado duas fases iniciais, bem diversas e delimitadas no

que concerne ao intervencionismo econômico — v.g. o Liberalismo e o Estado de Bem-Estar Social — sofreram, fruto da Crise do Estado, ocorrida a partir da década de 1970, reformas liberalizantes, que objetivaram a saída gradativa do Poder Público na atuação direta, seja nas atividades econômicas propriamente ditas, seja nos investimentos em infra-estrutura, e, nesse contexto, na prestação direta de serviços públicos.

Nesse sentido, demonstrou-se que o processo de Reforma do Estado levado a efeito no País nos últimos anos teve como uma de suas finalidades primárias a reestruturação do seu papel, reduzindo-se sua atuação direta na realização de atividade econômica em sentido estrito e o aumento do grau de participação dos particulares na economia, através de mecanismos como a desregulamentação, desestatização ou desmonopolização de atividades e técnicas de delegação, colaboração e gestão privada.

Além disso, viu-se que a função reguladora do Estado, consistente na disciplina e controle de certas atividades, é exercida em relação às econômicas em sentido amplo, mas abrange, principalmente, atividades econômico-sociais relevantes, em especial os serviços públicos, e trata dos procedimentos administrativos e burocráticos, bem como aos procedimentos administrativos adotados pelo Poder Público em sua relação com os administrados, e que, com o processo de reforma do Estado, verificou-se uma modificação na forma de intervenção estatal na economia e de regulação das atividades econômicas, havendo, inclusive, ampliação da extensão da regulação, que passa a atingir atividades que antes não eram desenvolvidas por particulares.

7.2. Conclusões da parte segunda

Na parte segunda vimos que a origem remota dos entes reguladores está na Inglaterra, muito embora o fenômeno da agencificação tenha ocorrido, com influência em todo o globo, nos Estados Unidos da América. Todavia, há que

se ter em conta que cada país adota um modelo particular (v.g. França, Itália, Espanha, Portugal etc.), motivo pelo qual não é possível transpor para o direito brasileiro peculiaridades dos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Viu-se, também, que estão sendo criadas no Brasil agências reguladoras, órgãos técnicos, autônomos, para o desempenho das funções de regulação, não existindo, todavia, norma geral que defina e discipline de modo geral as agências reguladoras brasileiras, motivo pelo qual esse regime “especial” de cada ente regulador — as suas características e prerrogativas específicas — devem ser encontradas no diploma legal que as cria.

Dentre as funções desempenhadas pelos entes de regulação, pode-se destacar: I) *regulação* de determinado espectro de atividades, por meio da positivação de regras ou da aplicação de regras preexistentes; II) *outorga* de licenças, autorizações, injunções, com vistas a franquear ou interditar o exercício de uma atividade regulada a um particular; III) *fiscalização* do setor específico, seja pelo monitoramento das atividades reguladas, seja pela aferição das condutas dos regulados de modo a impedir o descumprimentos de regras ou objetivos regulatórios pré-fixados; IV) *sancionamento* na aplicação de advertências, multas ou mesmo cassações de licenças, além de obrigar o particular à reparação ou correção dos efeitos de uma conduta lesiva, desconforme com o preconizado pelo regulador; V) *conciliação* de interesses de operadores regulados, consumidores isolados ou em grupos de interesses homogêneos, ou ainda interesses de agentes econômicos que se relacionam com o setor regulado, no âmbito da cadeia econômica, com o exercício de papel de ouvidor de reclamações e denúncias de usuários ou consumidores; VI) *recomendação* ao poder político de medidas ou decisões a serem editadas no âmbito das políticas públicas.

Observou-se que no Brasil estão sendo criadas agências federais, estaduais e municipais, sendo que o modelo federal estabelece a criação de diversos entes reguladores, com competências limitadas a alguns setores da atividade econômica, e os estados instituem, em regra, agências multissetoriais, o

que, em tal caso, pode ser prejudicial à eficiência da própria agência, posto dificultar o princípio da especialização.

Verificou-se que a legislação federal e estadual instituiu agências reguladoras sob regime “especial”, sendo que, para se identificar o que de fato configura tal regime, faz-se necessário examinar cada diploma legal, **de per si**. Nesse sentido, verificou-se que a especialidade das agências decorre de maior grau de independência administrativa e autonomia financeira, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade dos dirigentes.

Essa autonomia das agências reguladoras brasileiras provém, em especial, do poder decisório de que dispõem, além da impossibilidade de interposição de recursos para outra autoridade administrativa.

7.3. Conclusões da parte terceira

Vimos que, em virtude do moderno sistema de separação de poderes vigente, a função legislativa pode ser atribuída não só ao Legislativo. No que toca ao poder regulamentar, vimos que ele pode ser exercido não só pelo Presidente da República, mas, em menor grau, também pelos Ministros de Estado.

Todavia, quanto à possibilidade de as agências (e outros entes autárquicos) emitirem normas acerca de matérias sob suas competências, vimos que: primeiro, o sistema constitucional brasileiro não admite a possibilidade de delegação legislativa, sendo tal fundamento, portanto, não possível de aplicação às agências; segundo, não nos parece possível estabelecer uma teoria acerca dos regulamentos autônomos brasileiros, à exceção da previsão do art. 84 da Carta Política, e de expressa competência do Presidente da República; terceiro, levando-se em conta a existência de diversas limitações ao exercício do poder regulamentar, podem as agências, com alguma autonomia normativa, em razão da natureza das atividades que desempenham, dos objetivos traçados com sua instituição, assim como da forma como atuam — técnica, técnica, especializada,

participativa — emitir regulamentos, desde que tenham sua gênese na Constituição, motivo pelo qual as que foram instituídas mediante lei aprovada pelo Parlamento estariam impedidas de tal prerrogativa.

Quanto à atividade de controle, verificou-se que é apresentada como função administrativa desde as primeiras teorizações, e que, conforme as lições da doutrina clássica, o controle pode ser classificado como interno ou externo, e legislativo, judiciário ou administrativo, conforme seja realizado ou não pela própria Administração ou pelos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo.

Examinamos que, apesar da autonomia característica das agências reguladoras, dotadas de um regime especial, com mais prerrogativas, tais entes se submetem a diversos tipos de limitações e controles, que são de três ordens: administrativo, judicial e social.

Nesse contexto, situam-se como de natureza administrativa: o controle quanto ao atingimento das finalidades e metas da regulação frente às políticas públicas pré-fixadas, a nomeação dos seus dirigentes a cargo do chefe do Poder Executivo; a submissão às normas que tratam de orçamentos e finanças, e contratação de bens e serviços, e o crivo do Tribunal de Contas, tanto em face do exame da gestão das contas, mas também pela verificação da eficiência, eficácia e efetividade de seus atos frente às políticas públicas à cuja implementação se subordinam.

Sob o enfoque judicial, o controle se dá no caso de atos eivados de abusos e ilegalidades, podendo, assim, ser objeto de impetração de uma série de medidas (v.g. mandado de segurança, individual ou coletivo, ação civil pública e ação popular, além das ações ordinárias e cautelares). Podem, ainda, ser os atos regulamentares controlados pelo Legislativo, no caso de exorbitância do exercício do poder regulamentar.

Sob o aspecto de controle social, estão a instituição de ouvidorias, a previsão de ocorrerem audiências públicas, o controvertido contrato de gestão relativo à sua administração, e, finalmente, a instituição de Conselho Consultivo.

Vimos, também, que a função de controle externo é conhecida pelo homem desde as mais remotas origens, sendo que, a partir da estruturação dos Estados Nacionais, é que começam a fenecer as Cortes de Contas em todo o mundo. Quanto ao Brasil, a história do controle remonta aos Governos Gerais, devendo-se ressaltar, todavia, que foi com a Proclamação da República que surgiram as condições para a criação do Tribunal de Contas, a 1891. Nesse sentido, após alternar períodos de plena autonomia de ações com outros de grande restrição, é com a Constituição Cidadã de 1988 que o TCU, além de retomar as atribuições outrora conferidas, tem, mais ainda, grandemente elastecido seu rol de competências.

Desse modo, pudemos observar o extenso leque de funções do Tribunal — administrativo-judicante, fiscalizadora, normativa, consultiva e de ouvidoria — e atribuições constitucionais e legais para o exercício do controle externo que exerce, em auxílio do Poder Legislativo.

Verificamos, de igual modo, que o Tribunal, no mister de controlar as atividades de desestatização, prestação de serviços públicos e, também, da regulação procedida pelas agências autônomas, o faz de forma direta, visto decorrer de previsão constitucional, competindo-lhe, desse modo, além de apreciar os atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadoria e de pensão dos servidores das agências, julgar as contas prestadas, e, por iniciativa sua ou do Congresso Nacional, realizar, inspeções e auditorias em tais entes reguladores e, ainda, diante da constatação de irregularidades que possam levar à ocorrência de dano efetivo ou potencial ao erário, adotar medida cautelar, pelo Relator ou pelo colegiado respectivo.

Nessa ordem de coisas, vimos que o TCU pode, na execução de auditorias de natureza operacional, proceder à análise, avaliação e revisão de

práticas e procedimentos administrativos finalísticos adotados por entes reguladores, e, quando for o caso, de seus regulados — os concessionários —, tendo por norte o ordenamento jurídico e os princípios do regime regulatório nacional, a fim de que permita a execução das atividades de regulação e de desestatização com o alcance de seus objetivos de forma econômica, eficaz, eficiente e efetiva.

7.4. Resposta ao problema de pesquisa

Como resposta ao problema de pesquisa — *“As agências reguladoras autônomas exercem suas competências regulatórias com um adequado controle sobre seus atos, de modo a que se evitem desvios, abusos e ilegalidades, estando o Tribunal de Contas da União bem atuando nesse controle?”* — podemos dizer que, muito embora tais entes estejam, de um lado, ultrapassando suas competências regulamentares e executivas, ferindo o ordenamento constitucional e legal pátrio, e de outro cometendo equívocos na execução das políticas regulatórias dadas pelo Poder Concedente, v.g. o Poder Executivo, pode-se concluir que existem instrumentos, no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, capazes de permitir que se faça esse controle, estando o TCU na vanguarda da ação preventiva e corretiva em tal área.

8. BIBLIOGRAFIA

ABRUCIO, Fernando Luiz, e **PÓ**, Marcos Vinícius. *Trajetórias da literatura sobre reforma do Estado (1995-2002): transformações e desafios para a pesquisa em administração pública. Balanços bibliográficos*. Brasília: ENAP, set 2002. Disponível em <http://www.enap.gov.br/Pesquisa/relatoriosx.htm#9>. Acesso em 10 nov. 2003.

AMARAL, Luiz Otavio O. Agências regulatórias, consumidor e cultura ético-jurídico. Matias Barbosa/MG: Prolink Tecnologia, 2003. Disponível em <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=1442>. Acesso em 7 jan. 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 37, n.º 148, out./dez., 2000.

_____. *Agências reguladoras independentes: algumas desmistificações à luz do direito comparado*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 39, n.º 155, jul./set., 2002.

_____. *As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. Salvador: Revista Diálogo Jurídico. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º 13, abr. mai. 2002. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 7 dez. 2003.

_____. o contrato de gestão e a ouvidoria no anteprojeto de lei sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras. Parecer elaborado por solicitação da ABAR – Associação Brasileira de Agências de Regulação. São Paulo, 2004.

ARAÚJO, João Lizardo R. H. de. Regulação de monopólios e mercados: questões básicas. Trabalho Temático para o I Seminário Nacional do Núcleo de Economia da Infra-estrutura. Mimeografia, 24 nov. 1997.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. História do Banco Central do Brasil. Brasília: BACEN. Disponível em <http://www.bcb.gov.br/?HISTORIABC>. Acesso em 17/2/2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 17ª ed., 2004.

BARBOSA GOMES, Joaquim B. Agências reguladoras: a “metamorfose” do Estado e da democracia. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/>. Acesso em 15 nov. 2003.

BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. *TCU: presença na história nacional*. In Brasil. Tribunal de Contas da União. Prêmio Serzedello Corrêa 1998 : Monografias Vencedoras. Brasília : TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 1999.

BARROS, Sérgio Resende de. Noções sobre espécies normativas. São Paulo: 2002. Disponível em <http://www.srbarros.com.br/>. Acesso em 19 dez. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3209>. Acesso em 5 nov. 2002.

_____. *Apontamentos sobre as agências reguladoras*. In MORAES, Alexandre de (organizador). Agências Reguladoras. São Paulo: Atlas, 2002.

BORGES, Maria Cecília Mendes, **ROCHA**, Renata Ferreira da, **ATAÍDE**, Ingrid Rodrigues de, **GOMES**, Cláudia Salgado Gomes, e **SILVA**, Andrezza Márcia Medeiros. *O cartel na legislação antitruste, sua relação com o fenômeno concentracionista (meio ou consequência?) e seus reflexos prejudiciais*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 39, n.º 155, jul./set., 2002.

BRASIL. Constituição (1946). Texto publicado em 18 de setembro de 1946. Brasília: Datalegis. Disponível em: <http://www.datalegis.inf.br/datalegis.php>. Acesso em 10 nov. 2003.

_____. Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967. Brasília: Datalegis. Disponível em: <http://www.datalegis.inf.br/datalegis.php>. Acesso em 10 nov. 2003.

_____. Decreto n.º 83.740, de 18 de julho de 1979. Brasília: Datalegis. Disponível em: <http://www.datalegis.inf.br/datalegis.php>. Acesso em 10 nov. 2003.

_____. Decreto n.º 86.212, de 15 de julho de 1981. Brasília: Datalegis. Disponível em: <http://www.datalegis.inf.br/datalegis.php>. Acesso em 10 nov. 2003.

_____. Decreto n.º 86.215, de 15 de dezembro de 1981. Brasília: Datalegis. Disponível em: <http://www.datalegis.inf.br/datalegis.php>. Acesso em 10 nov. 2003.

_____. Lei n.º 8.031, de 12 de abril de 1990. Brasília: Subsecretaria de Informações do Senado Federal. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/sf/legislacao/legisla>. Acesso em 5 nov. 2003.

_____. Decreto n.º 91.991, de 28 de novembro de 1985. Brasília: Datalegis. Disponível em: <http://www.datalegis.inf.br/datalegis.php>. Acesso em 10 nov. 2003.

_____. Decreto n.º 95.886, de 29 de março de 1988. Brasília: Datalegis. Disponível em: <http://www.datalegis.inf.br/datalegis.php>. Acesso em 10 nov. 2003.

_____. Medida Provisória n.º 26, de 15 de janeiro de 1989. Brasília: Datalegis. Disponível em: <http://www.datalegis.inf.br/datalegis.php>. Acesso em 10 nov. 2003.

_____. Lei n.º 8.987, em 13 de fevereiro de 1995. Brasília: Datalegis. Disponível em: <http://www.datalegis.inf.br/datalegis.php>. Acesso em 10 nov. 2003.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional n.º 19, de 5 de junho de 1998. Brasília: Datalegis. Disponível em: <http://www.datalegis.inf.br/datalegis.php>. Acesso em 10 nov. 2003.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional n.º 20, de 11 de dezembro de 1998. Brasília: Datalegis. Disponível em: <http://www.datalegis.inf.br/datalegis.php>. Acesso em 10 nov. 2003.

_____. Constituição (1988). Texto consolidado até a Emenda Constitucional n.º 43, de 15 de abril de 2004. Brasília: Subsecretaria de Informações do Senado Federal, 2003. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>. Acesso em 5 jun. 2004.

BRESSER PEREIRA, Luis Carlos. *Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil*. Revista do Serviço Público. Brasília: ENAP, ano 49, n. 1, jan/mar, 1998.

BRITTO, Carlos Ayres. *O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º 9, dezembro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 7 dez. 2003.

BUCHÉB, José Alberto. *A autonomia das agências reguladoras e a estabilidade de seus dirigentes*. Teresina: Jus Navigandi, a. 8, n.º 210, 1 fev. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4783>. Acesso em: 27 mar. 2004.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Agências reguladoras e concorrências e o controle judicial dos atos*. Revista do Conselho de Estudos Judiciários. Brasília: CJP, n.º 23, out./dez. 2003.

BÚRIGO, Vandrê Augusto. *O controle de constitucionalidade dos atos normativos pelos Tribunais de Contas*. Revista do Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, v. 33, n.º 94, out./dez. 2002.

CAIELLA, Pascual. *Regulación de los servicios públicos y concorrência*. A&C, Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 1, n.º 12, abr./jun. 2003.

CARVALHO, Ricardo Lemos Maia L. de. *As agências de regulação norte-americanas e sua transposição para os países da **civil law***. In **DI PIETRO**, Maria Sylvia Zanella. (organizadora). Direito Regulatório – temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

CARVALHO, Vinicius Marques de. *Desregulação e reforma do Estado no Brasil: impacto sobre a prestação de serviços públicos*. In **DI PIETRO**, Maria Sylvia Zanella. (organizadora). Direito Regulatório – temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

CARVALHO, Wagner. *A reforma administrativa da Nova Zelândia nos anos 80-90: controle estratégico, eficiência gerencial e **accountability***. Revista do Serviço Público. Brasília, ENAP, ano 48, n. 3, set./dez., 1997.

CECCHI, José Cesário (coordenador técnico). Indústria brasileira de gás natural: regulação atual e desafios futuros. Rio de Janeiro: Superintendência de Comercialização e Movimentação de Gás Natural, Agência Nacional do Petróleo, 2001. Disponível em <http://www.anp.gov.br/>. Acesso em 17 abr. 2004.

COSTA, Frederico Lustosa da. *Reforma do Estado: restrições e escapismos no funcionamento das “agências autônomas”*. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro: EBAP, n.º 32, mar./abr., 1999.

COSTA, Frederico Lustosa da, e **PECI**, Alketa. *Desestatização como estratégia de Reforma do Estado: análise preliminar da privatização no Brasil de Nova República*. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro: EBAP, n.º 33, mai./jun, 1999.

COTIAS E SILVA, Arthur Adolfo. *O Tribunal de Contas da União na história do Brasil : evolução histórica, política e administrativa (1890-1998)*. In Brasil. Tribunal de Contas da União. Prêmio Serzedello Corrêa 1998 : Monografias Vencedoras. Brasília : TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 1999.

CRETELLA JUNIOR, José. Tratado de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Forense, 1ª ed., Vol. VII, 1970.

CUÉLLAR, Leila. As agências reguladoras e seu poder normativo. São Paulo: Dialética, 2001.

_____. Apontamentos acerca do poder normativo das agências reguladoras norte-americanas. Coimbra/Portugal: Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002. Disponível em www.fd.uc.pt/cedipre. Acesso em 27 mar. 2004.

CYRINO, Arthur Garcia A. A. *Privatizações no contexto neoliberal*. Jus Navigandi. Teresina, Jus Navigandi, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.aps?id=2201>. Acesso em 21 nov. 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Parcerias na Administração Pública. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *500 anos de direito administrativo brasileiro*. Salvador: Revista Diálogo Jurídico. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º 10, jan. 2002. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 10 mai. 2004.

_____. *Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade*. In **DI PIETRO**, Maria Sylvia Zanella. (organizadora). Direito Regulatório – temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FARIAS, Pedro César Lima de, e **RIBEIRO**, Sheila Maria Reis. *Regulação e os novos modelos de gestão no Brasil*. Revista do Serviço Público. Brasília: ENAP, ano 53, n. 3, jul./set., 2002.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *A ação do controle*. Revista Informativo Licitações e Contratos. Brasília: ano IV, n.º 40, jun. 1997.

FERNANDES, Luís Justiniano de Arantes. *Agências reguladoras: algumas questões constitucionais*. Revista Jurídica Virtual. Brasília: Presidência da República 2003, v. 5, n.º 51, ago. 2003. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil03/revista/Rev_51/sumario51.htm. Acesso em 17 abr. 2004.

FERRAZ, Luciano. O Controle da Administração Pública: Elementos para a compreensão dos Tribunais e Contas. Belo Horizonte: Mandamentos Livraria e Editora, Belo Horizonte, 1999.

FERREIRA, Luciana Carvalho de Mesquita, e **JAIME JÚNIOR**, Frederico Gonzaga. *Regulação e federação: a (não) formação de uma agência mineira reguladora de serviços públicos concedidos*. Caderno de idéias. Nova Lima/MG: Fundação Dom Cabral, dez. 2002. Disponível em <http://www.domcabral.org.br>. Acesso em 10 mai. 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Reforma do Estado: o papel das agências reguladoras e fiscalizadoras*. Fórum Administrativo. Belo Horizonte: Editora Fórum, volume 1, n.º 3, mar., 2001.

FIGUEIREDO, Luís. Introdução à regulação do setor elétrico. Rio de Janeiro: Universidade Cândido Mendes. Disponível em <http://www.ucam.edu.br>. Acesso em 13 fev. 2004.

FREITAS, Fernando Jorge Correia de. *O neoliberalismo e o Consenso de Washington*. Revista Científica da UNESCO. Cacoal/RO, UNESCO, ano 1, n.º 2, nov. 2003. Disponível em www.unescnet.br-revistaeletronica2-ARTIGOS-TEXT02_arquivos. Acesso em 2 set. 2004.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 7ª ed., 2004.

GOMES, Marcelo Barros. *O controle externo de agências reguladoras no Brasil em perspectiva comparativa : lições, eventos recentes e desafios futuros*. VIII Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Panamá: CLAD, 28-31 out. 2003.

GONÇALVES, Pedro. *Regulação das telecomunicações*. Dissertação de mestrado. Coimbra/Portugal: Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002. Disponível em www.fd.uc.pt/cedipre. Acesso em 17 abr. 2004.

GROS, Denise Barbosa. *Institutos liberais e neoliberalismo no Brasil da Nova República*. Tese de doutorado. Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser, 2003. Disponível em www.fee.tche.br/sitefee/download/teses/teses_fee_06.pdf. Acesso em 13 mar. 2004.

ICEM – Federação Internacional de Trabalhadores da Química, Energia, Minas e Indústrias Diversas. *Projeto de energia – marcos regulatórios – capítulo 1*. Bruxelas: ICEM, 2001. Disponível em <http://www.icem.org.br/Projetos/Livro/1.argentina.pdf>. Acesso em 13 abr. 2004.

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

LEONEL, Ricardo de Barros. *Limites do poder regulamentar*. In **DI PIETRO**, Maria Sylvia Zanella. (organizadora). *Direito Regulatório – temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil de. *As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos*. *Revista do Serviço Público*. Brasília: ENAP, ano 49, n. 2, abr./jun., 1998.

MANTEGA, Guido. *O modelo econômico brasileiro dos anos 90*. *Relatório de Pesquisa n.º 11/2001*. São Paulo: EAESP/FGV, Núcleo de Pesquisas e Publicações, 2001. Disponível em http://www.fgvsp.br/adm/arquivos_npp/P00015_1.pdf. Acesso em 15 fev 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. In **SUNDFELD**, Carlos Ari (coordenador). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *A nova regulação dos serviços públicos*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 228, abr./jun. 2002.

_____. *Agências reguladoras: instrumentos de fortalecimento do Estado*. Texto elaborado por solicitação da ABAR – Associação Brasileira de Agências de Regulação. São Paulo, 2003.

MARTINS, Luciano. *A reforma da Administração Pública e cultura política do Brasil: uma visão geral*. *Cadernos ENAP*. Brasília: ENAP, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 23ª ed., 1998.

MENDES, Conrado Hubner. *Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo parâmetros de discussão*. In SUNDFELD, Carlos Ari (coordenador). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENEZES, Roberta Fragoso de Medeiros. *As agências reguladoras no Direito brasileiro*. Revista de Direito. Goiânia: Procuradoria Geral do Estado de Goiás, ano 1, n. 1, jan/dez, 2001.

MESQUITA, Adriana de Sá, e **FERREIRA**, Sílvia Pereira. *Fortalecer o serviço público e valorizar a cidadania: a opção australiana*. Revista do Serviço Público. Brasília: ENAP, ano 48, n. 3, set/dez, 1997.

MICHAELLIS: Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. Histórico dos Conselhos de Contribuintes. Brasília: Ministério da Fazenda. Disponível em <http://www.conselhos.fazenda.gov.br/>. Acesso em 12 mar. 2004.

MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*. In MORAES, Alexandre de (organizador). Agências Reguladoras. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Luiza R. *A Reestruturação dos Setores de Infra-Estrutura e a Definição dos Marcos Regulatórios*. In: IPEA - Perspectivas da Reestruturação Financeira e Institucional dos Setores de Infra-Estrutura. Parte I Regulação. Brasília: IPEA, 1997.

MORAIS, Maxwell Medeiros de. *Considerações gerais sobre o regime jurídico das agências reguladoras*. Teresina: Jus Navigandi, a. 7, n.º 60, nov. 2002. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3431>. Acesso em 24 fev. 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º 7, out 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 21 nov. 2003

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOTTA, Antonella. *A nova administração gerencial do Estado brasileiro e a prestação de serviços públicos de telecomunicações*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 39, n. 155, jul./set., 2002.

MUSSI, Guilherme. *Os limites do poder normativo das agências reguladoras brasileiras: o caso do encargo de capacidade emergencial ("seguro apagão")*. Jus

Navigandi, Teresina, a. 8, n. 316, 19 mai. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5274>. Acesso em: 3 set. 2004.

NUNES, Edson. *O quarto poder. Gênese, contexto, perspectivas e controle das Agências Regulatórias. II Seminário Internacional sobre Agências Reguladoras de Serviços Públicos*. Brasília: Instituto Hélio Beltrão, setembro de 2001. Disponível em http://www.eletrobras.gov.br/IN_Noticias_Biblioteca/n.asp. Acesso em 24.2.2004.

PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. *Fundamento constitucional da atividade normativa das autarquias no direito brasileiro*. In **DI PIETRO**, Maria Sylvia Zanella. (organizadora). *Direito Regulatório – temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. *As agências reguladoras como fomentadoras de desenvolvimento econômico e social*. Teresina: Jus Navigandi. a. 6, n° 58, ago. 2002. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3080>. Acesso em 24 nov. 2003.

PERIN, Jair José. *A intervenção do Estado no domínio econômico e a função das agências de regulamentação no atual contexto brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 40, n. 159, jul./set., 2003.

PINHEIRO, Armando Castelar, e **GIAMBIAGI**, Fábio. *Os antecedentes macroeconômicos e a estrutura institucional da privatização no Brasil*. In A privatização no Brasil. O caso dos serviços de utilidade pública. Brasília: BNDES, 2000 (esgotado). Disponível em <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/ocde/ocde01.pdf>. Acesso em 5/11/2003.

PINTO JR., Helder, e **SILVEIRA**, Joyce Perin. Elementos da regulação setorial e de defesa da concorrência: uma agenda de questões para o setor de energia. Rio de Janeiro: Agência Nacional do Petróleo (ANP), 1999. Disponível em <http://www.anp.gov.br/>. Acesso em 17 abr. 2004.

PIRES, José Cláudio Linhares, e **GOLDSTEIN**, Andréa. *As agências reguladoras brasileiras: avaliação e desafios*. Revista do BNDES. Rio de Janeiro: BNDES, v. 8, n.º 16, dez., 2001.

PONDÉ, Lafayette. *Controle dos atos da Administração Pública*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 35, n. 139, jul./set., 1998.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Relatório Final do Grupo de Trabalho Interministerial - Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no Atual Arranjo Institucional Brasileiro. Brasília: Câmara de Infra-Estrutura e Câmara de Política Econômica – Casa Civil – Presidência da República, 2003. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em 14 jan. 2004.

RIBEIRO, Renato Jorge Brown. Controle externo da administração pública no Brasil. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

RIGOLON, Francisco José Zagari. *Regulação da infra-estrutura: A experiência recente no Brasil*. Revista do BNDES. Rio de Janeiro: BNDES, n.º 7, jun. 1997.

ROCHA, Carlos Alexandre Amorim. *Especialização e autonomia funcional no âmbito do Tribunal de Contas da União*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 40, n. 157, jan./mar., 2003.

ROCHA, Regina Bernardes. *Órgãos reguladores no Brasil*. In **DI PIETRO**, Maria Sylvia Zanella. (organizadora). Direito Regulatório – temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

ROSSETTI, José Paschoal. Introdução à Economia, 10ª edição. São Paulo: Atlas, 1984.

SALES, Gabriela Azevedo Campos. Agências reguladoras brasileiras: estrutura, função normativa e mecanismos de controle. Monografia de conclusão do curso de Graduação em Direito. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002. Disponível em <http://www.sejupra.org.br/acervox.htm>. Acesso em 12/1/2004.

SALGADO, Lucia Helena. *Agências regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional*. Texto para discussão n.º 941. Rio de Janeiro: IPEA, março de 2003. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/>. Acesso em 12/1/2004.

SANTOS, Marília Lourido dos. *Políticas públicas (econômicas) e controle*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 40, n. 158, abr./jun., 2003.

SARDINHA, José Carlos, e **COELHO**, Fabiano S. *Os problemas de preço nas empresas privatizadas*. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro: FGV, vol. 35, n. 4, jul./ago., 2001.

SHECAIRA, Cibele Cristina B. Muniz. *A competência das agências reguladoras nos EUA*. In **DI PIETRO**, Maria Sylvia Zanella. (organizadora). Direito Regulatório – temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

SILVA, Hudson Pacífico da. Regulação econômica do mercado de saúde suplementar no Brasil. Dissertação de mestrado. Campinas: Instituto de Economia da UNICAMP, dezembro de 2003. Disponível em http://www.nepp.unicamp.br/publicacoes/publicacao_resumo.asp?publicacaooid=3. Acesso em 12/6/2004.

SIQUEIRA, Bernardo Rocha. *O Tribunal de Contas da União de ontem e de hoje*. In Brasil. Tribunal de Contas da União. Prêmio Serzedello Corrêa 1998 : Monografias Vencedoras. Brasília : TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 1999.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. *A justiça administrativa no direito comparado*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 38, n. 152, out./dez., 2001.

SMITH JR, Wiliam H, e **FRYE**, Susan J. *A autonomia das Agências de Regulação nos Estados Unidos*. Marco Regulatório. Porto Alegre: Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS, n. 2, 2º sem. 1999. Disponível em <http://www.agergs.rs.gov.br/>. Acesso em 13/2/2004.

STIRN, Bernard. A jurisdição administrativa. Ministério das Relações Exteriores da França, Embaixada do Brasil, jan 2002. Disponível em <http://www.france.org.br/abr/imagesdelafrance/Formato%20PDF/jurisdicao.pdf>. Acesso em 10 mai. 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às agências reguladoras*. In **SUNDFELD**, Carlos Ari (coordenador). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2002.

TURA, Marco Antônio Ribeiro. *A autonomia das agências reguladoras*. Revista Eletrônica. Franca: Universidade Estadual Paulista, 2004. Disponível em <http://www.franca.unesp.br/revista/artigos%20direito%20administrativo.htm>. Acesso em 22 mar 2004.

TURCZYN, Sidnei. *O direito da concorrência e os serviços privatizados*. In **SUNDFELD**, Carlos Ari (coordenador). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2002.

WALD, Arnold, e **MORAES**, Luiza Rangel de. *Agências reguladoras*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 36, n. 141, jan./mar., 1999.

ZIMMERMANN, Augusto. Curso de Direito Constitucional, 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

ZYMLER, Benjamin. *O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras*. In Brasil. Tribunal de Contas da União. Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos. Brasília, TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2002.