

Tribunal de Contas da União
Instituto Serzedello Corrêa

**AS AGÊNCIAS REGULADORAS E SEUS PODERES ESPECIAIS NO
AMBIENTE INSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO**

OSÉ AUGUSTO MACIEL VIDIGAL

Vitória, ES
2004

JOSÉ AUGUSTO MACIEL VIDIGAL

**AS AGÊNCIAS REGULADORAS E SEUS PODERES ESPECIAIS NO
AMBIENTE INSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como
requisito parcial à obtenção do título
de Especialista em Controle Externo
- Regulação de Serviços Públicos.

Orientador: MSc. Alexandre Santos de Aragão
Co-orientadora: Dr.^a Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

Vitória, ES

2004

Para Isabel, minha esposa, e
Pedro, meu filho, pela horas
preciosas de convívio familiar
absorvidas na elaboração
deste trabalho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO COMPARADO	13
1.1 AGÊNCIAS REGULADORAS NOS ESTADOS UNIDOS.....	13
1.2 AGÊNCIAS REGULADORAS NA FRANÇA.....	16
2 AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL	19
3 A CONSTITUCIONALIDADE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	35
4 OS "PODERES ESPECIAIS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS"	39
4.1 O PODER REGULAMENTAR DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	40
4.2 O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	43
4.3 O PODER MEDIADOR DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	50
5 O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	53
6 IMPORTÂNCIA DA INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	60
CONSIDERAÇÕES FINAIS	66
REFERÊNCIAS	72

INTRODUÇÃO

Atualmente, no Brasil, seguindo uma generalizada tendência mundial, vive-se uma época de transformação na atuação do Estado no domínio econômico. Essas mudanças apontam para a alteração da antiga forma de intervenção estatal, isto é, da intervenção direta como produtor de bens e serviços para indireta baseada na regulação das atividades econômicas.

As atividades sujeitas à regulação do Estado são aquelas definidas na Constituição ou na Lei como serviço público ou em outras atividades que – mesmo sem essa definição legal – tenham como característica o monopólio natural ou sejam de caráter social ou econômico relevantes.

Nesse novo contexto sócio-econômico, surgiram no Brasil as chamadas agências reguladoras com a atribuição de operacionalizar a regulação estatal. Para Sundfeld (2002, p. 19), atualmente, o Brasil vive uma verdadeira febre de criação de agências reguladoras, sendo que várias delas nem seguiram um modelo comum, nem têm competências sempre comparáveis.

Justificou-se a criação desses novos entes pela necessidade de controle, normatização e fiscalização, bem como de mediação na busca de equilíbrio entre o Estado, usuários e prestadores das atividades que ensejam a regulação estatal. Portanto, o traço mais importante desse novo modelo é a necessária neutralidade e independência do ente regulador ante os díspares interesses regulados, especialmente os do Poder Público. O pré-requisito essencial para o exercício de um poder moderador neutro é a tão controvertida questão da independência das agências reguladoras. Nesse sentido pensa Alexandre Santos de Aragão (2003, p. 9):

Entendemos que a independência das agências reguladoras deve ser tratada sem preconceitos ou mitificações de antigas concepções jurídicas que, no mundo atual, são insuficientes ou mesmo ingênuas. Com efeito, limitar as formas de atuação e organização estatal àquelas do século XVIII, ao invés de, como afirmado pelos autores mais tradicionais, proteger a sociedade, retira-lhe a possibilidade de regulamentação e atuação efetiva de seus interesses.

Nesse contexto, segundo Salgado (2003, p. 16), "A qualidade do desenho institucional é, pois, condição *sine qua non* para a garantia de eficiência e da eficácia da agência regulatória, no cumprimento dos objetivos previstos em lei.". A autora assevera ainda que:

...é da natureza de agências regulatórias que elas exerçam essa miríade de funções — de natureza executiva, legislativa e judicante. O importante é que tais funções sejam exercidas dentro de limites predefinidos e sob o controle da sociedade. (SALGADO, 2003, p. 18).

Imperativo, também, analisar o trato da matéria no Direito Comparado, mormente, nos países em que as agências reguladoras se desenvolveram a mais tempo e com mais vigor. Para o Professor Alexandre Santos de Aragão (2003, p. 14) "em todos os países há dúvidas quanto à sua constitucionalidade, mas todas as cortes têm contornado com maior ou menor habilidade os argumentos contrários; e as agências não param de se multiplicar...".

Com o intuito de comparar a evolução histórica e o atual modelo brasileiro com o desenvolvido em outros países far-se-á, preliminarmente, no capítulo 1 desse trabalho, menção ao modelo de agências introduzido na França e nos Estados Unidos. A escolha desses países deve-se à maturidade e consolidação do modelo de agências nos Estados Unidos, servindo inclusive como paradigma para as demais nações, e, no caso da França, a semelhança do Direito Administrativo francês com o brasileiro.

Não é possível transplantar integralmente para a aplicação em um Estado um instituto desenvolvido em outro Estado de características culturais, sociais, econômicas, políticas muito diferentes daquelas presentes no país importador dessa modelagem institucional. Daí a necessidade de adaptação de um modelo e de seus institutos, de certa forma consolidado em outros países — principalmente os de origem anglo-saxã — para o Brasil.

No capítulo 2 discorre-se sobre a modelagem que vem sendo implantada no Brasil. Procurou-se desenvolver uma síntese da configuração de cada agência com base nas suas respectivas leis de criação, demonstrando seus pontos comuns e suas peculiaridades, além de se fazer menção à atual proposta de alteração no modelo que tramita no Congresso Nacional.

No capítulo 3, foi enfatizada toda a alteração do ordenamento jurídico vigente até o início da década de noventa para prover o arcabouço constitucional e legal necessário à mudança do papel intervencionista – até então desempenhado pelo Estado, para uma atuação estatal voltada para a regulação dos serviços públicos e das atividades econômicas consideradas de relevante interesse público. Além disso, procurou-se demonstrar a viabilidade da existência das agências reguladoras em todos os demais setores regulados por disposição de lei ordinária, apesar de só haver previsão constitucional de órgãos reguladores nos setores de petróleo e de telecomunicações.

O enfoque principal do trabalho, desenvolvido no capítulo 4, traz à tona a seguinte questão: a autonomia das agências reguladoras no desempenho de suas funções traz como imperiosa a reflexão acerca de suas competências para aplicação do Direito. É necessário determinar a natureza dos poderes reconhecidos às agências reguladoras para delimitar a sua atuação. Apesar de serem entidades administrativas, face a sua independência, foi atribuído a elas a possibilidade de produzirem normas abstratas, denominado poder normativo; reunir funções administrativas, com reflexos no poder regulamentar; e a prerrogativa mediar as lides entre os agentes sujeitos ao processo regulatório, denominado poder mediador ou "quase-judicial". Essa amplitude de poderes, os quais classificamos como "poderes especiais" das agências reguladoras pode ser entendido, ao nosso ver de forma equivocada, como uma usurpação dos demais poderes constituídos.

Apesar de toda controvérsia em torno do modelo de agências reguladoras, ressalta-se que a forma de atuar dessas novas entidades do Direito Público brasileiro não são de todo inovadoras, uma vez que assemelha-se bastante à atuação reconhecida de outros órgão e entidades administrativas do Direito pátrio. Por exemplo, no que tange ao aspecto normativo, o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central, o CADE etc. detêm a prerrogativa de, por meio de atos normativos, interpretar e explicitar conceitos indeterminados, de natureza técnica, contidos em leis e regulamentos. Trata-se de uma atuação voltada à idéia de especialização sem, contudo, inovar na ordem jurídica.

Portanto, pode-se argumentar, como o fazem muitos estudiosos da matéria, que os aludidos "poderes especiais" nada mais são do que as já conhecidas prerrogativas de outros órgãos e entidades da Administração Pública. No entanto, parte-se da premissa que esses "poderes especiais" se apresentam sobremaneira

potencializados no domínio de atuação das agências reguladoras, porquanto essas entidades são dotadas de um atributo que as diferenciam dos clássicos órgãos reguladores, isto é, a sua independência em relação aos poderes constituídos.

Com efeito, para que essas novas entidades, estatuídas em nosso ordenamento jurídico como autarquias especiais, pudessem exercer suas prerrogativas legais foram colocados a sua disposição vários instrumentos interventivos que, segundo Marques Neto (2003, p. 25), vão desde a atividade normativa, passando pela administrativa até a aplicações de sanções. Tal amplitude de poderes acarretou uma natural reação da doutrina e dos demais poderes constituídos, ou seja, como aceitar que uma autarquia possa ter um caráter híbrido reunindo **funções administrativas, normativas e quase-jurisdicionais ao mesmo tempo que possui independência em relação aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.**

As dificuldades da implementação do modelo de agências reguladoras no Brasil decorrem do sistema de competências legais estatuídas no Brasil que têm, de certa forma, interface com certas características da atividade regulatória. Em suma, essa interface configura-se em: o poder de gerar normas de caráter geral e abstrato, no entanto, esse poder é atribuído quase que exclusivamente ao Poder Legislativo; o poder de expedir regulamentos que, da mesma forma, cabe ao Poder Executivo; e o poder de solucionar controvérsias em um sistema de jurisdição una, ou seja, onde impera a inafastabilidade da tutela do Poder Judiciário. Portanto, cabe verificar a viabilidade e os limites da atribuição dos chamados "poderes especiais" a um ente autárquico da estrutura do Poder Executivo dotado de autonomia e independência.

No capítulo 5 procurou-se, de certa forma, discutir o controle externo sobre as agências reguladoras. Não um controle meramente formal, pautado apenas na conformidade e legalidade dos atos relacionados à gestão e boa aplicação dos recursos públicos, mas um controle mais amplo, sem naturalmente sobrepujar as próprias agências reguladoras, alcançando a atividade fim das entidades reguladoras, enfatizando, principalmente, a economicidade, a eficiência e a efetividade dos atos regulatórios. Aproveitou-se nesse capítulo a experiência recente do Tribunal de Contas da União na fiscalização das atividades relacionadas com a concessão de serviços públicos. Foram colacionadas diversas Decisões ou Acórdãos em que procurou-se demonstrar de forma inequívoca a importância de um

controle externo atuante e tecnicamente apto a responder os anseios da sociedade no que se refere a boa, regular e eficiente gestão dos recursos públicos, agora não só na forma de dispêndios diretos do Estado, mas, sobretudo, na oferta de serviços públicos de qualidade a preços módicos.

No capítulo 6 procurou-se demonstrar a imprescindibilidade da independência das agências reguladoras como atributo indispensável para a neutralidade da atuação dessas entidades no processo regulatório, ou seja, para o exercício imparcial da mediação entre todos agentes envolvidos no campo da regulação, representados pelo governo, empresas e usuários.

A metodologia de elaboração do trabalho foi realizada por meio de pesquisa bibliográfica a partir de consulta em periódicos nacionais e livros.

A presente monografia se propõe, preamburlamente, a dar um panorama do atual estágio de desenvolvimento do modelo de agências reguladoras no Brasil, buscando sistematizar e condensar parte do pensamento hodierno da doutrina pátria, da tendência jurisprudencial, bem como da forma como vem sendo implementado o modelo por meio da produção legislativa e regulamentar. Além disso, buscou-se discutir a legitimidade da atuação das agências reguladoras no Estado de Direito brasileiro.

Pretende-se, ao final, contribuir para promover a difusão e a reflexão – entre os membros do controle externo, bem como aos demais interessados – a respeito do modelo adotado para as agências reguladoras, especialmente de suas peculiaridades, seu marco legal e os reflexos e limites da atuação desses entes no atual ambiente institucional contemporâneo brasileiro.

1 AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO COMPARADO

Faz-se necessário, antes de adentrar no escopo propriamente dito desse trabalho, expor o desenvolvimento do modelo de agências reguladoras em outros países e a sua atual conformação, de forma a confrontá-los com o atual modelo brasileiro.

Resolveu-se por fazer menção ao modelo de agências introduzido nos Estados Unidos e na França. A escolha desses países deve-se à maturidade e consolidação do modelo de agências nos Estados Unidos, servido inclusive como paradigma para as demais nações, e, no caso da França, a semelhança do Direito Administrativo francês com o brasileiro.

Com efeito, não é possível transplantar integralmente um instituto desenvolvido em um Estado para a aplicá-lo em outro de características culturais, sociais, econômicas, políticas muito diferentes das presentes no país de origem daquela modelagem institucional. Daí a importância da adaptação do modelo de agências reguladoras e de seus institutos, de certa forma consolidado em outros países – principalmente os de origem anglo-saxã –, para a construção de uma modelagem própria que respeite as peculiaridades do Estado brasileiro.

1.1 AGÊNCIAS REGULADORAS NOS ESTADOS UNIDOS

Os Estados Unidos, assim como o Brasil, são países em que a forma de Estado é Federativa. No entanto, o Estado americano foi formado a partir da necessidade da conciliação dos interesses do governo central com a intransigência dos Estados independentes, que não abdicavam de sua autonomia política. Portanto, na América do Norte a federação se formou a partir da união de Estados independentes. Em contraste com a origem norte-americana, no Brasil, o Estado formou-se, inicialmente, de forma unitária desmembrando-se, posteriormente, em vários Estados-membros. Essa diferença se reflete na organização desses países no

que tange à repartição de competências, no grau de autonomia e na concepção de organização jurídico-administrativa.

As situações que deram origem às agências reguladoras também são diametralmente opostas nesses países. Nos Estados Unidos a criação das agências foi uma resposta a crise do Estado liberal na década de 30, o que levou a intervenção do governo na economia por meio da política do *New deal* implementado pelo Presidente Roosevelt, baseado nas idéias de Keynes. Já no Brasil o surgimento das agências reguladoras ocorreu muito recentemente, a partir de meados da década de 90, após a saída do Estado da função de intervenção direta na economia por meio das privatizações, baseado no ideário do Consenso de Washington.

Diante desse contexto de marcantes diferenças na formação do Estado federativo e do modelo de agências reguladoras, é natural que hajam, também, substantivas diferenças entre modelo de agências no Direito Administrativo americano e brasileiro.

Segundo Shecaira (2003, p. 460), um dos mais persistentes mitos do Direito Administrativo norte-americano é a crença na neutralidade técnica das agências. Assim a criação desses entes foi justificada pela sua capacidade técnica, o que viabilizava decisões científicas e mais eficientes sobre o campo de atuação de cada agência reguladora. Para Mendes (2002, p. 120), nos Estados Unidos o Direito Administrativo é o "Direito da Agências".

O princípio da separação dos poderes é um dos pilares da estrutura das sociedades democráticas, nos Estados Unidos o respeito a esse princípio é extremamente rígido. No entanto, os poderes administrativos são delegados às agências pelo legislador, as quais podem editar normas para ordenar as atividades dos particulares. É a lei de criação das agências que configura toda a sua forma de atuação. Consoante Carbonell apud Shecaira (2000, p. 469) a doutrina e a jurisprudência americana se referem à cessão às agências de poderes quase legislativos e quase judiciais. Logo, apesar da propagada rigidez do princípio da separação dos poderes nos Estados Unidos, o poder delegado às agências nesse país é significativo, englobando atividades próprias do três poderes clássicos.

Citando os debates ocorridos nos primórdios da criação das agências reguladoras nos Estados Unidos, Justen Filho (2002, p. 86) relata que Madison¹ destacou a impossibilidade do funcionamento de um modelo ortodoxo, único e preciso, de tripartição dos poderes. Desta forma, afirmou-se a inviabilidade da separação absoluta de funções, passando-se a aceitar a possibilidade que parcelas próprias da competência de um poder fossem atribuídas a outro. A partir dessas considerações, nos Estados Unidos, a maior parte da jurisprudência passou a se posicionar favoravelmente à existência e funcionamento das agências. Portanto, ressalvada a ocorrência de excessos, entendeu-se como cabível a atribuição de competências de natureza administrativa, legislativa e jurisdicional às agências reguladoras no Direito norte-americano.

Entretanto, como forma de limitação do poder excessivo das agências, foi editada a Lei de Procedimento Administrativo (APA), como um mecanismo de controle procedimental e de homogeneização do funcionamento desses órgãos administrativos, o que possibilitou a sujeição dessa delegação a controles de natureza social, política e judicial.

Além disso, como observa Aragão (2003, p. 236), o controle jurisdicional sobre as decisões das agências nos Estados Unidos é mitigado por uma salutar autolimitação, ou seja, esse controle, desde que razoável, tem se limitado, na maioria das vezes, aos aspectos procedimentais assecuratórios do devido processo legal e da participação dos direta ou indiretamente interessados no objeto da regulação. No que tange ao poder dito normativo (*poder quase-legislativo*), a orientação predominante é de que a lei deve conter *standarts* mínimos pelos quais deve se pautar a Administração.

Para Marçal Justen Filho (2002, p. 80) a atuação das agências reguladoras deve sempre se pautar pelo assentimento do Congresso²:

A eventual insatisfação do Congresso com o mérito das decisões adotadas pelas agências pode gerar a edição de leis destinadas a disciplinar o mesmo tema. Ou seja, não se pode extrair da criação das agências a configuração de uma reserva de competência intangível em face do próprio legislativo. Aliás a insatisfação do congresso pode desaguar inclusive na própria extinção da agência (mediante lei, é evidente).

¹ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist Paper*. Reedição da primeira edição de 1788. New York: Penguin Books, 1987.

² Embora o autor, nesse caso, esteja fazendo menção às agências norte-americanas, entende-se esta prerrogativa como comum a todas as nações em que está presente o Estado Democrático de Direito.

Ademais, adverte Di Pietro (2003, p. 57), nos Estados Unidos o "novo direito" que pode ser baixado pelas agências resulta de negociação, de consenso e de participação dos interessados. É um tipo de direito que não se caracteriza pela imposição unilateral de regras de conduta, daí a importância de regras procedimentais a serem observados pelos entes reguladores. Lá, as agências tem que motivar suas decisões, demonstrar a sua razoabilidade, justificá-las em termos de custo-benefício, bem como se manifestar sobre todas as sugestões dos interessados. Além disso, esses atos e sua motivação ficam sujeitos ao controle judicial.

1.2 AGÊNCIAS REGULADORAS NA FRANÇA

Na França as agências reguladoras tomaram a forma de centros de competência autônomos que foram denominados "Autoridades Administrativas Independentes", possuindo como maior peculiaridade a ausência de personalidade jurídica. Para Aragão (2003, p. 237), paradoxalmente, na França a inexistência de personalidade jurídica é um requisito para a independência dessas autoridades – embora esses centros sejam orçamentariamente ligados às estruturas ministeriais –, haja vista que pelo dogma de Administração Direta vigente nesse país, tradicionalmente centralizada, não se concebia que uma pessoa jurídica da Administração Indireta não se submetesse à subordinação ministerial (controle hierárquico).

Outra peculiaridade das autoridades administrativas independentes francesas é a não restrição da sua atuação à área de regulação econômica:

Uma característica peculiar das autoridades administrativas independentes francesas é que, ao contrário de muitos países, tais como o próprio Brasil, não se limitam à regulação de setores econômicos ou de serviços públicos delegados a particulares, abrangendo também funções de proteção de direitos fundamentais e de proteção dos cidadãos frente à Administração Pública, não sendo, portanto, no seu conjunto, vinculadas exclusivamente ao Direito Econômico. (ARAGÃO, 2003, p. 240).

Para Denise Auad, ao discorrer sobre a miríade de funções das autoridades administrativas francesas:

As Autoridades Administrativas Independentes na França são heterogêneas, todavia podemos considerar que realizam cinco funções principais: regulação, proteção das liberdades públicas, avaliação pluridisciplinar e de conhecimento técnico especializado, garantia de imparcialidade do Poder Público e mediação. (AUAD, 2003, p. 475).

Auad (2003, p. 485), ao tratar da gama de poderes das autoridades administrativas francesas, destaca como principais os relacionados à regulação e à aplicação de sanções. Segundo a autora, dentro da esfera regulatória encontram-se as funções de fiscalização, bem como as relacionadas à vigilância dos direitos fundamentais; de elaboração de estudos técnicos sobre determinada área de conhecimento especializado; de informação ao público e à consultiva. Além disso, na esfera sancionatória, as autoridades administrativas têm o poder de instaurarem inquéritos e realizarem investigações contra particulares, podendo, até mesmo, cominarem sanções restritivas aos direitos individuais³ e multas.

Portanto, em virtude das substanciais singularidades do modelo francês, aliada à necessidade de adaptação ao ambiente econômico vigente, efetuou-se um esforço para adaptar, de certa maneira, os entes reguladores aos institutos do Direito Administrativo pátrio, construindo-se um modelo para as agências reguladoras compatível com o desenho institucional francês. Como denota Jacques Chevallier apud Aragão (2003, p. 244), as autoridades administrativas independentes francesas foram moldadas ao arcabouço constitucional francês, graças a um trabalho de interpretação jurisprudencial, com a finalidade de "aparar as arestas de algumas de suas particularidades e a suavizar algumas de suas asperezas, a fim de que fossem compatibilizadas com a arquitetura institucional."

Para Justen Filho (2002, p. 195-196) o ordenamento jurídico-administrativo francês não gera problemas significativos ao controle das autoridades administrativas independentes. Isto porque, na França, os poderes reconhecidos a essas entidades são bem menos intensos do que os das agências norte-americanas. A atuação dos entes reguladores seria mais de caráter consultivo e informal, residindo sua relevância na exposição ao público em geral de eventos reputados como indevidos ou incorretos.

³ Dentre essas sanções não se incluem as privativas de liberdade, embora possam ser extremamente gravosas para os particulares.

Como limites à autonomia dos entes reguladores encontram-se a obrigação de publicar um relatório anual de prestação de contas e o controle de certas decisões pelo juiz do contencioso administrativo ou judiciário. Além disso, o modelo Francês apresenta como fragilidade a falta de previsão constitucional desses entes, o que pode comprometer a sua estabilidade, pois uma alteração na legislação infraconstitucional pode interferir na sua atuação ou até mesmo acarretar a sua extinção.

Da mesma forma que nos Estados Unidos, creditou-se à competência técnica e à especialização das autoridades administrativas independentes boa parte de sua legitimidade. Para Badin (2003, p. 492), na França, pressupõe-se que a especialização desses entes lhes conferem uma *autoridade moral*, que significa o exercício de uma verdadeira *magistratura de influência*, aproximando o regulador dos regulados por meio de uma regulação de consenso, menos unilateral e coercitiva.

Conclui Justen Filho (2003, p. 202-203) afirmando ser o paradigma francês de regulação bastante útil para a compreensão e para a modelagem de uma teoria brasileira sobre o instituto regulatório. Para o autor "...a França produziu inovações compatíveis com as peculiaridades fundamentais de sua ordem jurídica", este fato não impediu a incorporação à ordem estatal francesa de organismos modelados segundo a idéia de agências para atendimento às suas carências próprias.

2 AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

De forma similar ao modelo dos Estados Unidos, foram criadas no Brasil, agências reguladoras com personalidade jurídica própria na Administração Indireta, sendo defesa na doutrina brasileira uma ostensiva delimitação do poder atribuído as agências, vejamos:

O Poder Legislativo deverá, nos moldes norte-americanos, estabelecer os parâmetros básicos, na forma de conceitos genéricos – *standarts* –, 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, 2002, p. 21).

Observa-se que parte da dificuldade na implantação do modelo de agências no Brasil, conforme as palavras de Moraes, foi a transição de uma atividade tradicionalmente desempenhada pela Administração Direta para a Indireta. Curiosamente, no modelo Francês de regulação, baseado nas autoridades administrativas independentes, preservou-se essas entidades na Administração Direta. Deste modo, a dificuldade de se implantar o modelo de agências reguladoras no Brasil pode ser explicada, em parte, pelo fato de o direito administrativo brasileiro ter forte influência francesa e, conseqüentemente, ter incorporado idéias de centralização administrativa e forte hierarquia. Portanto, não é de fácil assimilação idéia de descentralização administrativa das atribuições agora sob a competência desses novos entes autárquicos. Com efeito, as particularidades decorrentes de cada ordenamento jurídico devem ser consideradas, ao se adaptar o modelo de agência reguladora para o ordenamento jurídico-administrativo brasileiro.

O modelo de agências reguladoras que vem sendo implantado no Brasil sofre influências tanto do Direito Administrativo norte-americano – "Direito das Agências", como do Direito Administrativo Francês – base do Direito Administrativo brasileiro. Consoante as idéias de Denise Auad (2003, p. 486):

A França, através das Autoridades Administrativas Independentes, foi um grande filtro do modelo de agência reguladora norte-americano, baseado na *common law*, limitando sua autonomia para adaptá-lo à *civil law*. O Brasil, ao implantar seu modelo de agência reguladora, sofre influência do direito norte-americano com as atenuações implantadas pelo regime francês.

Ademais, existem outras significativas distinções entre o modelo de agências norte-americanas – mais voltadas para a regulação de cunho econômico, e o modelo francês – que possui, além do caráter econômico, um viés de proteção das liberdades, mormente, as individuais:

A doutrina francesa identificou, talvez não em toda sua extensão, a diferença essencial entre as suas Autoridades Administrativas Independentes e as agências reguladoras norte-americanas. A concepção norte-americana enfoca as agências reguladoras independentes como instrumento estatal para disciplinar as atividades privadas. Já as Autoridades Administrativas Independentes são vistas como forma de defesa das liberdades inclusive (e especialmente) contra o próprio Estado. As entidades francesas são um meio de controle das diversas manifestações dos poderes, visando a assegurar uma proteção mais efetiva às liberdades (especialmente as individuais). Essa nunca foi a função reconhecida às agências norte-americanas, as quais poderiam até ser orientadas por tais princípios, mas apenas de modo indireto. (JUSTEN FILHO, 2002, p. 277).

Passaremos a expor e analisar as principais características do modelo de agências reguladoras que vem sendo implantado no Brasil. Vale destacar que o modelo brasileiro ainda está em fase de formação, logo se encontra em processo de mutação, pois, há no momento projeto de lei tramitando no Congresso Nacional propondo alterações. Portanto, o modelo de agências reguladoras ainda não está consolidado no arcabouço legal brasileiro. Além disso, perseveram entre os doutrinadores pátrios grandes divergências acerca da forma recomendável de atuação das agências reguladoras. Diante desses fatos, a caracterização a seguir é uma exposição resumida das atuais leis de criação das agências brasileiras e uma teorização doutrinária do que seria desejável na consolidação do modelo de agências reguladoras no Brasil.

No Brasil, a partir de meados dos anos noventa, cada agência reguladora foi criada por uma lei específica: Agência Nacional de Energia Elétrica/Aneel – Lei nº 9.427/96 (BRASIL, 1996b); Agência Nacional de Telecomunicações/Anatel – Lei nº 9.472/97 (BRASIL, 1997a); Agência Nacional do Petróleo/ANP – Lei nº 9.478/97 (BRASIL, 1997b); Agência Nacional de Vigilância

Sanitária/Anvisa – Lei nº 9.782/99 (BRASIL, 1999); Agência Nacional de Saúde Suplementar/ANS – Lei nº 9.961/00 (BRASIL, 2000a); Agência Nacional de Águas/Ana – Lei nº 9.984/00 (BRASIL, 2000b); Agência Nacional de Transportes Terrestres/ANTT e Agência Nacional de Transportes Aquaviários/Antaq – Lei nº 10.233/01 (BRASIL, 2001a) e Agência Nacional de Cinema/Ancine – Medida Provisória nº 2.219/01 (BRASIL, 2001b). Além disso, existem diversas outras agências reguladoras nos Estados e municípios, bem como diversos setores econômicos que ainda estão a clamar a criação de mais agências reguladoras.

Para Aragão (2003, p. 274) as agências reguladoras brasileiras podem ser consideradas autarquias especiais tanto do ponto de vista formal – pois as respectivas leis instituidoras assim as denominam, como do ponto de vista material. Além disso, essas entidades, conforme o mesmo autor, são dotadas de maiores prerrogativas:

...são asseguradas diversas prerrogativas que aumentam consideravelmente a sua autonomia em comparação com as demais autarquias, em especial a vedação de exoneração *ad nutum* dos membros de seu colegiado dirigente, nomeados por prazo determinado.

A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL foi criada pela Lei nº 9.427/96, regulamentada pelo Decreto nº 2.235/97 e seu regimento interno aprovado pela Portaria MME nº 349/97.

Segundo a lei de criação da ANEEL, compete a ela regular e fiscalizar a produção, a transmissão, a distribuição e a comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. Dentro da sua competência de regulação está inserida, entre outras, as funções de mediar conflitos, garantir tarifas justas, zelar pela qualidade do serviço, incentivar investimentos, estimular a competição entre os operadores, buscar a universalização do serviço, fixar multas administrativas a serem impostas aos prestadores do serviço, definir tarifas e implementar as políticas e diretrizes do governo federal.

Cabe destacar que o Poder Concedente dos serviços públicos de energia elétrica e do uso dos potenciais de energia elétrica, foi recentemente atribuído ao Poder Executivo (Ministério afim), nos termos da Lei nº 10.848, de 2004. A partir da publicação dessa lei cabe à ANEEL, somente **mediante delegação**, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente, promover

os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos.

Seu colegiado é composto por um Diretor-Geral e quatro diretores nomeados pelo Presidente da República para mandatos não coincidentes de quatro anos, após prévia aprovação do Senado Federal, conforme o art. 52, inciso III, alínea 'f' da Constituição Federal. Seus conselheiros e diretores somente perderão mandato por renúncia, ato de improbidade administrativa, condenação penal transitada em julgado, descumprimento injustificado do contrato de gestão e por processo administrativo disciplinar.

A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL foi criada pela Lei nº 9.472/97, regulamentada pelo Decreto nº 2.338/97 e seu Regimento Interno aprovado pela Resolução ANATEL nº 270/01.

A ANATEL tem como competência implementar a política nacional de telecomunicações, exercer as funções de poder concedente⁴, expedir normas quanto à outorga de serviços no regime público e a prestação dos serviços no regime privado, normatizar os padrões de equipamentos utilizados pelas concessionárias de serviços de telecomunicações e expedir normas que garantam a interconexão entre as redes, de forma a garantir a competição no setor.

Além disso, inserida na sua competência de regulação, cabe a ANATEL as funções de, especialmente, mediar conflitos, garantir tarifas justas, zelar pela qualidade do serviço, incentivar investimentos, estimular a competição entre os operadores, buscar a universalização do serviço, controlar as tarifas públicas, editar normas e padrões, e implementar – em sua esfera de atribuições – a política nacional de telecomunicações.

Seu colegiado é formado por um Conselho Diretor, composto por cinco conselheiros que deliberam por maioria absoluta. Os conselheiros serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, para mandatos de cinco anos não coincidentes, sem direito à

⁴ Pelo menos até a aprovação do Projeto de Lei nº 3.337/2004, que passa a atribuir ao Poder Executivo, na condição de Poder Concedente, a prerrogativa de editar atos de outorga e celebrar contratos de concessão para prestação de serviço no regime público.

recondução, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea 'f' do inciso III do art. 52 da Constituição Federal. Seus conselheiros e diretores somente perderão mandato por renúncia, condenação judicial transitada em julgado e por processo administrativo disciplinar.

A Agência Nacional do Petróleo – ANP foi criada pela Lei nº 9.478/97, tendo sido regulamentada pelo Decreto nº2.455/98, que também aprovou seu Regimento Interno.

A peculiaridade do setor de petróleo é que as competências são repartidas pela Agência Nacional do Petróleo, pelo Presidente da República e pelo Conselho Nacional de Política Energética – CNPE.

Cabe ao Conselho Nacional de Política Energética, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas destinadas a promover o aproveitamento racional dos recursos energéticos; assegurar, em função das características regionais, o suprimento de insumos energéticos às áreas mais remotas ou de difícil acesso do País; rever periodicamente as matrizes energéticas aplicadas às diversas regiões do País; estabelecer diretrizes para programas específicos; estabelecer diretrizes para a importação e exportação; e sugerir a adoção de medidas necessárias para garantir o atendimento à demanda nacional de energia elétrica (atribuição incluída pela Lei 10.848/2004). Para o cumprimento de sua competência o CNPE contará com o apoio técnico dos órgãos reguladores do setor energético.

A competência da Agência Nacional do Petróleo abrange a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, cabendo-lhe, principalmente: implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo e gás natural; promover estudos visando à delimitação de blocos, para efeito de concessão das atividades de exploração, desenvolvimento e produção; regular a execução de serviços de geologia e geofísica aplicados à prospecção petrolífera; elaborar os editais e promover as licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção, celebrando os contratos delas decorrentes e fiscalizando a sua execução (a Agência Nacional do Petróleo

ainda é detentora do poder concedente⁵); controlar tarifas; autorizar a prática das atividades de refinação, processamento, transporte, importação e exportação; fiscalizar e aplicar sanções; estimular a pesquisa e a adoção de novas tecnologias na exploração, produção, transporte, refino e processamento; e organizar e manter o acervo das informações e dados técnicos relativos às atividades da indústria do petróleo.

A Agência Nacional do Petróleo é composta por uma Diretoria da qual fazem parte um Diretor-Geral e quatro diretores atuando em regime de colegiado, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação dos respectivos nomes pelo Senado Federal, nos termos da alínea "f" do inciso III do art. 52 da Constituição Federal. Os membros da diretoria cumprirão mandatos de quatro anos, não coincidentes, permitida a recondução. Conforme previsto na Lei nº 9.986/2000, também ficou vedada a exoneração *ad nutum*⁶ dos membros do seu colegiado.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA foi criada pela Lei nº 9.782/99, regulamentada pelo decreto nº 3.029/99 e pela Portaria ANVISA nº 593/00, a qual aprovou o seu Regimento Interno.

Compete à União no âmbito do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária: definir a política nacional para o setor; definir o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária; normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde; exercer a vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras; acompanhar e coordenar as ações estaduais, distrital e municipais de vigilância sanitária; prestar cooperação técnica e financeira aos demais entes federados; e manter sistema de informações em vigilância sanitária.

Entretanto, segundo a lei instituidora da agência, a competência da União será exercida pelo Ministério da Saúde, no que se refere à formulação, ao acompanhamento e à avaliação da política nacional de vigilância sanitária e das diretrizes gerais do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária; pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, em conformidade com as atribuições que lhe são conferidas pela Lei 9.782/99; e pelos demais órgãos e entidades do Poder Executivo Federal, cujas áreas de atuação se relacionem com o sistema.

⁵ Pelo menos até a aprovação do Projeto de Lei nº 3.337/2004, que passa a atribuir ao Poder Executivo, na condição de Poder Concedente, a prerrogativa de editar atos de outorga e celebrar contratos de concessão para prestação de serviço no regime público.

⁶ É a possibilidade de livre exoneração do dirigente da agência deliberada a juízo do Presidente da República.

A ANVISA tem por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle da entrada de tais produtos em portos, aeroportos e fronteiras.

As principais competências da ANVISA previstas na lei são: coordenar o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária; fomentar e realizar estudos e pesquisas; estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária; estabelecer normas e padrões; conceder registros de produtos; monitorar e auditar os órgãos e entidades estaduais, distrital e municipais que integram o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária; além de autuar e aplicar as penalidades.

A gerência e a administração da Agência é exercida por uma Diretoria Colegiada, composta por até cinco membros – sendo um destes seu Diretor-Presidente, brasileiros, indicados e nomeados pelo Presidente da República após aprovação prévia do Senado Federal nos termos do art. 52, III, "f", da Constituição Federal, para cumprimento de mandato de três anos, admitida uma única recondução.

A exoneração imotivada de Diretor da Anvisa somente pode ser promovida nos quatro meses iniciais do mandato, findos os quais será assegurado seu pleno e integral exercício, salvo nos casos de prática de ato de improbidade administrativa, de condenação penal transitada em julgado e de descumprimento injustificado do contrato de gestão da autarquia.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS foi instituída pela Lei nº 9.961/00, regulamentada pelo Decreto nº 3.327/00 e pela Resolução ANS nº 593/2000, a qual aprovou o seu Regimento Interno.

A ANS tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no país.

Compete à Agência Nacional de Saúde Suplementar, principalmente: propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar; estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras; fixar critérios para os procedimentos de credenciamento e

descredenciamento de prestadores de serviço às operadoras; estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e cobertura; expedir normas e padrões para homologação de reajustes e revisões; monitorar a evolução dos preços de planos de assistência à saúde; autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde; fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde; aplicar penalidades; estimular a competição no setor de planos privados; zelar pela qualidade dos serviços; administrar e arrecadar as taxas instituídas pela Lei nº 9.961/00 etc.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar é composta por uma Diretoria Colegiada, de no máximo cinco diretores, sendo um deles o seu Diretor-Presidente. Seus diretores serão brasileiros, indicados e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação prévia pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, III, "f" da Constituição Federal, para cumprimento de mandato de três anos, admitida uma única recondução.

Após os primeiros quatro meses de exercício, os dirigentes da ANS somente perderão o mandato em virtude de: condenação penal transitada em julgado; condenação em processo administrativo; acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; ou descumprimento injustificado de objetivos e metas acordados no contrato de gestão.

Destaca Aragão (2003, p. 281) que a lei de criação da ANS representa uma forte intervenção estatal sobre a atividade econômica privada dos planos de saúde. Embora admitindo-se a alta relevância pública desses serviços, os planos de saúde têm, constitucionalmente, sua prestação garantida à iniciativa privada por meio de autorização operativa. O autor chama atenção para o fato de que a criação das agências reguladoras no Brasil não se deu somente no âmbito do programa nacional de desestatização.

A Agência Nacional de Águas – ANA foi criada pela lei nº 9.984/00 e regulamentada pelo Decreto nº 3.692, o qual trata, inclusive, de seu Regimento Interno.

A Agência Nacional de Águas é uma entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, assim como integrante e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, o qual é regulado pela Lei nº 9.433/97.

A atuação da ANA deve se pautar pelos fundamentos, objetivos, diretrizes e instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos e ser desenvolvida em articulação com órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Compete à Agência Nacional de Águas, principalmente: normatizar, controlar, supervisionar e avaliar as ações e atividades decorrentes do cumprimento da legislação federal pertinente aos recursos hídricos; outorgar o direito de uso de recursos hídricos do domínio da União; fiscalizar os usos de recursos hídricos do domínio da União; implementar, em articulação com os Comitês de Bacia Hidrográfica, a cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União; arrecadar, distribuir e aplicar as receitas auferidas por intermédio da cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União; e definir e fiscalizar as condições de operação de reservatórios por agentes públicos e privados, visando a garantir o uso múltiplo dos recursos hídricos.

Consoante observa o Professor Alexandre Santos de Aragão (2003, p. 282) a ANA tem uma competência Nacional, em relação a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, e uma competência estritamente federal de outorga⁷ do uso de águas da União.

A Agência Nacional de Águas é dirigida por uma Diretoria Colegiada, composta por cinco membros, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação prévia pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, III, "f" da Constituição Federal, com mandatos não coincidentes de quatro anos, admitida uma única recondução consecutiva. A exoneração imotivada de dirigentes da ANA só pode ocorrer nos quatro meses iniciais dos respectivos mandatos. Após este prazo, os diretores da ANA somente perdem o mandato em decorrência de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado, ou de decisão definitiva em processo administrativo disciplinar.

A Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ foram criadas pela Lei nº 10.233/01. A ANTT foi regulamentada pelo Decreto nº 4.130/02, e seu Regimento Interno

⁷ Pelo menos até a aprovação do Projeto de Lei nº 3.337/2004, que passa a atribuir ao Poder Executivo, na condição de Poder Concedente, a prerrogativa de editar atos de outorga e celebrar contratos de concessão para prestação de serviço no regime público.

aprovado pela Resolução ANTT nº 1/02. A ANTAQ foi regulamentada pelo Decreto nº 4.122/02, e seu Regimento Interno Aprovado pela Resolução ANTAQ nº 1/02.

Essas agências reguladoras têm competências distintas, embora sigam as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transportes – CONIT e pelo Ministério dos Transportes, vinculados à Presidência da República.

O CONIT tem como atribuição propor políticas nacionais de integração dos modais de transporte no que se refere especialmente a: desenvolvimento do setor de transporte terrestre e aquaviário; fixar diretrizes de integração dos sistemas viários sob a jurisdição da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; promoção da competitividade, para redução de custos, tarifas e fretes ; promoção da descentralização, para melhoria da qualidade dos serviços prestados; apoio à expansão e ao desenvolvimento tecnológico e coordenação do sistema federal de viação.

A ANTT e a ANTAQ têm como objetivos comuns implementar, em suas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos Transportes; bem como regular ou supervisionar as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes exercidas por terceiros.

A Agência Nacional de Transportes Terrestres tem como esfera de atuação: o transporte ferroviário de passageiros e cargas; a exploração da infra-estrutura ferroviária e o arrendamento dos ativos operacionais correspondentes; o transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; o transporte rodoviário de cargas; a exploração da infra-estrutura rodoviária federal; o transporte multimodal e o transporte de cargas especiais e perigosas em rodovias e ferrovias.

A Agência Nacional de Transportes Aquaviários tem como esfera de atuação: a navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso; os portos organizados; os terminais portuários privativos e o transporte aquaviário de cargas especiais e perigosas.

As diversas competências da ANTT e da ANTAQ estão elencadas nos artigos 24, 25, 26, 27 da Lei 10.233/01. Entretanto, cabe destacar que algumas dessas competências estão em vias de serem alteradas por meio do Projeto de Lei nº 3.337/2004 (BRASIL, 2004). Está se propondo, principalmente, que o poder de outorga – de concessão, permissão e autorização – passe a ser atribuição direta do

Poder Executivo (Ministério), deixando, portanto, de ser atribuição dessas agências como consignado em suas respectivas leis de criação. Vale destacar que, segundo o projeto de lei, o Ministério dos Transportes poderá, a seu alvedrio, delegar o poder concedente às agências. Além disso, dispõe que caberá ao Ministro dos Transportes estabelecer diretrizes sobre a política tarifária a ser exercida nas outorgas de prestação de serviço e de exploração de infra-estrutura do Sistema Federal de Viação.

A ANTT e a ANTAQ têm diretorias atuando em regime de colegiado, nomeadas pelo Presidente da República, para mandatos de quatro anos, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea "f" do inciso III do art. 52 da Constituição Federal. A Diretoria da ANTT será composta por um Diretor-Geral e quatro diretores e a Diretoria da ANTAQ será composta por um Diretor-Geral e dois diretores.

Os membros da diretoria dessas agências só perderão o mandato em virtude de renúncia, condenação judicial transitada em julgado, processo administrativo disciplinar, ou descumprimento manifesto de suas atribuições.

A Agência Nacional de Cinema – ANCINE foi criada pela Medida Provisória nº 2.219/01, regulamentada pelo Decreto nº 4.121/02, o qual trata, inclusive, de seu Regimento Interno.

A ANCINE é vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, sendo entidade dotada de autonomia administrativa e financeira, com a atribuição de fomento, regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica. Tem como objetivos principais: promover a cultura nacional e a língua portuguesa mediante o estímulo ao desenvolvimento da indústria cinematográfica e videofonográfica nacional em sua área de atuação; aumentar a competitividade da indústria cinematográfica e videofonográfica nacional; fomento à produção, à distribuição e à exibição; promover a auto-sustentabilidade da indústria cinematográfica nacional; estimular a universalização do acesso e zelar pelo respeito ao direito autoral sobre obras audiovisuais nacionais e estrangeiras.

Como competências da ANCINE destaca-se: executar a política nacional de fomento ao cinema; fiscalizar o cumprimento da legislação; promover o combate à pirataria de obras audiovisuais; aplicar multas e sanções; e regular as atividades de fomento e proteção à indústria cinematográfica e videofonográfica

nacional, resguardando a livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação.

A ANCINE será dirigida em regime de colegiado por uma diretoria composta de um Diretor-Presidente e três diretores, com mandatos não coincidentes de quatro anos, escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea "f" do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

É curioso que no caso da ANCINE a sua lei de criação remeta ao regulamento, conforme o § 5º do art. 8º da Medida Provisória nº 2.219/01, a questão da estabilidade de seus diretores contra a exoneração *ad nutum*. No entanto, para Aragão (2003, p. 286) essa omissão não poderá ser regulamentada de forma a permitir a livre exoneração dos diretores: "Este silêncio não pode nos levar a crer que possam se exonerados *ad nutum*, já que lhes é aplicável a disciplina geral do art. 9º da Lei nº 9.986/00."

Portanto, é natural que no universo das agências reguladoras existam certas peculiaridades na sua modelagem e forma de atuação. Não obstante, deve haver em cada uma dessas autarquias especiais características comuns, sem as quais não haveria efetividade na missão regulatória.

Segundo boa parte da doutrina brasileira, são características imprescindíveis às agências reguladoras a independência, a diversidade e amplitude de funções ou poderes, o caráter técnico, a processualidade e o controle social.

Consoante Marques Neto (2003, p. 29-36), a independência das agências pode ser seccionada em vários tipos dependendo do interlocutor ao qual a agência tem a competência de mediar conflitos ou interesses. Existe a independência em relação aos agentes regulados, que envolve a utilização de mecanismo como a quarentena⁸ e a questão da captura⁹; a independência em relação aos consumidores ou usuários, que envolve o risco do populismo regulatório – a agência não pode se transformar em um órgão promotor apenas do interesse do consumidor –; e a independência em relação ao poder político, principalmente por meio de um arcabouço legal consistente o suficiente para evitar as vicissitudes do

⁸ É um mecanismo de impedimento do recrutamento, por um período pré-determinado, pelas empresas reguladas, de quadros dirigentes do órgão regulador.

⁹ É um mecanismo de persuasão utilizada pelos agentes regulados, baseado em seu poder de propaganda institucional, de forma a convencer o regulador da legitimidade de seus interesses.

ambiente político. Além disso, para a efetivação da independência é imperioso a estabilidade dos dirigentes, a ausência de controle hierárquico, a liberdade administrativa, a autonomia financeira e, por fim, um regime de pessoal compatível com a importância de suas atribuições.

Outra característica fundamental das agências reguladoras é a capacidade técnica. Talvez seja este o fator mais determinante para a criação dessas autarquias, pois, a expertise e especialidade técnica propiciam as condições de se tomar a melhor decisão diante das especificidades do setor regulado, mitigando o problema da assimetria de informações¹⁰ e legitimando a função reguladora.

Outra importante característica das agências reguladoras é a amplitude de seus poderes. Esses poderes, para Marques Neto (2003, p. 26) seriam o poder normativo, que consiste em editar comandos para o setor regulado, complementado os comandos legais existentes; o poder de outorga, que seria a prerrogativa da emissão, de acordo com as políticas públicas, de licenças, autorizações e concessões; o poder de fiscalização, que consiste no monitoramento e aferição das atividades reguladas; o poder sancionatório, que consiste na competência de aplicar advertências, multas ou cassar licenças; o poder de conciliação, que seria a capacidade de mediar interesses; e, por fim, o poder de recomendação, consistente na prerrogativa de subsidiar, informar e orientar os agentes participantes do processo regulatório.

Também deve caracterizar a atuação reguladora das agências a processualidade, ou seja, estarem absolutamente adstritas ao devido processo legal. Certamente, devido à concentração nas agências reguladoras de todos esses "poderes especiais", é imperiosa a necessidade que as atividades das agências sejam rigorosamente submetidas à normas processuais. Essa processualidade seria, por exemplo, a observância de prazos, procedimentos detalhados, mecanismos para o exercício do contraditório, critérios de aferição das condutas regulatórias, enfim, todos os ritos e procedimentos devem estar formalmente previstos.

¹⁰ Assimetria de informações consiste em o regulado, por gerir a atividade econômica, ter invariavelmente maiores e melhores informações do que os órgãos reguladores.

Por fim, outra importante característica deve existir nas agências reguladoras é a sua permeabilidade ao controle social. É um pressuposto imprescindível da atividade reguladora que haja uma abertura incondicional aos atores sociais, que, em última instância, são os destinatários finais dos serviços públicos regulados. O envolvimento da sociedade não deve ser apenas franqueado, mas deve ser incentivado pelo regulador:

Não basta a existência dos mecanismos que facultem a participação. É necessário que eles ensejem a participação efetiva. Se, ainda assim, ela se revelar insuficiente, a agência deve reformular tais mecanismos. (MARQUES NETO, 2003, p. 27-28).

Vale destacar que, recentemente, passou por consulta pública Anteprojeto de Lei (BRASIL, 2003a), elaborado com base nas conclusões contidas no Relatório Final do Grupo de Trabalho Interministerial (BRASIL, 2003b). Esse grupo de trabalho foi constituído para proceder a análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro. Nesse trabalho foi disposto um novo entendimento em relação ao poder de outorga, que passa a ser uma atribuição dos ministérios e não mais das agências reguladoras, como previsto nas diversas leis de criação desses novos entes estatais.

Da mesma forma, no que tange ao controle social, recentemente, passou por consulta pública Anteprojeto de Lei (BRASIL, 2003c), também elaborado com base nas conclusões contidas no Relatório Final do Grupo de Trabalho Interministerial (BRASIL, 2003b), constituído para proceder à análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro. Destacam-se nesse anteprojeto a obrigatoriedade de consulta ou audiência pública antes da tomadas de decisões relevantes pelas agências e a possibilidade da agência, observadas as disponibilidades orçamentárias, arcar com as despesas decorrentes de assessoramento especializado às associações constituídas há pelo menos um ano, nos termos da lei civil.

Do trabalho do Grupo Interministerial, segundo a Exposição de Motivos nº 12/2004 da Casa Civil, concluiu-se que:

...o modelo de Agências independentes, não obstante a necessidade de aprimoramento do quadro atual, é essencial para o bom funcionamento da maior parte dos setores encarregados da provisão de serviços públicos, com reflexos positivos no resto da economia. Afirmou-se, portanto, o papel das

Agências tanto do ponto de vista conceitual quanto à luz do direito positivo pátrio, para que os consumidores obtenham serviços com qualidade, diversidade, quantidade e modicidade tarifária, mantendo a viabilidade econômica do negócio e o retorno do investimento. As discussões dentro do Governo levaram à conclusão que a presença das Agências Reguladoras é indispensável para a atração dos investimentos privados; para a redução do chamado "risco de captura" do processo regulatório por grupos de interesse; ... (BRASIL, 2004b).

Dos referidos anteprojetos de lei consolidou-se o Projeto de Lei nº 3.337/2004 encaminhado ao Congresso Nacional dispondo sobre as regras aplicáveis às agências reguladoras relativamente à sua gestão, organização e mecanismos de controle social e que redefine atribuições no âmbito destas e dos respectivos ministérios, em especial dos setores de petróleo e seus derivados e gás natural, telecomunicações e transportes.

Algumas das principais alterações consignadas no Projeto de Lei nº 3.337/2004 já foram comentadas ao longo desse tópico, no entanto, far-se-á uma síntese das mais relevantes modificações propostas.

Procurou-se corrigir uma das principais distorções do papel das agências reguladoras, isto é, o exercício de competências de governo tais como a absorção da atividade de formulação de políticas públicas e do poder de outorgar e conceder serviços públicos. O projeto de lei busca estabelecer a fronteira entre formulação de política setorial e regulação econômica, deixando claro à sociedade que planejamento e formulação de políticas setoriais cabe aos órgãos da Administração Direta. Às agências reguladoras cabe regulamentar e fiscalizar as atividades reguladas, implementando, no que lhes toca, a política setorial.

No entanto, essa questão se reveste de aspectos práticos, dessa forma, embora o projeto de lei disponha expressamente que a competência de conceder outorgas e celebrar contratos de concessão e permissão é do Poder Executivo, deixa ao alvedrio de cada ministério a possibilidade de delegar essas atribuições às agências. Essa medida tem por objetivo, pelo menos no curto prazo, evitar o desperdício da experiência já acumulada pela agências reguladoras e assegurar a observância de aspectos técnicos que irão ter direta consequência nas funções de regulação e fiscalização dos serviços públicos concedidos.

Outra medida prevista no projeto de lei, que em boa hora se apresenta, em virtude da falta de transparência do modelo que até então vinha-se implantando no Brasil, é o desenvolvimento de instrumentos de controle social e prestação de

contas. São instituídos, estendidos ou ampliados os mecanismos de controle, responsabilização e transparência como consulta pública, apresentação de relatórios anuais ao ministério setorial e às duas Casas do Congresso Nacional, obrigatoriedade do contrato de gestão entre o ministério e a agência e criação de ouvidorias em todas as agências reguladoras.

Além disso, O projeto de lei prevê para todas as agências reguladoras a exigência de celebração do contrato de gestão e de desempenho com o ministério a que cada uma delas estiver vinculada. Trata-se de medida, segundo a Casa Civil (Brasil, 2004b), voltada a valorizar e ampliar o emprego de instrumento que permite melhor ajustar as atividades administrativas e finalísticas dos órgãos e entidades públicas, associando ao maior grau de autonomia que é conferido pela legislação às agências a um planejamento administrativo que atenda à necessidade de maior eficiência, transparência e responsabilização no seio da Administração Pública.

Por fim, o projeto de lei dedica vários dispositivos à interação operacional entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência, proporcionando um relacionamento inter-institucional, voltado para a eficácia das políticas regulatória e de defesa da concorrência nos setores regulados.

3 A CONSTITUCIONALIDADE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Ao longo da década de 90, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o tamanho e o papel do Estado passaram a ser o foco do debate institucional. No Brasil, como em outras partes do mundo, não havia mais espaço para o Estado intervencionista que a essa época era considerado responsável pelo atraso social, pela concentração de renda, pela corrupção e pela ineficiência econômica. Deste quadro surgiu a necessidade de inserir no ordenamento jurídico de novos marcos legais que possibilitassem o surgimento de um Estado regulador das atividades econômicas de relevante interesse público e dos serviços públicos que seriam concedidos à iniciativa privada.

Nessa reforma do Estado, primeiramente, ocorreu a flexibilização dos monopólios estatais, por meio da Emenda Constitucional nº 5/95, que abriu a possibilidade aos Estados-Membros de concederem às empresas privadas a exploração dos serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado.

Posteriormente, ocorreu a retirada de restrições ao capital estrangeiro. Por meio de Emenda Constitucional nº 6/95 suprimiu-se o art. 171 da Constituição, o qual previa privilégios às empresas brasileiras de capital nacional. O mesmo se passou com os serviços de telecomunicações e de radiodifusão, isto é, a Emenda Constitucional nº 8/95 modificou os incisos XI e XII do art. 21 da Constituição, que só permitiam a concessão desses serviços públicos à empresas estatais. E, finalmente, na área petrolífera, a Emenda Constitucional nº 9/95 rompeu com o monopólio estatal permitindo às empresas estrangeiras: a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos líquidos; a refinação do petróleo; a importação e exportação de produtos e derivados do petróleo; e o transporte marítimo ou por dutos do petróleo, seus derivados e do gás natural.

A derradeira transformação econômica de relevo ocorreu com o processo de privatização, o qual, diferentemente das anteriores, ocorreu por meio de medidas infraconstitucionais. Com a edição da Lei nº 8.031/90 (reformulada pela lei nº 9.491/97) foi instituído o Programa Nacional de Privatização com os objetivos

precípuos de transferir à iniciativa privada as atividades indevidamente exploradas pelo setor público e contribuir para a modernização do parque industrial do país, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia.

Com as modificações na organização do Estado e na ordem econômica introduzidas por emendas constitucionais, passou-se a ter previsão expressa, em sede constitucional, de entidades reguladoras para os setores de telecomunicações e petróleo. É o que prevê o art. 21, inciso XI e o art. 177, § 2º, inciso III, da Constituição Federal. Essas modificações constitucionais possibilitaram não só a introdução de órgãos reguladores nos setores de telecomunicações e petróleo, dotados de autonomia pela legislação infraconstitucional que os instituíram, mas também ensejaram a criação por lei ordinária de outros órgãos reguladores independentes nas áreas de energia elétrica, transportes, saúde, meio-ambiente, saneamento e cinema. Além disso, também no âmbito dos Estados-Membros e Municípios, foram criadas várias agências reguladoras atuando dentro das competências reservadas pela Carta Magna para estes entes federativos no que tange à titularidade de serviços públicos.

Não obstante, existe certa controvérsia quanto a não previsão constitucional da maioria dos órgãos reguladores. A partir desse enfoque, certos doutrinadores passaram a defender a tese de que as únicas agências reguladoras admitidas em nosso sistema seriam àquelas previstas constitucionalmente.

Marçal Justen Filho não partilha desse entendimento, para esse autor (2002, p. 392-396) essa tese daria às aludidas agências reguladoras o mesmo *status* conferido à órgãos como o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União, isto é, com prerrogativas e características bem diferentes de meras autarquias que são. A simples menção a esses órgãos reguladores no texto constitucional não os elevariam à condição de entes constitucionais, como o são o Ministério Público e o Tribunal de Contas, os quais têm a composição, estrutura e funcionamento largamente assentados na Constituição Federal. Por fim, conclui o autor:

Em suma, a situação jurídica dos diferente setores é idêntica. No setor de telecomunicações e de petróleo, não se poderão criar órgãos reguladores dotados de competências mais extensas do que seriam admissíveis em outros setores. Nem existe inviabilidade à criação de outros órgãos reguladores em outros setores de atividades. Mais ainda, sequer é

obrigatório impor disciplina idêntica para os dois órgãos reguladores no tocante à estrutura, competência e demais características. (JUSTEN FILHO, 2002, p. 396).

No que concerne ao mandato e à estabilidade dos dirigentes das agências reguladoras há quem invoque a inconstitucionalidade dessas prerrogativas legais com base na afronta ao art. 84, inciso II – que determina competir privativamente ao Presidente da República "exercer, com auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da Administração federal" – e ao art. 37, inciso II – que prevê que os cargos em comissão são de livre nomeação e exoneração –, ambos expressos na Carta Magna.

Para Marques Neto (2003, p. 43-45), não se pode cogitar que do art. 84, inciso II, possa se extrair o entendimento de que o constituinte, ao atribuir ao Presidente da República a direção superior do Estado, tenha lhe dado poderes absolutos, isto é, "pretendido dotar-lhe de poderes para dispor como bem entender da máquina pública, inclusive assumindo poderes de destituir agentes públicos aos quais a lei conferiu estabilidade.". Além disso, o autor sustenta que a nomeação dos dirigentes das agências reguladoras é uma ato administrativo complexo, pois, o art. 52, inciso III, alínea 'f', também da Constituição Federal, prevê a competência do Senado Federal de aprovar previamente a escolha de titulares "de outros cargos que a lei determinar", o que interdita ao Presidente da República a exoneração imotivada por ato exclusivo do Poder Executivo.

Parte da doutrina argüi a inconstitucionalidade de certos atributos das agências reguladoras independentes como a concentração das funções e poderes perpassando o espectro de atuação dos poderes constituídos, mormente, no que se refere aos poderes normativos e de mediação dos novos órgãos reguladores. Não discorrer-se-á no momento quanto esses aspectos, pois esse tema será tratado em capítulo subsequente deste trabalho dedicado à exposição sobre "os poderes especiais das agências reguladoras independentes".

Consoante as conclusões de Aragão (2003, p. 448), em todo o mundo ocidental, com naturais variações, foram "levantadas impugnações de caráter constitucional de análoga natureza.". Não obstante, para esse autor, em todas as Cortes Constitucionais envolvidas nessas contendas afirmou-se a constitucionalidade das agências reguladoras independentes utilizando-se de argumentação também análoga.

Em suma, pode-se concluir do exposto que não há inconstitucionalidade quanto a não previsão em sede constitucional dos demais órgão reguladores, à estabilidade dos dirigentes, bem como à concentração das funções e poderes no espectro de atuação das agências reguladoras. Além disso, conforme visto, em todas as Cortes Constitucionais envolvidas nessas contendas afirmou-se a constitucionalidade das agências reguladoras independentes utilizando-se de análoga argumentação.

4 OS PODERES ESPECIAIS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Como já enfatizado na introdução, a autonomia das agências reguladoras no desempenho de suas funções traz como imperiosa a reflexão acerca de suas competências para aplicação do Direito. É necessário buscar compreender a natureza dos poderes reconhecidos às agências reguladoras para delimitar a sua atuação. Apesar de serem entidades administrativas, face a sua independência, foi atribuído a elas a possibilidade de produzirem normas abstratas, denominado poder normativo; reunir funções administrativas, com reflexos no poder regulamentar; e a prerrogativa mediar as lides entre os agentes sujeitos ao processo regulatório, denominado poder mediador ou quase-judicial. Essa amplitude de poderes, os quais classificamos como "poderes especiais" das agências, pode ser entendida como uma usurpação dos demais poderes constituídos.

Some-se a isso, a potencialização verificada no âmbito de atuação desses novos órgãos reguladores face à independência a eles atribuídos pelas suas respectivas leis de criação. Com efeito, esse atributo os diferencia sobremaneira dos clássicos órgãos reguladores já de longa data existentes no ordenamento jurídico pátrio como o Banco Central, o Cade, a CVM e, de certa forma, os próprios ministérios responsáveis pela supervisão administrativa dentro de sua área de atuação.

Tal amplitude de poderes acarretou uma natural reação da doutrina e dos demais poderes constituídos, ou seja, como aceitar que uma autarquia possa ter um caráter híbrido reunindo **funções administrativas, normativas e quase-jurisdicionais ao mesmo tempo que possui independência em relação aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário**. Essa interface entre a atuação das agências reguladoras independentes e o espectro de atuação dos poderes constituídos é o que se buscará discorrer nesse capítulo, almejando-se averiguar a viabilidade e os limites da atribuição dos chamados "poderes especiais" a um ente autárquico da estrutura do Poder Executivo dotado de autonomia e independência.

4.1 O PODER REGULAMENTAR DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Doutrinariamente conceitua-se o poder regulamentar como a prerrogativa dos Chefes do Poder Executivo de expedirem decretos regulamentares hierarquicamente inferiores e subordinados às leis, com objetivo único de melhor explicá-las para a sua correta execução.

Hely Lopes Meirelles, ao conceituar o poder regulamentar, vai mais além ao admitir a possibilidade de inovação no ordenamento jurídico por meio do decreto autônomo :

O poder regulamentar é a faculdade de que dispõem os Chefes do Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a Lei para a sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinados por lei. É um poder inerente e privativo do Chefe do Executivo (CF, art. 84, IV), e, por isso mesmo, indelegável a qualquer subordinado. (MEIRELLES, 1999, p. 111).

Apesar desse autor admitir a possibilidade do decreto autônomo, ressalva que este encontra limites nas matéria submetidas à reserva legal, isto é, àquelas que, segundo a Constituição Federal, só são disciplináveis por lei.

Da mesma forma, Di Pietro (2003, p. 53), em harmonia com os ensinamentos Hely Lopes Meirelles (1999, p. 111), assevera quanto à exclusividade do poder regulamentar ao Chefes do Executivo e de sua indelegabilidade. No entanto, contrariamente ao grande administrativista, não admite a possibilidade do Presidente da República baixar decretos e regulamentos autônomos, enfatizando que na atual ordem constitucional, a única hipótese de regulamento autônomo decorre do art. 84, VI – que dispõe sobre a organização e funcionamento da administração federal –, mesmo assim com as limitações atinentes a esse mandamento constitucional.

De forma oposta, Cuéllar (2001, p. 116) observa 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 do poder regulamentar não é

exclusivo dessas autoridades. Sustenta, ainda, que o rol apresentado pelo texto constitucional não é exaustivo, estando, portanto, outras entidades da Administração Pública autorizadas a exercer esse poder. Por fim, a autora faz menção às antigas lições de San Tiago Dantas sobre o tema, bem antes de ao menos se imaginar a existência de agências reguladoras no Brasil:

O poder de baixar regulamentos, isto é, de estatuir normas jurídicas hierarquicamente inferiores e subordinadas à lei, mas que nem por isso deixam de reger coercivamente as relações sociais, é uma atribuição constitucional do Presidente da República, mas a própria lei pode conferi-la, em assuntos determinados, a um órgão da Administração Pública ou a uma dessas entidades que são as autarquias. Não só a elaboração de regulamentos, mas a própria atividade legislativa, não se acha hoje enclausurada na competência de um só órgão do governo, mas se desloca, por força da delegação dos poderes, para outros órgãos eventualmente mais aptos por se acharem em contato imediato com a matéria regulada, ou disporem de maior rapidez de decisão. (DANTAS, apud CUÉLLAR, 2001, p. 116-117).

Nesse mesmo diapasão, Caio Tácito pondera que o poder regulamentar, exercido nos termos da Constituição Federal, não se esgota na esfera de atuação do Presidente da República:

Se o poder regulamentar é um princípio e predominantemente exercido pelo Presidente da República, em razão de sua competência constitucional, nada impede – antes determinadas circunstâncias – possa a lei autorizar outras autoridades à prática do poder normativo.

[...] A norma de competência do Presidente da República é enumerativa, não sendo válido o raciocínio *a contrario sensu*, excludente de outra fórmula de ação normativa que a discricionariedade do Legislativo entenda necessária ou conveniente. (CAIO TÁCITO, apud ARAGÃO, 2003, p. 381-382).

Eros Grau apud Cuéllar (2001, p. 122) assevera que "Se há matérias que só podem ser tratadas por lei -, evidente que as excluídas podem ser tratadas em regulamento.". Acrescenta, ainda, crítica à interpretação que se dá à tripartição como separação e não como equilíbrio dos poderes. Por fim, o autor conclui afirmando que o princípio da legalidade será observado mesmo quando a função normativa seja desenvolvida por outros órgãos e entidades externas ao Poder Legislativo.

Para Souto (2001, p. 24-26), o que existe são matérias sob o domínio da lei (reserva legal) e outras que podem ser tratadas em atos inferiores, sendo a deslegalização importante instrumento para a concretização da regulação. Ainda

adverte que embora os limites e condições impostos à edição de regulamentos autônomos se apliquem integralmente às normas regulatórias, deve-se diferenciar essas espécies normativas:

...o regulamento, autônomo ou não, é emanado de autoridade política, sem compromisso de neutralidade; a norma regulatória, como se verá adiante, traça conceitos técnicos, despidos de valoração política; deve ser equidistante dos interesses em jogo, resultando de uma ponderação entre o custo e os benefícios envolvidos (daí deve ser necessariamente motivada e editada, preferencialmente, por agente 'independente', protegido contra pressões políticas). (SOUTO, 2001, p. 25)

Conclui Cuéllar (2001, p. 117-118) que, atualmente, reconhece-se, por meio de manifestações doutrinárias e jurisprudenciais, o exercício do poder regulamentar como faculdade de outros órgãos e entidades da Administração Pública, como as agências reguladoras, sendo, no entanto, necessário verificar acerca do conteúdo dessa competência e de seus limites.

Mesmo admitindo-se o poder regulamentar das agências reguladoras, ao exercício desta prerrogativa é imposta algumas limitações. Parte dessas limitações, consoante Cuéllar (2001, p. 125-128), são: a subordinação dos regulamentos à constituição e à lei, por serem atos hierarquicamente inferiores, cujo conteúdo devem atender, formal e substancialmente, não sendo admissível o regulamento *contra legem*; não podem inovar de forma absoluta; só podem gerar deveres e direitos se estiver previamente estabelecido o seu contorno em lei; não podem versar sobre qualquer matéria expressamente reservada à lei; não podem ter efeito retroativo; devem ser sempre fundamentados; e são sempre passíveis ao controle do Poder Judiciário, tanto no que tange a possibilidade de sua emanção como no seu conteúdo.

Portanto, o pensamento majoritário da doutrina brasileira reconhece, atualmente, que o poder regulamentar pode ser exercido tanto pelo Presidente da República, como expressamente previsto na Constituição Federal, assim como pelos Ministros de Estado e outras entidades e órgãos da Administração Pública. Em vista desse entendimento majoritário, não haveria óbices às agências reguladoras independentes deterem a competência regulamentar, desde que dentro de certos limites quanto ao alcance e conteúdo das normas por elas expedidas.

4.2 O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Na doutrina brasileira existem diversas tendências doutrinárias quanto ao poder normativo das agências reguladoras. Há um certo consenso em relação à necessidade da função reguladora das agências, mas quanto à função normativa desses entes os posicionamentos são diversos sem qualquer uniformidade quanto à fundamentação.

Segundo Di Pietro (2003, p. 50-51), os principais argumentos utilizados em relação à fundamentação da competência das agências para baixar atos normativos são: a existência de delegação legislativa; a deslegalização, na qual ocorre a retirada de certas matérias do domínio da lei; o princípio da eficiência; os regulamentos autônomos; o poder regulamentar; o surgimento de novas formas de produção legislativa; o surgimento de novas relações jurídicas especiais; demora do processo legislativo, diante da dinâmica e complexidade do tema; e, por fim, a utilização de princípios e institutos do direito comparado.

Além disso, Di Pietro (2003, p. 57), chama a atenção para o fato de o poder normativo desses entes, no Brasil, ter como paradigma o modelo das agências norte-americanas, porém sem ter adotado os correspondentes procedimentos de participação, que são o que de fato dá legitimidade às normas por elas baixadas. Lembra ainda, que os poucos mecanismos de participação previstos nas leis instituidoras das agências brasileiras não serem, normalmente, postos em prática.

Di Pietro (2003, p. 57), faz ainda uma distinção entre o poder normativo de caráter abstrato e o de caráter concreto. O poder de gerar normas de caráter geral e abstrato faz parte da competência regulatória estatal, ocorre que no Brasil esse poder é atribuído quase que exclusivamente ao legislativo. Portanto, cabe verificar a viabilidade e os limites da atribuição do poder normativo a um ente autárquico da estrutura do Poder Executivo. Quanto ao caráter normativo concreto – atos que formalmente são de caráter normativo, porém, quanto ao conteúdo são verdadeiramente atos administrativos – caberiam às agências exercer o seu poder normativo, ou seja, para esse tipo de atuação não deve haver óbice de ordem jurídica.

Para Moreira Neto (2003, p.116-117) o êxito do modelo de agências reguladoras no mundo explica-se pela celeridade, precisão e, sobretudo, flexibilidade obtidas com a *norma reguladora*. Ressalta o autor que, em princípio, não se diferenciava as matérias de cunho técnico-científico das político-administrativas, fato esse que levou a ação legislativa a abarcar todo e qualquer procedimento normativo. No entanto, atualmente, se reconhece a necessidade de delimitação dessa competência normativa:

Com efeito, está na atribuição de uma *competência normativa reguladora* a chave para operar em setores e matérias em que devem predominar as *escolhas técnicas*, distanciadas e isoladas das disputas partidárias e dos complexos debates congressuais, pois essas, distintamente, são métodos mais apropriados às *escolhas político-administrativas*, que deverão, por sua vez, se prolongar em novas *escolhas administrativas*, sejam elas concretas ou abstratas, para orientar a ação executiva dos órgãos burocráticos da Administração direta. (MOREIRA NETO, 2003, p. 117).

Consoante o pensamento de Leila Cuéllar (2001, p. 107), o poder normativo atribuído às agências reguladoras pelas recentes leis que as instituíram causam polêmica frente ao Direito Constitucional brasileiro em vista dos princípios da separação dos poderes e da legalidade. No entanto, ressalta a autora que a própria noção de agência reguladora trás em seu bojo a idéia de poder regulador (normativo), sem o qual não haveria sentido na criação dessas autarquias especiais.

Para Eros Grau apud Cuéllar (2001, p. 121-122), a classificação orgânica das funções do Estado se dividem em legislativa, executiva e jurisdicional, porém, do ponto de vista material, essas funções estatais se dividem em normativa (basicamente de produção das normas jurídicas), administrativa (de execução das normas jurídicas) e jurisdicional (de aplicação dessas normas). Segundo o autor, a competência normativa não se confunde com a legislativa. A função legislativa é "aquela de emanar estatuições primárias, geralmente - mas não necessariamente - com conteúdo normativo, sob a forma da lei"; já a função normativa consiste em "emanar estatuições primárias, seja em decorrência do exercício do poder originário para tanto, seja em decorrência do poder derivado, contento conceitos abstratos e genéricos."

Sustenta Aragão (2003, p. 371) que a separação dos poderes vem sendo tratada por alguns de forma dogmática e sacramental, sendo, portanto, alvo

de interpretações radicais e absolutas. Se for retirado do tema esse caráter "quase religioso" ele poderá ser tratado como mera divisão das atribuições do Estado:

Se retirarmos o caráter dogmático e sacramental impingido ao princípio da separação dos poderes, ele poderá, sem perder a vitalidade, ser colocado em seus devidos termos, que o configuram como mera divisão das atribuições do Estado entre órgãos distintos, ensejando uma salutar divisão do trabalho e um empecilho à, geralmente perigosa, concentração das funções estatais.

Continua Aragão (2003, p. 399) expondo seu raciocínio acrescentando que "A verdadeira essência da lei não reside nos variados fundamentos oriundos de especulações filosóficas ou teológicas que encontram eco na psique humana ao longo da história.". Arremata o autor asseverando que o espírito e a essência da lei "Decorre, ao revés, da necessidade prática de segurança jurídica, de sabermos com algum grau de pré-determinação, o que podemos e o que não podemos fazer e, em caso de inobservância, que conseqüências poderemos sofrer.".

Para Bilac Pinto apud Aragão (2003, p. 375) a outorga pelo Estado moderno de funções normativas e jurisdicionais a outros órgãos que não sejam o Poder Legislativo e Judiciário, constitui fenômeno universal, cuja proporções aumentam a cada dia. Alexandre Santos de Aragão Justifica essa delegação de poderes às agências reguladoras independentes afirmando que:

...as competências complexas das quais as agências reguladoras independentes são dotadas fortalecem o Estado de Direito, vez que, ao retirar do emaranhado de lutas políticas a regulação de importantes atividades sociais e econômicas, atenuando a concentração de poderes na Administração Pública central, alcançam, com melhor proveito, o escopo maior – não meramente formal – da separação de poderes, qual seja, o de garantir eficazmente a segurança jurídica, a proteção da coletividade e dos indivíduos empreendedores de tais atividades ou por elas atingidos, mantendo-se sempre a possibilidade de interferência do Legislador, seja para alterar o regime jurídico da agência reguladora, seja para extingui-la. (ARAGÃO, 2003, p. 375-376).

Segundo Marques Neto (2002, p. 301-302), por força do impacto tecnológico e do desenvolvimento da economia, decorre a necessidade de se considerar a existência de subsistemas jurídicos dentro do ordenamento jurídico, pautados por princípios, conceitos e estruturas hierárquicas próprias a determinado setor. Entender e aceitar esse fenômeno significa abdicar de alguns conceitos e

pressupostos da tradicional teoria do Direito Público. Aragão (2003, p. 380), baseando-se na teoria dos ordenamento setoriais, ressalva:

A necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, é a razão de ser das entidades reguladoras independentes, ao que podemos acrescentar o fato de a competência normativa, abstrata ou concreta, integrar o próprio conceito de regulação.

Indaga Cuéllar (2001, p. 107-111) acerca da não exclusividade do Poder Legislativo na detenção do poder normativo, bem como dos fundamentos para a sua utilização e da extensão desse poder na atuação das agências brasileiras. Acrescenta ainda que a Constituição Federal de 1988 admite a participação dos demais poderes, em caráter secundário, no processo de elaboração das leis, assim como a possibilidade de exercício da função normativa autônoma por parte do Poder Executivo por meio de regulamentos e medidas provisórias.

Destaca Cuéllar (2001, 131-132) que o fato de os membros do Poder Legislativo serem eleitos não os tornam tecnicamente mais aptos a exercer a função normativa atribuída às agências reguladoras. Esclarece a autora que, mesmo no legislativo, as decisões puramente técnicas são elaborados pelo corpo técnico dessas Casas Legislativas – pessoas, em última análise, diversas daquelas eleitas pelo povo. Afirma, portanto, que a legitimidade técnica da atuação normativa do legislativo, baseada puramente no fato de que os seus membros foram escolhidos pelo povo, é questionável.

Para Sundfeld (2002, p. 27) a competência normativa das agências reguladoras independentes não pode ser encarada como usurpação da função legislativa, já que "...segundo os novos padrões da sociedade, agora essas normas não bastam, sendo preciso normas mais diretas para tratar especificidades...". Conclui o eminente doutrinador: "É isso o que justificou a atribuição do poder normativo para as agências, o qual não exclui o poder de legislar que conhecemos, mas significa, sim, o aprofundamento da atuação normativa do Estado."

Cuéllar (2001, p. 116) defende a tese de que o poder normativo das agências reguladoras não origina-se de delegação legislativa pois esta é sempre precária e excepcional, podendo, em tese, ser cassada o que causaria a extinção agência, frustrando a sua natureza jurídica essencial. Portanto, o poder normativo das agências reguladoras emana do vínculo existente entre a entidade que

regulamenta e a atividade a ser regulamentada. Em consonância com esse entendimento a autora faz menção ao pensamento de Nelson de Sousa Sampaio:

É igualmente injustificável falar-se de delegação quando um órgão não legislativo deriva da própria Constituição sua competência para praticar atos com as características materiais da lei. Tal órgão retira essa atribuição da mesma fonte que a confere ao parlamento, sem a necessidade de delegação deste. (SAMPAIO, apud CUÉLLAR, 2001, p. 112)

Portanto, a legitimação da atuação das agências, no que diz respeito ao poder normativo, decorre da própria missão a elas atribuídas pelos diplomas constitucionais ou legais que as instituíram. Recorrendo a terminologia de Michele Passaro apud Cuéllar (2001, p. 134), estaríamos diante da hipótese de "legitimação pela função" das agências, isto é, "as próprias atividades desempenhadas pelos órgão reguladores, em razão de sua importância e relevância, confeririam legitimidade a tais entes, bem como justificariam a detenção por eles de poder normativo."

Conclui Cuéllar (2001, p. 145) pela legitimidade da atuação normativa das agências reguladoras:

Os órgãos de direção das agências não desfrutam de legitimidade democrática, já que não são eleitos pelo povo, mas designados pelo chefe do Poder Executivo, com aprovação do Poder Legislativo. No entanto, é possível considerar-se legítima a atuação normativa das agências reguladoras, em razão da natureza da atividade que desempenham, dos objetivos traçados com a sua instituição, assim como da forma de sua atuação (imparcial, técnica, especializada, participativa) e da forma pela qual foram instituídas (mediante lei aprovada pelo Parlamento).

Marçal Justen Filho (2002, p. 502) faz reparo na tese defendida por Cuéllar, em relação ao poder normativo (regulamento autônomo), no sentido de que a principal questão a ser debatida pela doutrina não é a simples resposta positiva ou negativa a algo que já faz parte do cotidiano jurídico brasileiro, mas sim a construção de um conjunto hermenêutico que busque, antes de desenvolver formas de controle desses atos administrativos, legitime o poder normativo infra-legal. Nas palavras do autor:

É perfeitamente procedente a instauração de instrumentos de controle da atividade normativa do Executivo. Mas isso não pode fazer-se às custas de superar-se a discussão sobre a existência de regulamentos autônomos. Na verdade e embora o negue, dito raciocínio simplesmente *legítima* o

regulamento autônomo, ao propor que a discussão se desenvolva a propósito dos limites de seu controle. Ora, não se pode dar como certa a validade jurídica de uma figura cuja inserção no ordenamento jurídico é duvidosa. Mas ainda, o controle acerca de uma pretensa competência regulamentar autônoma tem de se iniciar com a determinação dos pressupostos de sua existência. Antes de fiscalizar o conteúdo dos regulamentos autônomos, é necessário determinar a competência para sua emissão e os pressupostos para seu exercício.

É perfeitamente compreensível o rigor doutrinário com que Marçal Justen Filho defende a validação jurídica do poder normativo autônomo antes de sua utilização. No entanto, em que pese a meritória preocupação do doutrinador, entende-se a posição de Leila Cuéllar, pois, o poder normativo das agências reguladoras, assim como de outros órgãos e entidades da Administração Pública já vem sendo aplicados, dia-a-dia, na regulação dos serviços públicos. Portanto, faz-se urgente que, de forma prática, delimite-se e controle-se a utilização desses regulamentos, porquanto, de nada adianta discutir a sua validade enquanto são aplicados sem qualquer tipo de delimitação e controle. Ademais, o fato desses atos serem controlados não os valida, apenas se afigura como atenção ao princípio da razoabilidade e da prudência.

Ainda há a teoria da deslegalização para salvaguardar o poder normativo conferido às agências reguladoras independentes. Segundo Aragão (2003, p. 418), a teoria da deslegalização é mais uma novidade doutrinária do que propriamente legislativa. Para o autor "Na verdade a deslegalização é um instituto umbilicalmente ligado à atribuição, mormente na seara econômica, de largos poderes normativos a órgãos ou entidades da Administração Pública.". Usando como paradigma decisão do Conselho de Estado francês, Caio Tácito assevera:

Não é inconstitucional, mesmo nos países contrários à delegação de poderes, a participação do Executivo na criação do direito objetivo. Regulamentar não é somente reproduzir analiticamente a lei, mas ampliá-la e completá-la segundo o seu espírito e conteúdo, sobretudo nos aspectos que a própria lei expressa ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar. (CAIO TÁCITO, apud ARAGÃO, 2003, p. 419).

No entanto o poder normativo das agências reguladoras independentes deve ter o seu alcance controlado e emoldurado dentro de certos limites. Em recente julgado do Tribunal Regional Federal (TRF) da 3ª Região (BRASIL, 2003d) tratou-se da questão da extensão do poder normativo das agências reguladoras. Foi analisada resolução da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, que criara

o instrumento denominado "Revisão Técnica", que permitiria as empresas de planos privados da assistência à saúde a alteração unilateral de preço, de conteúdo e de qualidade do contrato originalmente pactuado junto aos consumidores. No acórdão concluiu-se ter havido na resolução "nítida extrapolação dos lindes regulamentares", suspendendo, portanto, esses atos da ANS.

Segundo Mello (2003, p. 286-288), o Tribunal Regional Federal analisou a relação entre o poder normativo e as relações de especial sujeição. Afirma o autor que relação de especial sujeição é a que se forma entre o Estado e determinadas categorias de particulares que integram a "esfera administrativa", cujos atos submetem-se de forma mais direta e intensa ao poder estatal para o melhor atendimento dos fins públicos. No julgado, o TRF afastou os consumidores da seara da relação especial de sujeição por meio do seguinte trecho do julgado:

As relações estabelecidas entre a ANS e as empresas operadoras diferenciam-se, por natureza, das relações estabelecidas entre os consumidores e a ANS. [...] Não se sujeitam estes ao poder de especial sujeição que vincula as operadoras, pois não se encontram submetidos a controle ou fiscalização por parte da ANS. (BRASIL, 2003d).

Também o Supremo Tribunal Federal – STF, em diversas ocasiões, já tornou pacífica a legitimidade do detenção do poder normativo pelas agências reguladoras independentes por meio de *standarts* e finalidades genéricas estabelecidas em lei. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade – Adin nº 1.668/DF, o Supremo Tribunal Federal considerou, em caráter liminar, constitucional a habilitação normativa efetuada pelos incisos IV e X do art. 19 da Lei Geral de Telecomunicações em favor da Anatel, que tratam da competência da Anatel de expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público, bem como sobre a prestação de serviços de telecomunicações no regime privado, desde que estas prerrogativas subordinem-se aos preceitos legais e regulamentares pertinentes.

Independentemente da discussão a respeito da origem da legitimidade do poder normativo conferido às agências reguladoras, se por delegação legislativa ou se pela própria missão a elas conferidas, o que de fato importa é que esses entes, para desempenharem o papel de regulador, disponham de instrumentos adequados e necessários ao alcance de seus objetivos. Obviamente, não estamos falando de um poder sem limites e controles para as agências, mas uma flexibilidade

e celeridade para que possam atuar de maneira eficiente – este sim um princípio constitucional que deve estar presente em todos os atos e contratos da Administração Pública – atingindo os fins para os quais foram criadas.

4.3 O PODER MEDIADOR DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Como atributo típico das novas agências reguladoras consta também o poder de mediação, que nada mais é do que o de dirimir conflitos entre os partícipes do setor regulado, também denominado pelos doutrinadores de poder "quase-judicial".

Nas palavras de Mendes (2002, p. 130) costuma-se abordar na doutrina norte-americana conceitos de "quase-judicialidade" ou de "discricionariedade técnica". Com esses conceitos procura-se introduzir a noção de que o poder de dirimir conflitos das agências, por ser eminentemente de caráter técnico, não admite a ingerência do controle judicial no mérito ou atividade fim, estando esse controle das agências adstrito ao crivo da legalidade.

No entanto, nem nos Estados Unidos, muito menos no Brasil essa tese de afastamento do Poder Judiciário da esfera regulatória foi acatada. Apesar de haver, no universo das agências reguladoras, uma discricionariedade técnica que traz em seu bojo a faculdade de dirimir conflitos, este fato não supera nem consegue elidir o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Sundfeld (2002, p. 30-31), além de endossar o poder normativo das agências reguladoras independentes, enxerga nessas o poder de dirimir conflitos: "Regular é, ao mesmo tempo, ser capaz de dirimir os conflitos coletivos ou individualizados. É por isso que surgem as agências reguladoras, porque o Estado tem de regular.". Para autor nos é difícil compreender e aceitar a idéia de que o Poder Judiciário não seja o único foro para mediação e solução de conflitos, admitindo-se que a produção jurídica no âmbito da Administração Pública possa ser socialmente tão importante quanto a do Judiciário. Assevera o autor:

O Judiciário, com a estrutura que lhe foi dada no século passado, não é capaz de conhecer todos os conflitos decorrentes da vida moderna e das normas editadas para transformar em valores jurídicos os novos valores que

foram sendo incorporados pela sociedade. Mesmo assim resistimos à idéia de que outros órgãos ou entes possam ter um papel que de algum modo corresponda, ou se assemelhe, no novo tempo, àquilo que o judiciário fez no passado em caráter de exclusividade. (SUNDFELD, 2002, p. 31).

Para Mendes (2002, p. 130-131) não existe esfera de discricionariedade na Administração Pública brasileira imune ao controle judicial. A contra-argumentação, trazida da América do Norte, que identifica tal esfera por se tratar de questões eminentemente técnicas, não supera o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Argumenta o autor que para suprir a lacuna da especialização o juiz pode valer-se da perícia judicial, que, ao menos em tese, o torna apto a tomar decisões de caráter técnico.

Não obstante, há juristas que defendem, no Brasil, a possibilidade da utilização do instituto da arbitragem para a mediação e solução de conflitos nos setores sujeitos à regulação das agências. Com efeito, a recente Lei da Arbitragem (BRASIL, 1996a) consigna que as partes poderão utilizar da arbitragem para a solução de conflitos. Entretanto, essas partes, ao se submeterem a um tribunal arbitral de natureza privada estarão abdicando da possibilidade da revisão judicial da decisão exarada, bem como esta constitui-se em título executivo extra-judicial. Há como óbice à utilização do instituto da arbitragem, em se tratando de serviços públicos, mormente, o princípio da indisponibilidade do interesse público, ou seja, o administrador público não pode, ao seu alvedrio, dispor do interesse público, o que de fato ocorreria ao se optar pela solução de lides de caráter público em tribunais arbitrais.

Por fim, a grande questão que se coloca quanto a esse aspecto da regulação é a efetividade do controle judicial sobre as decisões das agências reguladoras. Consoante o pensamento de Alexandre Santos de Aragão:

Em um sistema de jurisdição una, a autonomia das agências reguladoras não pode ser afirmada perante o Poder Judiciário, que, todavia, se depara com alguns empecilhos para anular e principalmente para substituir as suas decisões, tendo em vista a elevada discricionariedade de administração econômica que lhes é conferida pelo legislador, o que faz com que o controle judicial afira, via de regra, apenas a razoabilidade e a consonância de suas decisões com o devido processo legal. (ARAGÃO, 2003, p. 449).

Com efeito, é reconhecidamente dificultosa a tarefa do Poder Judiciário de julgar decisões de caráter técnico efetuada por entidades especializadas como as agências reguladoras em setores que demandam uma grande, e cada vez mais

crescente, especialização técnica. Vale lembrar que um dos principais argumentos para a criação dessas entidades reguladoras independentes foi justamente a evolução tecnológica, a complexidade, a especificidade e o elevado conteúdo técnico dos setores regulados, o que, conseqüentemente, demandou a exigência de um alto grau de especialização na Administração Pública. Portanto corre-se o risco de que exista um controle judicial, porém de caráter meramente formalista, sem condições de avaliar a razoabilidade, proporcionalidade e o alcance das finalidades públicas embutidas nas decisões das agências reguladoras independentes.

5 O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Apesar da presença dos aludidos "poderes especiais" na atuação das agências reguladoras e de ser praticamente consensual a importância de sua autonomia para o funcionamento desejável da regulação, isto não significa que seja prescindível o controle estatal sobre essas entidades. Para Marcos Juruena Villela Souto (2001, p. 341):

A figura do agente regulador independente não afasta as regras de controle. A expressão, no entanto, tem causado algumas perplexidades entre os juristas, embora esteja em absoluta compatibilidade com o sistema constitucional brasileiro; o que se deseja, pela independência é, apenas, afastar a incidência de interferência política sobre o juízo técnico que deve orientar a atuação da agência.

Segundo esse mesmo autor, o controle sobre as agências ramifica-se no controle finalístico, que é, sem afastar a independência do juízo técnico, o controle sobre o atingimento das políticas públicas do governo; no controle social, sendo este aquele relacionado à possibilidade da sociedade participar e fiscalizar as ações implementadas pela agência; no controle administrativo, que configura-se no poder-dever da Administração para o fim de confirmar, rever ou alterar condutas internas, tendo em vista aspectos de conveniência e oportunidade; no controle legislativo, que é o exercido pelos órgãos legislativos ou por comissões parlamentares sobre determinados atos (e contratos) no âmbito do Poder Executivo e o de sustação dos atos normativos que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa; e, por último, no controle judicial, a posteriori, tendo como alvo a legalidade do ato administrativo, não alcançando o mérito administrativo.

Destaca-se também a importância do controle externo exercido pelos tribunais de contas, apesar de subentender-se que este controle está inserido no âmbito do controle legislativo, pois, constitucionalmente, o Tribunal de Contas está inserido como órgão pertencente à estrutura do Poder Legislativo.

Há certa corrente doutrinária que defende a tese de que o controle externo exercido pelos tribunais de contas deve se restringir ao controle relacionado

a gestão dos recursos públicos, ou seja, referente à aplicação dos bens e serviços públicos a seu cargo. Entretanto, entendemos que em vista da ainda fragilidade do controle direto exercido pelos poderes constituídos, cabe aos tribunais de contas a importante missão, sem evidentemente substituir as agências reguladoras, de fiscalizar se os mercados estão sendo regulados de forma a proporcionar a neutralidade entre os agentes regulados e a estabilidade de suas relações.

Para Aragão, ao Tribunal de Contas cabe controlar certos atos de regulação das agências, ou seja a atividade fim. Nas palavras do autor:

...os atos de regulação e de fiscalização de serviços públicos se refletem sobre o Erário. Por exemplo, uma fiscalização equivocada pode levar à não aplicação de uma multa; a autorização indevida de tarifa leva ao desequilíbrio econômico-financeiro favorável à empresa, o que, entre outras alternativas deveria acarretar a majoração do valor de outorga devida ao Poder Público, etc. (ARAGÃO, 2003, p. 340-341).

Segundo Di Pietro (2002, p. 65) não há diferenças entre o controle que os tribunais de contas realizam nos órgãos e entidades da Administração Pública e o controle que deve ser realizado nas agências reguladoras. Para a autora "nenhuma lei poderá limitar a competência do Tribunal de Contas, uma vez que tal competência origina-se da Constituição Federal.". Ademais, conclui a eminente doutrinadora, asseverando que "...tal como o Poder Judiciário, O Tribunal de Contas, na qualidade de órgão auxiliar do Poder Legislativo, pode controlar as agências reguladoras no seu papel de executora dos contratos de concessão."

Em discurso de abertura do Seminário "O Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos", realizado nas dependências do TCU, em outubro de 2001, o Ministro Humberto Souto (2002, p. 8), então Presidente do Tribunal de Contas da União, declarou que o art. 71 da Constituição Federal confere competência ao Tribunal para realizar auditoria de natureza contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional em todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Além disso, ressaltou que os contratos de concessão celebrados entre as empresas delegatárias do serviço público e as agências reguladoras nada mais são do que contratos administrativos passíveis de fiscalização pelo Tribunal de Contas da União conforme previsto na Constituição e na Lei Orgânica do TCU. Consoante as palavras do Sr. Ministro-Presidente:

Em razão disso, a fiscalização sobre essas autarquias não pode pautar-se apenas no controle da legalidade de seus atos. Fica patente a necessidade de a atuação do Tribunal estar voltada, principalmente, para a verificação dos atos quanto à eficiência e a efetividade. (SOUTO, 2002, p. 8).

No entanto, o ilustre Ministro-Presidente adverte que o papel do Tribunal de Contas não se confunde com o das agências reguladoras, pois a atuação do Tribunal deve se voltar para a verificação, nos atos desses órgãos, do "cumprimento dos princípios constitucionais que devem nortear a atuação dos entes públicos."

Neste mesmo evento, na palestra "O Papel do Tribunal de Contas da União no Controle das Agências Reguladoras", o Exmo. Sr. Ministro Benjamin Zymler do Tribunal de Contas da União foi mais além:

Não deve o Tribunal substituir as agências. Deverá, apenas, zelar pela atuação pronta e efetiva dos entes reguladores, para assegurar a adequada prestação dos serviços públicos à população. Entretanto, percebendo o Tribunal omissão ou incapacidade da agência, deve agir a fim de evitar maiores transtornos à sociedade. Seja expedindo determinação às concessionárias ou permissionárias, seja cobrando das agências reguladoras o correto cumprimento de seus objetivos. (ZYMLER, 2002, p. 8).

Citamos, por fim, as recentes palavras do Exmo. Sr. Ministro do Tribunal de Contas da União, Walton Alencar Rodrigues, na palestra "O TCU e o Controle das Agências Reguladoras" (RODRIGUES, 2003), proferida no Seminário "O Controle das Agências Reguladoras", realizado nas dependências do TCU, em 25 de novembro de 2003:

As competências dos órgão reguladores devem ser exercidas na forma da lei e da Constituição, não configurando reduto alheio à fiscalização e controle do TCU. É imprescindível a prestação de contas à sociedade, não apenas no sentido da comprovação da regularidade formal dos gastos, mas da economicidade, eficiência e eficácia dos atos de gestão, com a cabal demonstração da legitimidade da atuação do órgão.

Prosseguindo no juízo da lavra do ilustre Sr. Ministro:

Uma vez aceito que cabe ao TCU realizar auditorias e inspeções de natureza operacional e aferir a obediência ao princípio constitucional da eficiência, por parte das agências reguladoras, não poderia prescindir a Corte de Contas de fiscalizar a ponta final da atuação das agências: os contratos de concessão e permissão e os atos de autorização de serviços públicos. Os prestadores de tais serviços gerem bens e direitos públicos - rodovias, portos - ou de natureza semelhante, como os bens reversíveis, afetos à prestação do

serviço público, e, em última análise, respondem pelo próprio serviço delegado que pertence à União, titular de tais prestações.

Não há como retornar ao modelo anterior do Estado provedor de serviços públicos, mesmo que essa fosse a intenção não haveriam recursos orçamentários para isso. Seria demasiado o custo de oportunidade, na conjuntura atual, do deslocamento desses escassos recursos orçamentários para a máquina estatal provedora de serviços públicos em detrimento de sua aplicação em áreas onde a atuação do Estado é mais urgente e imprescindível como saúde, educação, justiça e segurança.

Diante desse contexto, entendemos que cabe ao governo procurar de forma legítima meios de controlar os serviços públicos concedidos tornando-os mais acessíveis à população e de boa qualidade. Nesse mister, pela sua magnitude econômica e relevância social, além da atuação das agências reguladoras independentes, faz-se necessário a atuação do controle externo por meio dos tribunais de contas.

Portanto, o controle externo deve visualizar de forma clara a priorização de sua atuação na área de regulação como uma das principais facetas de sua missão institucional, pois a tarifa cobrada pela empresas concessionária nada mais é do que um recurso público da sociedade, devendo, em vista disso, ser bem aplicado, além de proporcionar a universalização e a qualidade dos serviços públicos e ao mesmo tempo caracterizar-se pelo atributo da modicidade tarifária.

Da experiência vivenciada pelo Tribunal de Contas da União na fiscalização das agências reguladoras e, até mesmo, das próprias empresas concessionárias, faculdade, neste último caso, prevista no § 1º do art. 70 da Constituição Federal, percebeu-se que existem muitas formas de atuar na execução contratual de maneira a resguardar os interesses dos usuários dos serviços públicos concedidos, respeitando os direitos contratuais das empresas concessionárias.

Dentre as diversas fiscalizações empreendidas pelo Tribunal de Contas da União nas licitações e contratos de serviços públicos concedidos pode-se destacar algumas pela sua efetividade, além de relevância social e econômica.

Em 1998, ao acompanhar o processo de privatização da então Malha Paulista (Fepasa) da RFFSA, o Tribunal detectou que estava sendo incluído junto à malha ferroviária a concessão da parte rodoviária da ponte rodoferroviária na BR-

158, recém construída, sobre o Rio Paraná, ligando o Mato Grosso do Sul com São Paulo, sem que o futuro concessionário pagasse por isso. O TCU, por intermédio da Decisão n.º 734/1998 determinou que o BNDES retirasse a concessão da ponte ou, caso contrário, quantificasse o seu valor para somar ao valor da Fepasa. A concessão da ponte foi retirada sem prejuízo para a privatização. Realizada nova licitação para concessão da ponte rododiferroviária, naquele mesmo ano, resultou em cerca de R\$ 80 milhões para os cofres públicos.

No caso do Banespa (Decisão Plenário nº 965/2000), o Tribunal descobriu um erro de avaliação que aumentou o preço mínimo do banco em R\$1,012 bilhões. Fatos similares ocorreram com o Banco do Estado de Goiás – BEG (Decisão Plenário nº 1005/2001) – elevação do preço mínimo em R\$ 34,8 milhões; com o IRB Brasil Resseguros S.A. (Decisão Plenário nº 396/2000) – elevação do preço mínimo em R\$ 40 milhões; da licitação para outorga de autorização para exploração de Serviço Móvel Pessoal (Decisão Plenário nº 849/2002) – elevação do preço mínimo em R\$ 1,673 bilhões.

Mais recentemente o Tribunal de Contas da União teve que responder à consulta formulada pelo Ministério das Comunicações acerca da possibilidade de utilização dos recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST) como instrumento de financiamento de democratização do acesso aos serviços de telecomunicações no Brasil. Ao responder a consulta no Acórdão nº 1.107/2003 – Plenário, o Tribunal decidiu que deveria ser contratada empresa para implantar, manter e operar o serviço de acesso para utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive da internet, a estabelecimentos de ensino, bibliotecas e instituições de saúde.

Outra importante intervenção do TCU foi a Representação formulada por um de seus auditores em que questiona os coeficientes utilizados na planilha de cálculo dos reajustes anuais das tarifas dos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (Acórdão nº 865/2003 – Plenário). Foi determinado à ANTT que realizasse estudo para atualizar os coeficientes tarifários tendo em vista as transformações tecnológicas, administrativas, legais e econômicas verificadas no país desde a última revisão dos cálculos dos coeficientes tarifários efetuada em 1989. Como resultado, em julho de 2003, as tarifas, que segundo a planilha antiga deveriam sofrer um reajuste da ordem de 30%, foram majoradas em 17,48%.

Foi, também, avaliada pelo TCU a metodologia adotada pela ANEEL nas revisões tarifárias do setor de energia elétrica ao longo de 2003. Em seu voto (Acórdão nº 1757/2003 – Plenário) o Ministro-Relator considerou merecedor de destaque as inconsistências detectadas pelos auditores no se refere ao cálculo do *fator x*, que não estava representando de forma adequada os ganhos de produtividade das concessionárias que deveriam ser repassados aos usuários dos serviços. Portanto, determinou-se à ANEEL o saneamento das inconsistências verificadas.

Pode-se, ainda, citar algumas decisões atinentes ao acompanhamento da execução contratual de concessões de rodovias: cobrança indevida do ISS (Decisão TCU nº 434/1999-Plenário), ganho estimado de R\$ 50 milhões com a interrupção da cobrança; valores de ISS arrecadados indevidamente e receita financeira oriundas das aplicações desses valores (Decisão TCU nº 567/2002-Plenário) proporcionaram redução nas tarifas de pedágio implicando em economia para os usuários de aproximadamente R\$ 64 milhões; detecção de superfaturamento nos valores das obras e serviços na Concessionária Rodonorte/PR (Decisão TCU nº 1502/2002-Plenário), acarretando um potencial de economia da ordem de R\$ 33 milhões para o período restante de concessão (17 anos); e identificação de receitas apropriadas indevidamente pela Concessionária NovaDutra (Decisão TCU nº 1648/2002-Plenário) decorrentes, entre outros fatores, da implantação de nova praça de pedágio em Jacareí, implicando em uma redução no valor do pedágio naquele complexo de R\$ 0,30 por eixo, que significou uma economia de cerca de R\$ 170 milhões para os usuários da rodovia ao longo da execução contratual.

Além dessas fiscalizações, mais recentemente, caso modelar foi a experiência do Tribunal de Contas nas auditorias de acompanhamento da execução contratual realizadas nas empresas concessionárias de rodovias federais. Foram realizadas auditorias nas principais rodovias federais concedidas como a Via Dutra (já citada), a Via Osório-Porto Alegre, a Via Rio-Teresópolis e a via Rio-Juiz de Fora, com o objetivo de verificar a pertinência dos valores dos pedágios e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessões. Estas auditorias estão em processamento no Tribunal de Contas, algumas com decisões tomadas e em fase recursal, outras em processo de encaminhamento ao plenário.

Em todos esses trabalhos de auditoria – a despeito de se reportarem a fase de outorga ou de acompanhamento – foram detectadas várias oportunidades legítimas de correção da licitação ou da execução do contrato de forma a proporcionar uma maior retorno financeiro com a venda dos ativos ou de beneficiar o usuário com uma melhor qualidade de serviços e com tarifas de pedágio mais módicas, sem contudo retirar das concessionárias quaisquer direitos assegurados nos editais ou contratos celebrados.

Estas experiências do TCU nos induzem a refletir que para haver equidade e justiça no modelo regulador é crucial a especialização de um corpo técnico tanto no Executivo, como no Legislativo, de carreira, capaz de se aprofundar na elaboração e fiscalização dos editais e contratos e no acompanhamento da execução contratual. É possível e de fundamental importância para a consolidação de um Estado Regulador que este seja transparente, capaz de proteger os cidadãos oferecendo tarifas módicas e qualidade no serviço público, ao mesmo tempo que preserva a atratividade do investimento, perfazendo um equilíbrio econômico-financeiro saudável para ambas as partes contratantes.

Concluindo, o Estado Regulador é um caminho sem retorno, portanto, cabe dotar as agências reguladoras e os tribunais de contas das condições necessárias para cumprirem a sua missão institucional, respectivamente, na regulação e no controle dos serviços públicos concedidos.

6 A IMPORTÂNCIA DA INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A independência da agências reguladoras é um atributo indispensável ao exercício imparcial da mediação entre todos agentes envolvidos no campo da regulação – governo, empresas e usuários – que normalmente representam interesses antagônicos, bem como condição *sine qua non* para perseverar a neutralidade do processo regulatório.

Além dos princípios da regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade arrolados na Lei nº 8.987/1995 (Lei das Concessões) que caracterizam a prestação do serviço adequado e outros definidos pela doutrina como princípios jurídicos do serviço público, toma relevo na atuação das agências o princípio da neutralidade. Dinorá Adelaide Musetti Grotti define este princípio da seguinte forma:

Na verdade, o princípio da neutralidade possui duas vertentes: de um lado, a prestação dos serviços não pode ser condicionada à declaração de uma determinada concepção filosófica, ideológica ou religiosa – e, nesse sentido, subsume-se ao princípio da igualdade; de outro, nessa atividade deve-se respeitar a pluralidade política, cultural e de crenças da nação, consagrada e tutelada na Constituição – e, nesse aspecto, mantém uma certa autonomia em relação ao referido princípio. Tem por finalidade impedir que se possa utilizar a prestação de serviços públicos como instrumento de indução de idéias, de propagação de interesses, de comunicação de ideologias políticas ou de um sistema de crenças direcionadas em prejuízo da ampla liberdade de expressão, discussão e resposta pela sociedade. (GROTTI, 2002, p. 55).

Portanto, é imperiosa a análise de como se dá a independência dos entes reguladores perante o exercício dos demais poderes constituídos. Digo, como poder-se-á garantir a independência de modo a efetivar os "poderes especiais" das agências, pois, decerto todo o modelo de regulação que vem sendo implantado no Brasil estaria irremediavelmente inepto caso hajam interferências indesejáveis no âmbito da atuação regulatória.

Para Alexandre Santos de Aragão (2003, p. 331) a principal característica das agências reguladoras é a sua independência ou, como denomina,

autonomia reforçada: "...o que caracteriza as agências reguladoras é a independência ou autonomia reforçada que possuem em relação aos Poderes centrais do Estado e, em especial, frente à Administração Pública central."

Segundo o pensamento de Leila Cuéllar, além da ausência de vínculo hierárquico frente ao Poder central do Estado, a independência das agências reguladoras tem diferentes nuances:

A independência corresponde inicialmente à ausência de vínculo hierárquico formal entre a agência reguladora e a pessoa administrativa central, mas identifica-se, igualmente, com a autonomia de atuação e a autonomia financeira, além de, do ponto de vista prático, e não jurídico, referir-se a previsão de garantias para evitar a captura dos organismos por interesses políticos ou econômicos. (CUÉLLAR, 2001, p. 93).

Além disso, a necessária equidistância entre os órgãos reguladores e os demais agentes envolvidos na regulação se manifesta em outros aspectos.

Em relação as empresas reguladas – lídimos exploradores da atividade econômica, a importância da independência das agências reguladoras chega a ser vital para a adequada efetividade da regulação, isto não quer dizer que a ação das agências deve se pautar pela primazia de sua atuação em relação a esses agentes, mas, de certo, é necessária deferência especial devido a materialidade dos valores envolvidos e ao poderio econômico das empresas exploradoras de serviços públicos.

De fato os contornos da motivação dessas empresas concessionárias em defender seus interesses é bem mais intensa do que a verificada nos demais agentes envolvidos na regulação, isto é, governo e usuários. Podemos facilmente demonstrar essa assimetria do sistema regulatório por meio de uma exemplificação: imaginemos que uma tarifa de pedágio seja calculada em um valor de apenas cinco centavos acima do valor contratualmente pactuado, nesse caso cada usuário do serviço público seria onerado de forma quase que insignificativa, o governo, por sua vez, se não há clamor popular quanto ao aumento, fica em confortável situação com o aumento de arrecadação proporcionado pelos tributos incidentes sobre as tarifas de pedágio. Por outro lado, a empresa concessionária, considerando o universo de utentes do serviço público, acresce sua receita e por conseguinte seu lucro de maneira extraordinária. Portanto, deve a agência reguladora possuir instrumentos

suficientes para evitar, ou pelo menos, amenizar o poder de captura¹¹ do órgão regulador pelas empresas exploradoras dos serviços públicos ou de relevantes atividades econômicas.

De outro lado, não pode a agência reguladora se portar como um defensor ou promotor do interesse do consumidor, promovendo um autêntico "populismo regulatório". Agindo dessa forma a agência estaria, no longo prazo, acarretando a inviabilidade do prestador do serviço público, o que poderia ser entendido como uma forma disfarçada de quebra de contratos, acarretando assim a fuga de potenciais investidores em atividades produtivas submetidas à regulação estatal. Ademais, nesse caso, o cumprimento de metas nos setores regulados estariam seriamente comprometidos, prejudicando a qualidade e a universalização desses serviços públicos, fato esse que, paradoxalmente, atingiria de forma reflexa os próprios usuários dos serviços públicos, especialmente a parcela da população menos aquinhoada economicamente.

Porém, a dimensão da independência mais delicada e polêmica é a que se refere a relação com o poder político. Conforme já exaustivamente discorrido ao longo deste trabalho – sendo uma autêntica unanimidade entre os doutrinadores, formuladores e aplicadores do direito – é primordial para a adequação do desenho regulatório a neutralidade das agências reguladoras perante às vicissitudes do poder político. Para Floriano Marques Neto:

Bem é verdade que 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 macropolíticas para o setor. Porém, definidos esses 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).

Em um país como o Brasil, é muito normal que os detentores do poder político – principalmente no âmbito do Poder Executivo, caso inexistisse a independência das agências reguladoras – se utilizem de métodos populistas, como o de abaixar tarifas públicas às vésperas de eleição, para alcançar seus objetivos eleitoreiros, sem a devida preocupação com os contratos pactuados e, conseqüentemente, com o imprescindível equilíbrio econômico-financeiro na

¹¹ É um mecanismo de persuasão utilizada pelos agentes regulados, baseado em seu poder de propaganda institucional, de forma a convencer o regulador da legitimidade de seus interesses.

prestação desses serviços públicos essenciais. Consoante assevera Marques Neto (2002, p. 87), "A independência, aqui, deve servir para que órgão regulador seja um instrumento de política governamental, e não um instrumento de política de um governo."

Para que a independência seja de fato alcançada, não basta somente o resguardo das agências reguladoras contra a interferência política direta sobre seus atos de regulação, sobretudo porque existem outras formas mais sutis de aprisionamento dessas entidades aos interesses políticos. Portanto, cabe ainda promover a desejável autonomia financeira dessas entidades, pois, a dependência direta e única do Orçamento Geral da União pode se transformar em uma forma indireta de influência política. Esta independência poderia ser promovida por fontes próprias de recursos oriundos da própria atividade regulatória. Atualmente, nas leis de instituidoras das agências reguladoras, está previsto a utilização de taxa de fiscalização, no entanto, essa forma de arrecadação vem sendo judicialmente questionada pela alegação de que teria natureza jurídica de tributo, estando, portanto, sujeita às limitações constitucionais ao poder de tributar, especialmente, as estabelecidas nos artigos 145, 150, 151 e 152 da Constituição Federal.

Da mesma forma, deve-se ter cuidado no que tange à limitação da independência por meio de outro instrumento que está proposto no Projeto de Lei nº 3.337/2004 (Brasil, 2004), trata-se da celebração do contrato de gestão e de desempenho com o ministério a que cada agência reguladora estiver vinculada. Segundo a Exposição de Motivos da Casa Civil nº 12/2004 (Brasil, 2004b), essa medida é direcionada a valorizar e ampliar o emprego de instrumento que permite melhor ajustar as atividades administrativas e finalísticas dos órgãos e entidades da Administração Pública, associando ao maior grau de autonomia que é conferido pela legislação às agências a um planejamento administrativo que atenda à necessidade de maior eficiência, transparência e responsabilização no seio da Administração Pública.

Para Marques Neto (2002, p. 88) o contrato de gestão entre os ministérios afins e as agências reguladoras "...trata-se de iniciativa absolutamente descabida". Justifica o autor argumentando que esses contratos têm como finalidade outorgar alguma autonomia a um ente público, especialmente uma empresa estatal, fixando em contrapartida metas a serem atingidas, no entanto, para o autor:

Porém, as finalidades e pressupostos de uma agência reguladora são muito diversas de uma empresa. Seus objetivos não se traduzem em resultados econômicos, nem sua gestão possui relação direta com os resultados. [...] De outro lado, parece fora de dúvida que as metas e objetivos do órgão regulador não devam estar previstos em contratos. Eles correspondem a própria política pública para o setor, e, como tal, deverão vir contidos na lei ou nos instrumentos normativos por ela indicados. [...] Em uma palavra: pretender adstringir as agências a contratos de gestão significa – além de ser uma ignorância do que sejam e para que sirvam os dois instrumentos (agências e contrato de gestão) – quitar a independência e a autonomia desses órgãos, sem as quais não se exerce a atividade regulatória. (MARQUES NETO, 2002, p. 88-89).

Segundo o pensamento de Alexandre Santos de Aragão, a utilização do contrato de gestão entre Poder Público e suas instâncias operativas, constitui-se, tratando-se das agências reguladoras, em uma relação paradoxal:

O curioso é notar como, paradoxalmente, os contratos de gestão constituem, para o comum dos órgãos e entidades da Administração Pública, a possibilidade do aumento de suas esferas autônomas de atuação, enquanto que para as agências reguladoras representam um mecanismo de controle da Administração central sobre sua "autonomia reforçada", que, antes de ser fruto do contrato de gestão, tem esteio diretamente na lei que as instituiu. (ARAGÃO, 2003, p. 360).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 165-166) ensina que a independência, exigida pela função regulatória, necessária para o exercício politicamente neutro das agências deve ser entendido sob o prisma de quatro aspectos principais que são: a independência política dos gestores, garantida pela proibição de exoneração *ad nutum*; a independência técnica dos gestores; a independência normativa; e a independência gerencial, financeira e orçamentária. Entretanto adverte:

Essas idéias de independência não devem conduzir, entretanto, à idéia de que se está diante de uma *nova função política* ou, até mesmo, de um "*novo poder orgânico*" do Estado. Muito pelo contrário: o que se procurou demonstrar é que se está diante de uma *nova função administrativa*, um modelo de administração que já estava latente na Constituição de 1998, como, de resto, em todas as Constituições de Estados Democráticos de Direito, que prestigiam os princípios da *eficiência*, da *impressoalidade* e da *participação*. (MOREIRA NETO, 2003, p. 166)

Por fim, concluímos pela imprescindibilidade da independência das Agências Reguladoras Independentes para solidificação do novo modelo econômico que se almeja implantar no Brasil. Para isto deve estar claro e enraizado em nosso ordenamento econômico, político e social que essas entidades reguladoras são

instrumentos de políticas de Estado, que são aquelas definidas por lei, consignando as premissas e intenções que o país, em um momento histórico, quer consagrar como prioritárias para o alcance de objetivos estruturais de longo prazo, objetivos esses maiores do que os circunscritos em políticas de um governo qualquer.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A parte mais difícil para conceber este trabalho foi justamente o de manejar o tema escolhido para a dissertação. Inicialmente, diante da ainda incipiente pesquisa teórica sobre o assunto, imaginou-se, mais por ingenuidade do que por arrogância, conseguir propor ou até mesmo delimitar o espaço de atuação dos novos órgãos reguladores, especialmente no que tange aos seus poderes normativos, regulamentares e de mediação, definidos ao longo do trabalho como "os poderes especiais" das agências reguladoras. No entanto, a partir do instante em que a pesquisa bibliográfica tomou corpo, teve-se a exata noção da complexidade da matéria e da grande controvérsia ainda existente para o seu oportuno desenvolvimento. Com efeito, como demonstrado ao longo da dissertação, os maiores estudiosos do Direito Administrativo brasileiro, dedicaram-se ao tema, sem contudo, o terem pacificado.

Portanto, em um segundo momento, já ciente das dificuldades a serem defrontadas, propôs-se, mais modestamente, porém de forma que se espera ter sido consistente, a dar um panorama do atual estágio de desenvolvimento do modelo de agências reguladoras no Brasil, procurando sistematizar e condensar parte do pensamento hodierno da doutrina pátria, da tendência jurisprudencial, bem como da forma como vem sendo implementado o modelo por meio da produção legislativa e regulamentar. Em que pese o comedimento, buscou-se discutir e apresentar certas conclusões em relação à atuação das agências reguladoras no Estado de Direito brasileiro.

Inicialmente enfatiza-se o que, de fato, não é propriamente uma conclusão e sim uma constatação – que de certa forma serve para validar o enfoque principal deste trabalho, isto é, os denominados "poderes especiais" das agências reguladoras –, trata-se na inovação da existência no ordenamento jurídico pátrio de órgãos reguladores, não da maneira convencional como ocorre com o Banco Central ou com o CADE, mas dotados de um atributo que os tornam singulares e tão

controvertidos, digo, a sua independência ou autonomia em relação aos poderes constituídos.

Passamos, portanto, a relacionar as principais constatações e conclusões colhidas durante a elaboração e desenvolvimento do trabalho:

1) Ao longo da década de 90, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o tamanho e o papel do Estado passaram a ser o foco do debate institucional. No Brasil, como em outras partes do mundo, não havia mais espaço para o Estado intervencionista que a essa época era considerado responsável pelo atraso social, pela concentração de renda, pela corrupção e pela ineficiência econômica. Deste quadro surgiu a necessidade de inserir no ordenamento jurídico de novos marcos legais que possibilitassem o surgimento de um Estado regulador das atividades econômicas de relevante interesse público e dos serviços públicos que seriam concedidos à iniciativa privada.

2) Os denominados "poderes especiais" das Agências Reguladoras Independentes – normativos, regulamentares e de mediação – se apresentam sobremaneira potencializados no domínio de sua atuação, porquanto essas entidades são dotadas de um atributo que as diferenciam dos clássicos órgãos reguladores, isto é, a sua independência em relação aos poderes constituídos.

3) Não é possível transplantar integralmente um instituto desenvolvido em um Estado para a aplicá-lo em outro de características culturais, sociais, econômicas, políticas muito diferentes daquelas presentes no país de origem. Daí a importância da adaptação de um modelo e de seus institutos na consolidação de uma modelagem própria que respeite as peculiaridades do Estado brasileiro.

4) O modelo brasileiro de agências reguladoras ainda está em fase de formação, tampouco a regulação é um conceito acabado, mas já prenuncia uma nova concepção de Estado. No momento existem projetos de lei tramitando no Congresso Nacional propondo alterações significativas no padrão vigente. Portanto, o modelo de agências reguladoras ainda não está consolidado no arcabouço legal

brasileiro. Ademais, perseveram entre os doutrinadores pátrios grandes divergências acerca da forma recomendável de atuação das agências reguladoras.

5) Embora só haja previsão expressa em sede constitucional de órgãos reguladores para os setores de petróleo e telecomunicações, não há óbices à criação de outros órgão reguladores nos demais setores e atividades por meio de legislação infraconstitucional.

6) Não há inconstitucionalidade na estabilidade dos dirigentes, bem como na concentração das funções e poderes no espectro de atuação das agências reguladoras. Em todas as Cortes Constitucionais envolvidas nessas contendas afirmou-se a constitucionalidade das agências reguladoras independentes utilizando-se de análoga argumentação.

7) O pensamento majoritário da doutrina brasileira reconhece, atualmente, que o poder regulamentar pode ser exercido tanto pelo Presidente da República, como expressamente previsto na Constituição Federal, assim como pelos Ministros de Estado e outras entidades e órgãos da Administração Pública. Em vista desse entendimento majoritário, não haveria óbices às agências reguladoras independentes deterem a competência regulamentar, desde que dentro de certos limites quanto ao alcance e conteúdo das normas por elas expedidas.

8) O poder normativo das agências reguladoras, assim como de outros órgãos e entidades da Administração Pública já vem sendo aplicados, dia-a-dia, na regulação dos serviços públicos. Portanto, faz-se urgente que, de forma prática, delimite-se e controle-se a utilização desses regulamentos, porquanto, de nada adianta discutir a sua validade enquanto são aplicados sem qualquer tipo de delimitação e controle. Ademais, o fato desses atos serem controlados não os valida, apenas se afigura como atenção ao princípio da razoabilidade e da prudência.

9) Independentemente da discussão a respeito da origem da legitimidade do poder normativo conferido às agências reguladoras, se por delegação legislativa ou se pela própria missão a elas conferidas, o que de fato importa é que esses entes, para desempenharem o papel de regulador, disponham

de instrumentos adequados e necessários ao alcance de seus objetivos. Obviamente, não estamos falando de um poder sem limites e controles para as agências, mas uma flexibilidade e celeridade para que possam atuar de maneira eficiente – este sim um princípio constitucional que deve estar presente em todos os atos e contratos da Administração Pública – atingindo os fins para os quais foram criadas.

10) É reconhecidamente dificultosa a tarefa do Poder Judiciário de julgar decisões de caráter técnico efetuada por entidades especializadas como as agências reguladoras em setores que demandam uma grande, e cada vez mais crescente, especialização técnica. Portanto, um dos principais argumentos para a criação dessas entidades reguladoras independentes foi justamente a evolução tecnológica, a complexidade, a especificidade e o elevado conteúdo técnico dos setores regulados, o que, conseqüentemente, demandou a exigência de um alto grau de especialização na Administração Pública. Nesse contexto, o poder de mediação das agências reguladoras toma relevo, sem o qual corre-se o risco de que exista um controle judicial, porém de caráter meramente formalista, sem condições de avaliar a razoabilidade, proporcionalidade e o alcance das finalidades públicas embutidas nas decisões a que estão submetidas os agentes regulados.

11) Não há como retornar ao modelo anterior do Estado provedor de serviços públicos, nem há recursos orçamentários para isso. Seria demasiado o custo de oportunidade do deslocamento desses escassos recursos orçamentários em detrimento de sua aplicação em áreas onde a atuação do Estado é mais urgente e imprescindível como saúde, educação, justiça e segurança. Apesar disso, entendemos que cabe ao governo procurar de forma legítima meios de controlar os serviços públicos concedidos tornando-os mais acessíveis à população e de boa qualidade. Nesse mister, pela sua magnitude econômica e relevância social, além da atuação das agências reguladoras independentes, faz-se necessário a atuação do controle externo por meio dos tribunais de contas.

12) O controle externo deve visualizar de forma clara a priorização de sua atuação na área de regulação como uma das principais facetas de sua missão institucional, pois a tarifa cobrada pelas empresas concessionárias nada mais é do

que um recurso público da sociedade, devendo, em vista disso, ser bem aplicado, além de proporcionar a universalização e a qualidade dos serviços públicos e ao mesmo tempo caracterizar-se pelo atributo da modicidade tarifária.

13) Para haver equidade e justiça no modelo regulador é crucial a especialização de um corpo técnico tanto no Executivo (agências reguladoras), como no Legislativo (tribunais de contas), de carreira, capaz de se aprofundar na elaboração e fiscalização dos editais e contratos e no acompanhamento da execução contratual. É possível e de fundamental importância para a consolidação de um Estado Regulador que este seja transparente, capaz de proteger os cidadãos oferecendo tarifas módicas e qualidade no serviço público, ao mesmo tempo que preserva a atratividade do investimento, perfazendo um equilíbrio econômico-financeiro saudável para ambas as partes contratantes.

14) O Estado Regulador é um caminho sem retorno, portanto, cabe dotar as agências reguladoras e os tribunais de contas das condições necessárias para cumprirem a sua missão institucional na regulação e controle dos serviços públicos concedidos.

15) Por fim, concluímos pela imprescindibilidade da independência das Agências Reguladoras Independentes para solidificação do novo modelo econômico que se almeja implantar no Brasil. Para isto deve estar claro e enraizado em nosso ordenamento econômico, político e social que essas entidades reguladoras são instrumentos de políticas de Estado, que são aquelas definidas por lei, consignando as premissas e intenções que o país, em um momento histórico, quer consagrar como prioritárias para o alcance de objetivos estruturais de longo prazo, objetivos esses maiores do que os circunscritos em políticas de um governo qualquer.

Estamos vivendo um momento de construção da teoria de regulação setorial por meio do modelo de agências reguladoras independentes. Esta é a hora para que a doutrina, legisladores, aplicadores do direito, agentes econômicos e administradores públicos se dediquem a consolidação deste importante instrumento

em favor da sociedade e do país. Para Luís Roberto Barroso (2003, p. 66) "Se este projeto fracassar, será um longo caminho de volta."

Enfim, esperamos ter contribuído, como nos propomos desde o início, para promover a difusão e a reflexão – entre os membros do controle externo, bem como aos demais interessados – a respeito do modelo a ser adotado para as agências reguladoras, especialmente no que concerne a suas peculiaridades, seu marco legal e os reflexos e limites da atuação desses entes no atual ambiente institucional contemporâneo brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

AUAD, Denise. As Autoridades Administrativas Independentes na França. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

BADIN, Luiz Armando. As Autoridades Administrativas Independentes na França: finalidades institucionais e meios de atuação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Introdução: aspectos constitucionais. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. São Paulo: Renovar, 2003.

BRASIL. *Lei nº 8.987/95. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências*. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>.

BRASIL. *Lei nº 9.307/96. Dispõe sobre a arbitragem*. Brasília, 1996a. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>.

BRASIL. *Lei nº 9.427/96. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências*. Brasília, 1996b. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>.

BRASIL. *Lei nº 9.472/97. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995*. Brasília, 1997a. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>

BRASIL. *Lei nº 9.478/97. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências*. Brasília, 1997b. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>.

BRASIL. *Lei nº 9.782/99. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências*. Brasília, 1999. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>.

BRASIL. *Lei nº 9.961/00. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências*. Brasília, 2000a. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>.

BRASIL. *Lei nº 9.984/00. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências.* Brasília, 2000b. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>.

BRASIL. *Lei nº 10.233/01. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências.* Brasília, 2001a. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>.

BRASIL. *Medida Provisória nº 2.219/01. Estabelece princípios gerais da Política Nacional do Cinema, cria o Conselho Superior do Cinema e a Agência Nacional do Cinema - ANCINE, institui o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Nacional - PRODECINE, autoriza a criação de Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional - FUNCINES, altera a legislação sobre a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional e dá outras providências.* Brasília, 2001b. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Anteprojeto de Lei Consulta Pública. *Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, altera a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e dá outras providências.* Brasília, 2003a. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial. *Análise e Avaliação do Papel das Agências Reguladoras no atual arranjo Institucional Brasileiro.* Brasília, 2003b. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Anteprojeto de Lei – Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras.* Brasília, 2003c. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento. Administrativo. Edição de resolução por agência reguladora. Não observância dos limites da competência normativa. Alteração indevida do conteúdo e qualidade de contratos de prestação de serviços pactuados entre consumidores e operadoras. Agravo de Instrumento nº 2001.03.00.012550-9 AG 129949. Agravante: IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor). Agravado: ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar). Relator: Desembargador Federal Mairan Maia / Sexta Turma. DJU, 14 de junho de 2002, Acórdão. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte: Fórum, 2003d.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Projeto de Lei nº 3.337/2004 – Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras...e dá outras providências.* Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Exposição de Motivos nº 12/C. Civil-PR.* Brasília, 2004b. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em 04 de maio de 2004.

CUELLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

GROTTI, Dinorá Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do Princípio da Legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das Agências Reguladoras. In: SEMINÁRIO "O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS", 2002, Brasília.

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

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências Reguladoras: instrumentos de fortalecimento do Estado. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS, 3, 2003, Gramado. Revista da Associação Brasileira de Agências de Regulação.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O Direito das Telecomunicações e a Anatel In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Rafael Munhoz. O Poder Normativo das Agências Reguladoras e as relações de especial sujeição. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. São Paulo: Renovar, 2003.

RODRIGUES, Walton Alencar. O TCU e o controle das Agências Reguladoras. In: SEMINÁRIO "O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS", 2003, Brasília.

SALGADO, Lúcia Helena. *Agências Reguladoras na experiência brasileira: panorama do atual desenho institucional* Texto para Discussão nº 41 - IPEA. Rio de Janeiro: 2003. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 20 de novembro de 2003.

SHECAIRA, Cibele Cristina Baldassa Muniz. A competência das Agências Reguladoras nos EUA. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

SOUTO, Humberto Guimarães. Discurso do Presidente Humberto Souto na abertura do Seminário "O Controle Externo na Regulação de Serviços Público". In: SEMINÁRIO "O CONTROLE EXTERNO DA REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS", 2002, Brasília.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

ZYMLER, Benjamin. O papel do Tribunal de Contas da União no controle das Agências Reguladoras. In: SEMINÁRIO "O CONTROLE EXTERNO DA REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS", 2002, Brasília.