



**2º LUGAR – REGULAÇÃO ECONÔMICA**

**AUTOR: EDUARDO MARQUES DA SILVA**

**RIO DE JANEIRO - RJ**

**A INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO  
BRASIL E O PROJETO DE LEI Nº 3.337/2004**

## RESUMO

A independência das agências reguladoras é tratada como elemento essencial para a configuração de uma estrutura propícia ao estímulo dos investimentos privados e ao desenvolvimento econômico sustentado. Assim, após uma rápida introdução histórica pelos principais fatos que proporcionaram a incorporação das agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro, segue-se uma análise aprofundada sobre o que de fato são essas estruturas administrativas reguladoras. E essa análise tanto se dá a partir da decodificação semântica de sua nomenclatura, como do espaço interno por elas ocupado, sempre tendo como base de estudo a sua natureza jurídica. Por fim, após o estudo dos elementos que compõem a independência dessas agências e da própria natureza técnica do instituto, passa-se à análise do Projeto de Lei nº 3.337/2004 que, em tramitação na Câmara do Deputados, representa uma ameaça à autonomia reforçada das agências reguladoras, caso seja aprovado com o seu texto atual. Seguindo-se à crítica, são feitas algumas sugestões de aperfeiçoamento do seu texto, com o intuito de contribuir positivamente na evolução científica do tema.

Palavras-chave: regulação, agências reguladoras, independência das agências reguladoras, Projeto de Lei nº 3.337/2004.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>2</b>
<b>2. BREVE HISTÓRICO DA REGULAÇÃO ESTATAL NO BRASIL .....</b>	<b>4</b>
<b>2.1 O INÍCIO DA REDUÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO, O GOVERNO FERNANDO COLLOR DE MELLO E O PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO .....</b>	<b>4</b>
<b>2.2 O GOVERNO FERNANDO HENRIQUE CARDOSO E O PLANO DIRETOR DE REFORMA DO APARELHO DO ESTADO.....</b>	<b>8</b>
<b>3. AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES.....</b>	<b>15</b>
<b>3.1 AGÊNCIAS REGULADORAS .....</b>	<b>15</b>
3.1.1 <i>O vocábulo agência.....</i>	<i>15</i>
3.1.2 <i>O vocábulo regulação.....</i>	<i>17</i>
<b>3.2 NATUREZA JURÍDICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS .....</b>	<b>28</b>
3.2.1 <i>Autarquias.....</i>	<i>31</i>
<b>3.3 A INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS .....</b>	<b>39</b>
3.3.1 <i>Autonomia administrativa .....</i>	<i>40</i>
3.3.2 <i>Autonomia financeira.....</i>	<i>46</i>
3.3.3 <i>Autonomia técnica .....</i>	<i>49</i>
<b>3.4 MECANISMOS DE CONTROLE SOBRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS .....</b>	<b>51</b>
3.4.1 <i>Do controle político.....</i>	<i>52</i>
3.4.1.1 <i>O controle pelo Poder Executivo .....</i>	<i>53</i>
3.4.1.2 <i>O controle pelo Poder Legislativo.....</i>	<i>55</i>
3.4.2 <i>Do controle judicial .....</i>	<i>56</i>
3.4.3 <i>Do controle financeiro-orçamentário .....</i>	<i>62</i>
3.4.4 <i>Do controle social.....</i>	<i>63</i>
<b>4. O PROJETO DE PROJETO DE LEI Nº 3.337/2004.....</b>	<b>67</b>
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>75</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>76</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A criação de uma lei geral das agências reguladoras é, atualmente, o caminho natural a ser adotado por todos os países que busquem criar uma estrutura interna propícia à consecução de um desenvolvimento econômico e social sustentado e de longo prazo, na medida em que implementa regras claras que acabam por estimular os investimentos privados em setores estratégicos, tais como telecomunicações e energia.

Variados estudos internacionais apontam como elementos fundamentais para o sucesso das agências reguladoras a adoção de mecanismos que garantam a sua independência e a padronização dos seus procedimentos para fins de controle, permitindo assim uma maior transparência de suas atividades.

Contudo, a sua adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro constitui um fenômeno relativamente recente e que, exatamente por isso, ainda hoje é objeto de calorosos debates acerca do desenho institucional mais eficiente para os marcos regulatórios, naquilo que representa uma das principais áreas de diálogo entre economistas e juristas.

Assim, a adoção de uma estrutura específica voltada para a implementação de políticas públicas setoriais, tem atribuído novos contornos à atuação do Estado, o que por sua vez tem despertado inúmeros debates acerca do verdadeiro papel do Estado na sociedade contemporânea.

Desse modo, procurando contribuir no esclarecimento destas problemáticas, o presente trabalho, fora esta introdução, se divide em três grandes capítulos.

O capítulo 2 oferece um breve panorama histórico acerca da evolução de uma política de redução do Estado brasileiro, que se deu através de reformas que permitiram a incorporação do modelo das agências reguladoras independentes no ordenamento jurídico nacional. Além desse contexto histórico, que mostra as circunstâncias e as razões da adoção de uma estrutura regulatória estatal, o capítulo também traz também um panorama geral sobre o seu funcionamento, bem como do espaço ocupado pelo novo instituto no plano jurídico interno.

Já no capítulo 3, dá-se início ao estudo específico das agências reguladoras, precisando-se, dentre outras coisas, a extensão hermenêutica dos vocábulos adotados como nomenclatura, sua natureza jurídica, e os aspectos legais de sua independência, bem como dos debates no plano doutrinário e judicial que se sucederam. Em seguida, são analisados os mecanismos de controle que impõem limites à sua atuação, e que concentram boa parte das mais calorosas divergências entre os estudiosos do tema.

Por fim, no capítulo 4, passa-se à análise do Projeto de Lei nº 3.337, de 12 de abril de 2004, que, uma vez votado e aprovado, dará origem à primeira lei geral sobre agências reguladoras no Brasil, cuja instituição configura elemento essencial na padronização dos procedimentos regulatórios internos. Sobre o projeto de lei em questão, são debatidos determinados pontos específicos do seu texto que podem macular os avanços já alcançados sobre o tema, não se esquecendo de enaltecer os pontos positivos também presentes.

## **2. BREVE HISTÓRICO DA REGULAÇÃO ESTATAL NO BRASIL**

### **2.1 O Início da Redução do Estado Brasileiro, o Governo Fernando Collor de Mello e o Programa Nacional de Desestatização**

Muito embora a idéia de uma política de redução do Estado no Brasil esteja diretamente ligada à década de 1990, por razões que veremos mais adiante, o fato é que os primeiros movimentos nesse sentido se deram ainda na vigência do governo militar, quebrando-se assim uma tradição da política-econômica brasileira de intervenção direta na economia, que se iniciou ainda na década de 1930 com o início da expansão das chamadas “estatais”.

Assim, em 18 de julho de 1979, através do Decreto nº 83.740, deu-se a criação do Programa Nacional de Desburocratização, destinado a dinamizar e simplificar o funcionamento da administração pública federal. Ele tinha como objetivos a redução da interferência do Governo na atividade do cidadão e do empresário, o fortalecimento do sistema de livre empresa e o impedimento do crescimento desnecessário da máquina administrativa federal.<sup>1</sup>

Mas foi em 1981, no governo do Presidente João Batista Figueiredo, com a criação da Comissão Especial de Desestatização, que se iniciaria o programa de privatização no Brasil, quando vinte empresas estatais que estavam sob o controle da União foram vendidas, além de outras oito que foram incorporadas a outros órgãos públicos, e uma que foi alugada.

---

<sup>1</sup> Artigo 1º e Artigo 3º, alíneas b, f, g e h.

Dando continuidade a esse processo, o então Presidente José Sarney instituiu o Programa de Privatização, através do Decreto nº 91.991, de 25 de novembro de 1985 (posteriormente alterado pelo Decreto nº 93.606, de 21 de novembro de 1986), e o Programa Nacional de Descentralização, através do Decreto nº 95.886, de 29 de março de 1988, estimulando, dentre outras coisas, a transferência de atividades econômicas para os particulares, a alienação de participantes acionárias, e a adoção dos regimes de concessão e permissão de serviços públicos.<sup>2</sup>

Contudo,

experiências dessa natureza observadas entre 1981-89 ainda são pouco indicativas das dificuldades e oposições que um programa de privatização mais abrangente pode encontrar. Na verdade, pode-se afirmar que as empresas vendidas ao setor privado foram “reprivatizadas”, uma vez que tais empresas só passaram para o controle do poder público [principalmente para o BNDES] em função de dificuldades financeiras ou falências<sup>3</sup>

E é exatamente por isso que aquela idéia transposta linhas acima de que a diminuição do tamanho do Estado está mais associada à década de 1990, quando de fato houve uma mentalidade reducionista, ao contrário do final do período militar, onde a desestatização possui contornos meramente pragmáticos.

Assim, a eleição de Fernando Collor de Mello representa um marco nesse processo de revisão do papel do Estado na ordem econômica. Inspirado em dispositivos da nova Constituição, como o artigo 1º, inciso IV, e o artigo 170, que protegem a livre iniciativa, o novo Presidente editou, ainda em 1990, a Medida Provisória nº 155, logo convertida na Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990

---

<sup>2</sup> TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público: (estudos e pareceres)**. Renovar: Rio de Janeiro, 2002. pp. 64 e 65.

<sup>3</sup> BOSCHI, Renato Raul (Coord.). Privatização e Desestatização. IUPERJ: Rio de Janeiro, 1991. p. 1. *apud* PEDROSA, Henrique Emanuel Gomes. **Privatizações sob Ótica do Direito Privado: Desigualdade Contratual e Fiscalização**. Renovar: Rio de Janeiro, 2000. p. 166.

(posteriormente revogada pela Lei nº 9.491, de 9 de dezembro de 1997), instituindo o chamado Programa Nacional de Desestatização.

O termo “desestatização” é gênero, sendo a privatização apenas uma de suas espécies. E é exatamente aí onde reside uma de suas principais diferenças em relação aos programas anteriores. Apresentando-se de uma forma muito mais complexa e profunda, esse programa não se restringia à alienação de empresas públicas, mas também outorgava ao setor privado a realização de serviços públicos (excetuados os de competência da União), bem como a abertura e a integração da nossa economia aos mercados internacionais.

Foram basicamente duas as motivações para a sua implementação deste programa, sendo uma de ordem filosófica e outra de ordem prática.

A motivação de ordem filosófica foi importada do modelo inglês, onde se acreditava que ao Estado caberia zelar pelo bem-estar social, dentro de um panorama de liberdade individual, enquanto que, à iniciativa privada, caberia a geração de lucros e riqueza.<sup>4</sup>

Já a motivação de ordem prática foi importada do modelo espanhol, onde, a despeito de qualquer formulação teórica, o que se buscava era uma maior eficiência na geração de riquezas pelas empresas. Como o Estado dispunha de poucos recursos, buscou-se concentrá-los naquelas atividades que lhe seriam inerentes, delegando as demais à iniciativa privada.<sup>5</sup>

Os objetivos do Programa eram, a saber: (i) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; (ii) contribuir para a diminuição da dívida pública; (iii)

---

<sup>4</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização – Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação**. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2001. pp. 24 e 25.

<sup>5</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização – Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação**. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2001. p. 25.



permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; e (iv) permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais.<sup>6</sup>

Todo o programa, conforme se pode depreender, foi elaborado para atender ao chamado princípio da subsidiariedade, consagrado no artigo 173 da Constituição Federal, e assim descrito pelo professor Sérgio Guerra:

Esse novo papel do Estado está subsumido ao princípio da subsidiariedade, pelo qual a iniciativa privada tem primazia sobre a iniciativa estatal. Vale dizer, o Estado deve abster-se de exercer qualquer atividade que compete à livre iniciativa, cabendo a este o fomento, a coordenação e a fiscalização das atividades desenvolvidas pelo particular.

Com efeito, sob a responsabilidade do Estado devem permanecer as atividades indelegáveis à iniciativa privada, a exemplo da segurança, justiça, relações exteriores, legislação e polícia, assim como, em caráter subsidiário, atividades sociais, tais como educação, saúde e cultura.<sup>7</sup>

Contudo, esse programa não alcançou o sucesso esperado, pelas seguintes razões expostas pelo economista Armando Castelar Pinheiro:

A realidade, todavia, conspirou contra os planos do governo. A administração do processo se mostrou mais difícil do que inicialmente imaginado, tendo em vista a meta de transparência, a precária situação de grande parte das EE e a existência de acordos e litígios entre acionistas que impediam a alienação pura e simples de várias empresas.<sup>8</sup>

Após deixar o poder em meio a escândalos de corrupção, o presidente Fernando Collor de Mello foi sucedido pelo seu vice Itamar Franco. Em meio a esse quadro de crise, o sucesso proporcionado pela criação e implementação do chamado Plano Real, acabou por destacar a figura do seu então Ministro da Fazenda Fernando Henrique Cardoso, que o acabou sucedendo no cargo.

---

<sup>6</sup> Artigo 1º, incisos I, II, III e V.

<sup>7</sup> GUERRA, Sérgio. **Introdução ao Direito das Agências Reguladoras**. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 2004. pp. 6 e 7.

<sup>8</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. **A Privatização tem Jeito**. Texto para Discussão nº 338. IPEA: Mai. 1994. p. 3.

## **2.2 O Governo Fernando Henrique Cardoso e o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado**

Assim que assumiu o cargo, o Presidente Fernando Henrique Cardoso decidiu transformar a antiga Secretaria da Administração Federal da Presidência da República em Ministério, renomeando-a para Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, assumido pelo Ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira.

Dando continuidade a esse processo de reestruturação da administração pública brasileira, em novembro de 1995 foi promulgado, pela Presidência da República, o chamado Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo recém criado Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado.

Antes de tudo, é preciso diferenciar-se a Reforma do Estado da Reforma do Aparelho do Estado, o que foi feito de forma elucidativa no próprio Plano Diretor:

Reformar o Estado significa melhorar não apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também as suas finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que o mesmo tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil.

Reformar o aparelho do Estado significa garantir a esse aparelho maior governança, ou seja, maior capacidade de governar, maior condição de implementar as leis e políticas públicas.<sup>9</sup>

O que se buscava com a elaboração deste Plano era incorporar à Administração Pública brasileira um novo modelo de gestão, em substituição ao modelo burocrático, que agora dava lugar ao chamado modelo gerencial.

---

<sup>9</sup> Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, Brasília, 1995. Disponível em: [http://www.presidencia.gov.br/publi\\_04/COLECAO/PLANDI6.HTM](http://www.presidencia.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI6.HTM). Acesso em: 10 jul. 2006.

Enquanto o primeiro se baseava na legalidade e na racionalidade técnica, o que lhe conferia certa rigidez, revelando-se lento e ineficiente frente aos desafios impostos pela globalização econômica, o segundo priorizava os resultados, em detrimento de processos de controle, revelando-se mais flexível e eficiente, reduzindo custos e majorando a qualidade dos serviços prestados.

Um dos meios escolhidos para se atingir tais objetivos foi a continuidade da política de privatizações. Ao justificar a opção feita, e ao mesmo tempo marcando diferenças em relação às privatizações realizadas no passado, assim se pronunciou o ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso:

Fizemos o processo de privatização com o cuidado de evitar a mera transferência do monopólio estatal para as mãos privadas: os avanços advêm da competição entre as empresas e de sua capacidade de investimento, incorporando novas tecnologias, e não pura e simplesmente da passagem delas para a iniciativa privada. Como se viu em capítulo anterior, minha posição na matéria não se prende a concepções ideológicas, mas decorre do reconhecimento de dois fatos: primeiro, que, em princípio todo monopólio é ruim; segundo, que, com a crise fiscal do Estado, o Brasil ficaria à margem da competição global, já em marcha, pois não havia recursos públicos suficientes para investir<sup>10</sup>.

Ao longo de seus dois mandatos, foi concluída a privatização no setor industrial, incluindo a polêmica alienação da Companhia Vale do Rio Doce, além da privatização dos setores de telefonia e de transporte ferroviário. Parcialmente, foram privatizados os setores financeiro e de energia. E, no caso do petróleo, onde não houve a privatização da empresa estatal, foi permitido o ingresso de entes privados com a finalidade de estimular a competição no setor.<sup>11</sup>

Como a passagem para a administração gerencial não se daria apenas com a alienação de empresas estatais, e com base no que já dispunha o artigo 174 da Constituição Federal de 1988, foi prevista, no corpo do Plano Diretor, a criação de

---

<sup>10</sup> CARDOSO, Fernando Henrique. **A Arte da Política: a História que Vivi**. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2006. p. 568.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Gesner, WERNECK, Bruno, MACHADO, Eduardo Luiz. **Avaliação do Projeto de Lei Geral das Agências Reguladoras**. 12 jul. 2004. (não publicado)

órgãos e instituições para auxiliar o Estado na sua função de planejar, regular e fiscalizar a prestação das atividades econômicas, agora exercidas pela iniciativa privada, conferindo maior controle, agilidade e transparência à máquina pública.

A existência de órgãos reguladores no seio da Administração Pública brasileira não configura, aliás, nenhuma novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Como exemplos podemos citar o Banco Central, a Comissão de Valores Mobiliários e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, dentre outros.<sup>12</sup>

Decerto que a criação de órgãos reguladores se fazia necessária, tendo em vista que uma série de serviços públicos delegados à iniciativa privada não poderiam ficar desregulados, uma vez que despertam um interesse geral, além de apresentarem, em muitos casos, falhas de mercado.

Portanto, foi a partir da implantação de um modelo gerencial de administração pública no Brasil que surge o Estado Regulador brasileiro. Não caberia mais ao Estado a prestação direta de certas atividades econômicas, mas sim, em alguns casos, fiscalizar e auxiliar a iniciativa privada a fazê-lo.

Segundo o advogado Pedro Dutra, foram quatro os fatores determinantes para a adoção do modelo das agências reguladoras:

O primeiro, a necessidade de decisões em tempo econômico, dirimindo conflitos entre prestadores e entre estes e usuários. Setores como os de serviços públicos demandam altos investimentos de instalação e de manutenção e a solução tardia de conflitos vulnera investimentos e compromete o devido atendimento ao consumidor. O segundo fator é a habilitação técnica da agência, que lhe permita enfrentar a complexidade inerente aos serviços regulados, inclusive exigindo dos prestadores obediência às inovações tecnológicas. O terceiro é de ordem econômica: a tensão a ser permanentemente dominada, entre a tendência ao monopólio natural, inerente a esses serviços, e o fato de eles deverem ser prestados em um regime constitucional de livre mercado. O quarto fator opera no plano jurídico: aqui a tensão se acha na conciliação do

---

<sup>12</sup> Porém, fora as doze autarquias criadas no bojo da reforma administrativa iniciada na década de 1990, denominadas por agências, nenhum outro órgão ou entidade administrativa preexistente a elas pode ostentar a qualificação de agência reguladora, ou por lhes faltar um grau suficiente de independência, ou por não possuírem competência regulatória.

interesse público, imantado pelo conjunto dos consumidores, e o interesse privado, manifestado nas empresas prestadoras dos serviços.<sup>13</sup>

Assim, podemos enumerar as seguintes funções como sendo comuns das agências reguladoras: (i) controle de tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; (ii) universalização do serviço, estendendo-o a parcelas da população que dele não se beneficiavam por força da escassez do recurso; (iii) fomento da competitividade nas áreas nas quais não haja monopólio natural; (iv) zelo pelo fiel cumprimento do contrato administrativo; (v) arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas.

Fora essas funções, pode-se acrescentar ainda a edição de atos normativos específicos para cada setor regulado e a fiscalização do devido cumprimento destes atos e das respectivas leis específicas pelas empresas delegatárias, bem como a aplicação de sanções, uma vez desrespeitadas as normas ou os contratos a que estão submetidas essas empresas.

A previsão expressa das primeiras agências reguladoras no Brasil ocorreu no mesmo ano da promulgação do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, através das Emendas Constitucionais nº 8, de 16 de agosto de 1995, e nº 9, de 10 de novembro de 1995, que determinaram, respectivamente, a flexibilização dos monopólios estatais para os serviços de telecomunicações e de hidrocarbonetos, assim como a criação das agências reguladoras correlatas.<sup>14</sup>

Excetuado esses dois casos, devido à disposição expressa da Constituição Federal, que atribui à União o monopólio destes serviços, as demais agências foram criadas, exclusivamente, através de leis específicas, tendo em vista serem elas

---

<sup>13</sup> DUTRA, Pedro. A Fiscalização dos Serviços Públicos Privatizados. **Gazeta Mercantil**, 20 de out de 1998. p. A-3. *apud* SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização – Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação**. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2001. p. 445.

<sup>14</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Renovar: Rio de Janeiro, 2003. pp. 189 e 190.

autarquias e, como tais, terem que seguir o comando previsto no artigo 37, inciso XIX, da Constituição Federal.

Para a constituição destas autarquias, em nível federal, foi escolhido o modelo setorial, o que não foi seguido por muitos dos Estados-membros, que optaram pelo modelo multi-setorial. Se o modelo é setorial, significa dizer que vai haver a instituição de tantas autarquias especiais quanto os setores da economia em relação aos quais essa criação se mostre conveniente e oportuna. Logo, o modelo multi-setorial é aquele que prevê a instituição de uma única autarquia especial, que ficará responsável por todos os setores da economia, indistintamente.<sup>15</sup>

Hoje, no Brasil, há ao todo doze autarquias especiais federais com função reguladora, o que significa dizer que são doze os setores da economia sob regulação estatal e, conseqüentemente, doze leis específicas sobre a matéria. São elas, segundo ordem cronológica de criação: a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), a Agência Nacional do Petróleo (ANP), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a Agência Nacional das Águas (ANA), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), a Agência Nacional do Cinema (ANCINE), a Agência de Desenvolvimento do Nordeste (ADENE), a Agência de Desenvolvimento da Amazônia (ADA) e a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC).<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Aula do curso de Direito Constitucional / Administrativo, ministrada pelo Professor Guilherme Peña de Moraes (informação verbal).

<sup>16</sup> A ADA e a ADENE foram criadas em substituição à Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM) e à Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE), respectivamente, ambas extintas na administração Fernando Henrique Cardoso por envolvimento em denúncias de corrupção. Hoje, encontram-se parados na Câmara dos Deputados, aguardando votação, os projetos de lei complementar nº 22 e 76, ambos de 2003, de iniciativa do Governo Luis Inácio da Silva e que recriam a SUDAM e a SUDENE, respectivamente. Ou seja, sem qualquer finalidade prática, se aprovados, teremos no Brasil duas superintendências (órgãos vinculados ao Poder Executivo federal, não dotados, portanto, de nenhuma autonomia) funcionando simultaneamente a duas autarquias especiais com autonomias próprias, todas atuando sobre um

Por último, o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado faz menção em seu texto a “agências autônomas”, sem distinguir de forma clara sobre as duas modalidades de agências autônomas existentes: as agências reguladoras, já tratadas neste trabalho, e as agências executivas, que passam a ser aqui analisadas.

Previstas pela Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, e pelo Decreto nº 2.488, de 2 de fevereiro de 1998, as agências executivas são autarquias ou fundações governamentais que, por decreto presidencial, e mediante anterior indicação do Ministério Supervisor, passam a gozar de uma maior autonomia gerencial e financeira, quando assumem a natureza jurídica de autarquias em regime especial, desde que obedecidos os requisitos presentes no artigo 51 da referida lei.<sup>17</sup>

Suas atribuições são basicamente duas: a primeira delas, como o próprio nome já diz, é a de executar políticas públicas, ou seja, são elas as responsáveis pela aplicação concreta das políticas públicas formuladas por outrem, embora possam excepcionalmente contribuir para sua formulação; a outra, consiste em cumprir as metas estabelecidas no contrato de gestão celebrado com o respectivo Ministério supervisor, sob pena de perder a condição de agência executiva, voltando a ser uma simples autarquia ou fundação comum.

Diferenciam-se das agências reguladoras nos seguintes pontos<sup>18</sup>: (i) nas agências executivas, ao contrário do que se passa com as agências reguladoras, não há a criação de um novo órgão, mas tão somente se qualifica um outro

---

mesmo setor, em um típico exemplo de como a questão técnica não deve ser politizada, mas que vem sendo promessa de campanha inclusive dos candidatos de oposição. Brasil. Câmara dos Deputados. Disponível em:

[http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes/chamadaExterna.html?link=http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Lista.asp?ass1=sudam&co1=&Ass2=&co2=Ass3](http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes/chamadaExterna.html?link=http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Lista.asp?ass1=sudam&co1=&Ass2=&co2=Ass3). Acesso em : 7 de agosto de 2006.

<sup>17</sup> CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro**. Renovar. Rio de Janeiro, 2003. pp. 48 e 49.

<sup>18</sup> CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro**. Renovar. Rio de Janeiro, 2003. pp. 50 e 51.

preexistente; e (ii) as atividades a serem desempenhadas pelas agências executivas são estabelecidas no contrato de gestão, além de estarem voltadas para o aperfeiçoamento do próprio órgão, enquanto que nas agências reguladoras suas atividades são determinadas por lei, atuando fora de sua própria esfera, mais especificamente na regulação e na fiscalização dos serviços públicos privatizados.

Ao defender as agências reguladoras contra certas alegações de que elas representariam a “terceirização” do Estado, ou ainda, de que seriam atentatórias à soberania nacional, ao supostamente limitar a atuação estatal em assuntos fundamentais ao desenvolvimento econômico e social, assim se pronunciou de maneira precisa o professor Luís Roberto Barroso:

A redução expressiva das estruturas públicas de intervenção direta na ordem econômica não produziu um modelo que possa ser identificado com o de Estado mínimo. Pelo contrário, apenas deslocou-se a atuação estatal do campo empresarial para o domínio da disciplina jurídica, com a ampliação de seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas. O Estado, portanto, não deixou de ser um agente econômico decisivo. Para demonstrar a tese, basta examinar a profusão de textos normativos editados nos últimos anos.<sup>19</sup>

Em outras palavras, trata-se tão somente de uma mudança de estratégia quanto à forma de atuação estatal na economia, tendo em vista o princípio da eficiência administrativa e o respeito às melhores técnicas econômicas, a fim de se alcançar os melhores resultados possíveis, onde toda uma coletividade se beneficia.

---

<sup>19</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo II. Renovar. Rio de Janeiro, 2003. p. 278.



### 3. AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES

#### 3.1 Agências reguladoras

##### 3.1.1 O vocábulo agência

Para melhor entender o que são as agências reguladoras, é de fundamental importância que o operador da matéria conheça com exatidão o significado e a amplitude do vocábulo com o qual se está trabalhando. E, neste ponto, a legislação brasileira é omissa, não conceituando o que se deva entender por agência administrativa ou reguladora, como faz, por exemplo, com a autarquia. Não que seja função da lei estabelecer conceitos, muito pelo contrário, mas não há qualquer parâmetro no Direito pátrio para que se precise melhor o significado do termo “agência”.

Acertadamente, o professor Egon Bockmann Moreira identifica diversas acepções jurídicas que o vocábulo “agência” pode ter. Ela tanto pode ser empregada de forma vulgar (agência de correio, agência telegráfica), como em sentido específico (Agência Nacional de Energia Elétrica, Agência Nacional de Aviação Civil), ou, ainda, em sentido técnico indefinido (Agência Espacial Brasileira).<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. Dialética: São Paulo, 2001. pp. 75 e 76.

Mas o que poderia representar um obstáculo na conceituação de “agência”, tamanha a amplitude que esse vocábulo pode ter, não passa de mera impressão, sendo facilmente superada através de uma análise histórica.

Estudando-se mais a fundo a evolução do Direito norte-americano, verifica-se que a origem do termo “agência” encontra-se na tradição da *common law* anglo-americana, significando qualquer órgão componente da Administração Pública, excetuados os três Poderes.<sup>21</sup> Agência, então, é a tradução de um vocábulo importado que, a exemplo das *agencies* norte-americanas, serve para designar uma estrutura administrativa dotada de ampla autonomia.

Muito embora, de forma reconhecida, tenha profunda implicância com o termo<sup>22</sup>, Maria Sylvia Zanella Di Pietro também identifica nas *agencies* norte-americanas o significado do termo agência aqui adotado, conforme se depreende da seguinte passagem:

Provavelmente, o que se quis ressaltar, com a nova terminologia, foi que a idéia era a de realmente copiar o modelo norte-americano, em que, conforme visto no item 6.2, está presente a característica da independência em relação aos demais Poderes do Estado, pelo fato de seus dirigentes gozarem de estabilidade em suas funções e a entidade dispor de funções quase-legislativas e quase-judiciais.<sup>23</sup>

Sendo assim, e tendo em vista a observação feita pelo professor Egon Bockmann Moreira, não basta dispensar à nova entidade administrativa a pecha de “agência” sem que ela possua as prerrogativas assinaladas pela professora Maria

---

<sup>21</sup> Ao contrário do que se passa com os países de tradição jurídica européia, onde a Administração Pública se divide em órgãos (Administração Pública direta) e entidades (Administração Pública indireta), nos Estados Unidos, fora os três Poderes do Estado, é tudo agência, o que inclusive a faz ser confundida com o próprio Direito Administrativo norte-americano que, para alguns, nada mais é do que o Direito das Agências. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. Atlas: São Paulo, 1999. p. 133.

<sup>22</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **6º Seminário Nacional de Direito Administrativo**. Nova Dimensão Jurídica. Boletim de Direito Administrativo nº 11. São Paulo nov. 2000. p. 814. (Material didático do seminário).

<sup>23</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. Atlas: São Paulo, 1999. p. 144.

Sylvia Zanella Di Pietro, pois, neste caso, de agência esse novo ente terá apenas o nome.

Não está aqui a se afirmar, contudo, que exista um modelo definido e determinado de agência, posto que ainda é um conceito bastante aberto, mas tão somente em estabelecer “um padrão médio, um conceito-tipo”.<sup>24</sup>

Como as agências surgiram em meio a um processo de privatização, onde se buscava atrair os investimentos privados, para que estes se substituíssem aos investimentos públicos, a escolha do nome se deu por razão puramente prática, pois, assim, ficaria muito mais fácil aos investidores internacionais reconhecerem a estrutura com a qual deveriam se relacionar, por já estarem habituados com esta nomenclatura, do que se tivesse adotado um nome próprio.<sup>25</sup>

### 3.1.2 O vocábulo regulação

O vocábulo regular é potencialmente ambíguo, pois tanto pode significar ordinário ou estável, o que sugeriria uma idéia de equilíbrio, como também o estabelecimento de regras. Portanto, desta dupla acepção da palavra, é possível concluir como sendo regulação a atividade voltada para o estabelecimento de regras de conduta com a finalidade de garantir o funcionamento equilibrado de um determinado sistema.

---

<sup>24</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. Dialética: São Paulo, 2002. p. 341.

<sup>25</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo em Debate**. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2004. p. 199.

Assim, o Estado, quando regula, fixa normas de conduta positivadas, com o intuito de que os agentes econômicos assumam certos comportamentos específicos. Dessa forma, a regulação deve ser tida como uma atividade administrativa de intervenção do Estado em determinado segmento da atividade econômica ou da liberdade privada.

Essa fixação de parâmetros comportamentais pelo Estado para os agentes regulados pode se dar, basicamente, abrangendo dois aspectos. O primeiro é a regulação técnica em sentido estrito, atinente aos aspectos técnicos de comportamento dos agentes econômicos, cujo exemplo mais claro parece ser o do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Inmetro). Ao adequar, por exemplo, o tamanho dos brinquedos à idade das crianças, ele está efetivamente estabelecendo uma regulação técnica pela qual os agentes econômicos deverão se comportar naquele setor específico.

Mas, além da regulação técnica, há também a regulação econômica propriamente dita, que é aquela que especifica a conduta econômica a ser seguida pelos agentes privados em determinados setores, disciplinando o seu comportamento através de mecanismos tais como o controle de preços e o estabelecimento de controle do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.<sup>26</sup>

Contudo, qualquer que seja a definição de regulação que se adote, até porque o tema é bastante controverso, tanto na doutrina nacional quanto na estrangeira, conforme as sábias palavras do professor Vital Moreira, da Universidade de Coimbra:

O essencial do conceito de regulação é o de alterar o comportamento dos agentes econômicos (produtores, distribuidores, consumidores),

---

<sup>26</sup> Egon Bockmann Moreira, em palestra proferida no workshop **Regulação, Concorrência e Transporte**, realizado em outubro de 2005 na cidade do Rio de Janeiro (informação verbal).

em relação ao que eles teriam se não houvesse a regulação, isto é, se houvesse apenas as regras do mercado.<sup>27</sup>

Uma vez tendo-se aqui definido o sentido do termo regulação, cabe agora esclarecer a distinção existente entre “regulação” e “regulamentação”, que grande parte da doutrina não faz.<sup>28</sup> Grande parte da confusão certamente deve-se ao fato de suas origens comuns no idioma inglês, onde *regulation* tanto pode significar um como o outro. Contudo, conforme se verá, são esferas de atribuição com natureza jurídica, objetivos e formatações bastante distintas.

O poder regulamentar é a atribuição exclusiva e indelegável do chefe do Poder Executivo de editar atos administrativos normativos genéricos e abstratos voltados à complementação de uma lei preexistente à qual estão vinculados, com o intuito de garantir a sua fiel execução. Sua formalização no ordenamento jurídico se dá por meio de decreto ou de regulamento<sup>29</sup>, comando normativo inferior à lei, não podendo com esta, portanto, se confrontar, sob pena de se tornar nula.

Logo, o exercício da atividade regulamentar possui como fundamento de validade uma discricionariedade política, uma vez que é exercida por uma autoridade eleita pelo voto da maioria, e que deverá, portanto, no exercício de sua atividade regulamentadora, direcionar os seus atos segundo os interesses dessa maioria, em razão do próprio princípio da legitimidade, embora seja o representante político de todos.

---

<sup>27</sup> MOREIRA, Vital. **Auto-regulação Profissional e Administração Pública**. Livraria Almedina: Coimbra, 1997. pp. 34 e 36.

<sup>28</sup> Dentre eles: Alexandre Santos de Aragão, Leila Cuéllar, José dos Santos Carvalho Filho, Robertônio Santos Pessoa e muitos outros, sobretudo os autores mais antigos.

<sup>29</sup> Há grande divergência na doutrina acerca do fato de serem os regulamentos espécies de ato administrativo. Há quem considere, como o professor José dos Santos Carvalho Filho serem eles o próprio conteúdo dos demais atos administrativos, inclusive dos decretos, e não um ato em si. Porém, em vista do princípio de que não há letra morta na Constituição, considera-se para fins deste trabalho como sendo os regulamentos espécies de atos administrativos que, como os decretos, são de iniciativa exclusiva e indelegável do Chefe do Poder Executivo e que têm por finalidade garantir a fiel execução de uma lei preexistente. FILHO CARVALHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2006. p. 118.

Já a regulação trata-se de um conceito econômico, e não jurídico, mas que nele se materializa sob a forma de resolução, e não de decreto ou de regulamento, e que vem a ser um ato administrativo cuja competência não mais pertence ao Chefe do Poder Executivo, mas a pessoas ligadas ao Governo que tenham competência específica para a sua expedição, o que se dá em razão da natureza do serviço que exercem.

Assim, o exercício da função reguladora possui como fundamento de validade uma discricionariedade técnica, uma vez que não é exercida por nenhuma autoridade singular alçada pelo voto, mas sim por um colegiado de diretores indicado pelo Chefe do Poder Executivo e aprovado pelo Senado Federal, e de quem se exige conhecimentos técnicos e específicos sobre a atividade a ser desenvolvida, uma vez que ela se fundamenta na busca por um ponto de equilíbrio somente alcançado a partir de uma ponderação técnica sobre os custos e benefícios de uma interferência estatal na economia, que se reflete sobre todos os agentes envolvidos, e não somente a uma maioria.

Uma última diferença acerca dos institutos é que, no exercício de sua função normativa, as agências reguladoras cuidam de especificar sobre a aplicação de políticas públicas relativas ao setor regulado, e não sobre toda e qualquer lei, seja ela auto-executável ou não, como se passa na função regulamentadora do Chefe do Poder Executivo. A isso, soma-se o fato de que a atividade reguladora não se restringe à edição de comandos normativos, sendo ela também exercida através de atos fiscalizatórios e judicantes.

Logo, as metodologias empregadas são totalmente diferentes para que se afirme que agência reguladora edita regulamento, muito embora a

constitucionalidade de sua competência normativa já tenha sido contestada judicialmente com base neste argumento.

Uma vez feita a distinção entre os institutos, não só em razão da enorme diferença existente entre as suas naturezas, atribuições e finalidades, mas também porque a Constituição faz referências a ambas como se diferentes fossem, e como de fato o são, cabe agora analisar se esta função normativa reguladora, em razão de sua natureza técnica, ao contrário dos regulamentos, poderia preponderar<sup>30</sup> sobre uma norma legal anterior em sentido contrário.

A possibilidade que as agências reguladoras têm de editar atos genéricos e abstratos vem sendo ainda fortemente criticada por parte da doutrina, que vê, no exercício de sua função normativa, uma violação aos princípios da separação de poderes, da legalidade e da legalidade administrativa, presentes nos artigos 2º, 5º, inciso II, e 37, *caput*, todos da Constituição Federal.

Contudo, somente a partir de leituras desatentas acerca da matéria é que se poderia chegar a essa conclusão. Já foi visto aqui que a função normativa das agências reguladoras se materializa no mundo jurídico a partir de atos administrativos (as resoluções) e, como tais, possuem natureza derivada, uma vez que dependem da existência de uma lei anterior instituidora de política pública à qual se subordinam, determinando-lhe a forma como vai ser aplicada.

Logo, a atividade normativa reguladora tem um limite, que é a observância da lei, e que, portanto, representa um parâmetro de controle, não podendo nunca o regulador contrariá-la, nem alargar ou diminuir o âmbito de suas palavras, substituindo a política pública definida pelas autoridades políticas competentes, sob pena de, aí sim, violar os dispositivos constitucionais invocados.

---

<sup>30</sup> “Preponderar” aqui é mais adequado do que “revogar”, em face do princípio da simetria de formas.

Assim, a regulação normativa pelas agências reguladoras se restringiria a especificar tecnicamente como essas normas legais deveriam se concretizar no exercício da respectiva atividade, o que importa dizer que a fonte da regulação não é a norma reguladora, cuja função é tão somente aprofundar a atuação normativa do Estado, mas a própria lei, o que é perfeitamente legítimo.

A respeito do assunto, e em consonância com o que vem sendo dito, assim se pronunciou Carlos Ari Sundfeld:

Será verdade, como temem alguns, que a agência reguladora é necessariamente uma usurpadora da função legislativa? Não. Nos novos tempos, o Poder Legislativo faz o que sempre fez: edita leis, freqüentemente com alto grau de abstração e generalidade. Só que, segundo os novos padrões da sociedade, agora essas normas não bastam, sendo preciso normas mais diretas para tratar das especificidades, realizar o planejamento dos setores, viabilizar a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou a realização daqueles valores: proteção do meio ambiente e do consumidor, busca do desenvolvimento nacional, expansão das telecomunicações nacionais, controle sobre o poder econômico – enfim, todos esses que hoje consideramos fundamentais e cuja persecução exigimos do Estado.<sup>31</sup>

Ademais, não constitui nenhuma novidade no ordenamento jurídico nacional a descentralização da competência normativa originária do Poder Legislativo para outros órgãos ou entidades pertencentes à Administração Pública.

O professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães ensina que esse processo de desmembramento da atividade normativa aconteceu em razão da incapacidade do Poder Legislativo em responder de forma eficiente às demandas que lhe eram dirigidas, sobretudo em razão da crescente especialização técnica de determinadas matérias.

Com o reconhecimento da origem popular do Poder Executivo, que passou a ser formado pelas maiorias parlamentares, quando seus representantes não eram

---

<sup>31</sup> SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. Malheiros Editores: São Paulo, 2002. p. 27.



eleitos diretamente pelo povo, a saída foi a atribuição de parte dessa competência normativa ao Poder Executivo, já que ela não mais poderia permanecer estanque no âmbito interno do Legislativo.<sup>32</sup>

Sendo assim, a delegação administrativa do poder normativo dentro da própria Administração Pública constituiu mero desenrolar do processo descrito acima, de modo que nossa Carta Constitucional atual, a exemplo de outras Cartas anteriores, prevê expressamente tal possibilidade. Ao menos é o que se comprova da leitura de brilhante parecer do memorável professor Francisco Clementino de San Tiago Dantas, que, em meados do século passado, já fazia alusão a uma competência regulamentar<sup>33</sup> das autarquias, como resultado do processo descrito linhas acima:

Não há, por certo, exagero em dizer que a legislação delegada e a atividade regulamentar descentralizada são características do Estado moderno, refletindo a complexidade maior dos seus problemas e a preocupação da eficiência no serviço público, o que obriga a transferir para órgãos tènicamente mais aparelhados, uma parte considerável da atividade normativa da administração central e do parlamento.<sup>34</sup>

Logo, não haveria porque não se reconhecer competência semelhante às agências reguladoras por supostamente afrontar a Constituição Federal, pois, como bem notou o professor Marcos Juruena Villela Souto, o legislador, como generalista que é, não conhece de forma profunda cada setor regulado sobre o qual ele deveria legislar, o que, em razão do princípio constitucional da eficiência, justificaria a

---

<sup>32</sup> LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Mercado de Capitais & “Insider Trading”**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1982. pp. 35 e 37.

<sup>33</sup> O professor San Tiago Dantas, a exemplo da doutrina de sua época, usa o termo “regulamentar” que, conforme já explicado, seria inadequado.

<sup>34</sup> DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **Problemas de Direito Positivo: Estudos e Pareceres**. Revista Forense. Rio de Janeiro, 1953. p. 294.

atribuição, ao regulador, da edição de comandos normativos técnicos, cuja função é explicitar a vontade da lei<sup>35</sup>.

No entanto, há quem considere a norma reguladora como possuidora de eficácia equivalente à das leis, o que incluiria o poder de inovar na ordem jurídica e, portanto, o de revogar dispositivo legal anterior em sentido contrário à nova norma, provocando a necessidade de que se proceda a uma nova leitura do princípio da legalidade.

Entre os adeptos deste raciocínio, que ficou conhecida como “teoria da deslegalização”, que é aquela que admite ao legislador a retirada de determinadas matérias de domínio da lei para passá-las ao domínio do regulamento, tem-se, em terras brasileiras, o professor Alexandre Santos de Aragão, que sustenta que:

[...] não há qualquer inconstitucionalidade na deslegalização, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria.<sup>36</sup>

Ainda, segundo os seguidores desta teoria, ressalvados os casos onde há reserva legal absoluta, a lei de deslegalização atuaria diferentemente da lei de regulação material, não sendo ela diretamente aplicável e nem tendo que ser complementada em seu conteúdo, mas sim se auto-limitando para que os regulamentos possam dispor sobre matérias que até então eram apreciadas apenas em lei.

Seu efeito imediato seria a degradação do nível hierárquico sobre a matéria, que passaria a ser objeto de regulamentos, o que permitiria a eles inovarem no mundo jurídico, revogando, inclusive, dispositivo legal anterior que estivesse em

---

<sup>35</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo em Debate**. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2004. pp. 192 e 193.

<sup>36</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Legalidade e Regulamentos Administrativos no Direito Contemporâneo (uma análise doutrinária e jurisprudencial)**. Vol. 368. Revista Forense. Rio de Janeiro, 2003. p. 19.

sentido contrário. E isso não representaria uma afronta ao princípio da legalidade, mas apenas a sua releitura, uma vez que, em última instância, não seria exatamente o regulamento quem revogaria a lei anterior, servindo ele apenas de instrumento para que a própria lei de deslegalização o faça. Se o Poder Legislativo tem competência para revogar uma lei, então ele também poderia simplesmente degradar o seu nível hierárquico, deixando à Administração Pública, por ter melhores condições de avaliar a realidade econômica e social, o poder de, em momento posterior, dispor sobre determinada matéria, sem com isso provocar nenhum vácuo legislativo entre uma ação e outra.<sup>37</sup>

As principais vantagens em se adotar essa doutrina reside não só na maior celeridade na edição de normas sobre a matéria regulada, que não precisaria passar por um processo legislativo longo e sujeito ao jogo político, melhor se adequando ao tempo econômico, mas também na tecnicidade de seu conteúdo, por ser objeto de deliberação de pessoas dotadas de amplo conhecimento científico e específico sobre a matéria regulada.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro teve que enfrentar, poucos anos atrás, a controvérsia levantada pela doutrina quanto à extensão do poder normativo das agências reguladoras, na qual o tribunal deveria determinar se as normas reguladoras poderiam inovar no mundo jurídico, inclusive revogando dispositivo legal anterior, ou se não o poderia, por ferir o princípio da legalidade, uma vez que se trata de um comando normativo infralegal.

A controvérsia contrapunha a Resolução nº 85/98 da ANATEL, que possibilita a interrupção da prestação do serviço telefônico pela empresa correspondente, caso o usuário permaneça inadimplente pelo prazo de três meses, podendo o seu número

---

<sup>37</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Legalidade e Regulamentos Administrativos no Direito Contemporâneo (uma análise doutrinária e jurisprudencial)**. Vol. 368. Revista Forense. Rio de Janeiro, 2003. pp. 18 e 20.

ser atribuído a outro usuário sem prévia autorização legal, ao artigo 22 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que determina que a prestação de serviços essenciais deve ser contínua, configurando assim o conflito entre uma lei em sentido formal e anterior, proveniente de uma entidade política, e uma norma reguladora posterior, proveniente de uma entidade administrativa.

Ao dar solução ao litígio, o desembargador Maurício Caldas Lopes, confirmando decisão proferida em 1ª instância, determinou a aplicação da resolução da ANATEL, o que o aproxima da doutrina do professor Alexandre Santos de Aragão, que agora ganha assento jurisprudencial.

A possibilidade de rescisão unilateral do contrato de prestação de serviços de telefonia, mais do que de cláusula contratual, deriva dos artigos 67 a 70, da Resolução nº 85, 98, da **ANATEL**, editada nos limites dos poderes conferidos a tal agência reguladora pela Lei 9.472/97, editada, por sua vez, com apoio na Emenda Constitucional nº 08/95, que deu nova redação ao inciso XI e à alínea a) inciso XII, artigo 21, da Constituição da República. prevendo exatamente a criação do órgão regulador, e delegando à lei a regulamentação respectiva.<sup>38</sup>

Porém, apesar de suas inegáveis vantagens, a teoria da deslegalização deve ser rejeitada por absoluta incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Isto não se deve ao fato de ser esta teoria de origem estrangeira, pois não haveria problema algum na sua adoção, caso fosse harmônica ao Direito pátrio, o que não é o caso.

Nos Estados Unidos, onde as agências só podem expedir normas reguladoras quando forem expressamente autorizadas pelo Poder Legislativo, a este ficando restrita a possibilidade de traçar linhas gerais (*standards*) acerca da matéria

---

<sup>38</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 14494/2003. Processo nº 2003.001.14494. Apelante: Márcia Alves dos Santos. Apelada: Telemar Norte Leste S/A. Relator: Maurício Cladas Lopes. Rio de Janeiro, 8 de julho de 2003. Disponível em: : <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em 13 de julho de 2006.

a ser regulada, cabe às agências a função de baixar normas inovadoras na ordem jurídica, desde que dentro dos parâmetros estabelecidos pelo Parlamento.<sup>39</sup>

Mas, no Brasil, a estrutura jurídico-administrativa é bastante diversa da americana, uma vez que aqui, conforme já visto, o ato normativo proveniente das agências reguladoras tem natureza administrativa, e não legislativa, o que, na adoção da tese da deslegalização, representaria uma verdadeira inversão da clássica hierarquia existente entre os atos administrativos e os atos legislativos, além de reconhecer ao legislador o poder de alterar o procedimento legislativo previsto na Constituição.<sup>40</sup>

Ademais, admitir que as normas reguladoras possam preponderar sobre as leis formais seria o mesmo que reconhecer às agências um poder maior do que aquele conferido ao Presidente da República no seu poder regulamentar, o que não é razoável.

A deslegalização das matérias somente seria aceitável se prevista na própria Constituição, o que ela não faz. Dessa forma, não resta outra alternativa senão aquela de rejeitar tal teoria, por não ser ela compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

O Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em acórdão proferido em sede de agravo de instrumento, também não reconheceu a teoria da deslegalização ao estabelecer que:

2. Os atos normativos expedidos pelas agências, de natureza regulamentar, não podem modificar, suspender, suprimir ou revogar disposição legal, nem tampouco inovar.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. Atlas: São Paulo, 1999. p. 134.

<sup>40</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 2005. 240: I-IV; 1-463. pp. 156 e 157.

<sup>41</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). Agravo de Instrumento nº 129949. Apelante: ?. Apelada: ?. Relator: Mairan Maia. São Paulo, 24 de abril de 2002. Disponível em:

Ainda no campo da jurisprudência, o Colendo Supremo Tribunal Federal, por ocasião da apreciação da constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações, através do Excelentíssimo Senhor Ministro Relator Marco Aurélio de Mello, entendeu que:

[...] quanto aos incisos IV e X, do art. 19, sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme à Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado [...].<sup>42</sup>

### 3.2 Natureza jurídica das agências reguladoras

Uma das discussões iniciais a respeito da natureza jurídica das agências reguladoras foi no sentido de se dar uma interpretação literal ao texto da Constituição, quando se fala na criação de um “órgão regulador” para telecomunicações e outro para petróleo, conforme determinam os artigos 21 e 177 da Constituição Federal. Discutiu-se então que ela reclamava a criação de uma estrutura administrativa submetida à hierarquia do Poder Executivo, integrada à Administração direta e, portanto, despersonalizada, porque essa era a dicção constitucional expressa.

---

[http://www.trf3.gov.br/juris/pesquisa/pesq-ledoc.php3?primeira\\_vez=sim&&](http://www.trf3.gov.br/juris/pesquisa/pesq-ledoc.php3?primeira_vez=sim&&). Acesso em: 13 de julho de 2006.

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1668-5. Requerente: Partido Comunista do Brasil – PC do B, Partido dos Trabalhadores – PT, Partido Democrático Trabalhista – PDT e Partido Socialista Brasileiro – PSB. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 20 de agosto de 1998. Disponível em: [http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/FrameDown.asp?classe=ADI-MC&Cod\\_Classe=555&Ementa=2147&Processo=1668&tipo\\_colecao=EMENTARIO](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/FrameDown.asp?classe=ADI-MC&Cod_Classe=555&Ementa=2147&Processo=1668&tipo_colecao=EMENTARIO). Acesso em 13 de julho de 2006.

Na verdade, a melhor interpretação é no sentido de que muitas vezes o constituinte faz uso de expressões que não têm o conteúdo jurídico que se imagina, por lhe faltar o domínio técnico na matéria. Portanto, fazem-se determinadas concessões a esse tipo de interpretação literal para se admitir que o que se quis dizer na Constituição, na presença de um órgão regulador, era, na verdade, uma estrutura administrativa de regulação, não necessariamente despersonalizada.<sup>43</sup>

Até porque, embora possa existir tanto a regulação pública, como a regulação privada, em vista do princípio da subsidiariedade, e que aquela não precisa ser necessariamente desenvolvida por uma agência reguladora<sup>44</sup>, o conceito de regulação como uma atividade independente tecnicamente e que pode opor resistência inclusive à Administração direta, exige que essa função reguladora seja exercida com autonomia e independência.<sup>45</sup>

Portanto, para atender aos objetivos de se buscar um ponto de equilíbrio entre os interesses em conflito, que envolvem tanto o Estado como o concessionário e o consumidor, ou usuário, essa solução somente pode se dar por alguém que deles esteja equidistante. Assim, não se deve supor que as agências reguladoras devam necessariamente fazer parte da estrutura de um deles, surgindo a necessidade de revesti-las de autonomia.

---

<sup>43</sup> Marcos Juruena Villela Souto, em palestra proferida no workshop **Regulação, Concorrência e Transporte**, realizado em outubro de 2005 na cidade do Rio de Janeiro. (informação verbal).

<sup>44</sup> Até há não muito tempo atrás, por exemplo, o já extinto Departamento de Aviação Civil (DAC) exercia a função de regulação no âmbito da aviação civil, hoje de responsabilidade da ANAC, sendo que ele sequer personalidade jurídica tinha, já que era órgão do Ministério da Defesa. Então, muito embora seja o mais adequado, a atividade regulatória não depende da existência de uma agência reguladora para se desenvolver, devendo, porém, que o seu exercício se dê com os mesmos critérios de desempenho dela cobrados. O órgão aí é tão somente uma máquina administrativa que se presta a uma finalidade, neste caso, de dar mera aplicabilidade administrativa à função regulatória, essa sim de sede constitucional. Marcos Juruena Villela Souto, em palestra proferida no workshop **Regulação, Concorrência e Transporte**, realizado em outubro de 2005 na cidade do Rio de Janeiro. (informação verbal).

<sup>45</sup> Enquanto a autonomia “é voltada à defesa de interesses próprios de corporações”, a independência se relaciona à idéia de afastamento de ingerências de natureza política sobre os seus atos. SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2002. p. 341.

Por outro lado, autonomia qualquer entidade da Administração Pública indireta tem. Mesmo as empresas estatais conservam um grau de autonomia, ainda que mitigada pela lei de responsabilidade fiscal. Então, a autonomia não é o elemento característico de uma agência reguladora.

A agência, ao exercer o seu papel de ponderar entre os interesses em conflito, vai estabelecer uma decisão administrativa, que tanto pode ter sede normativa como executiva, por meio de um ato administrativo individual ou geral, mas que tem cunho de autoridade sobre todos os demais interesses que ela busca conciliar para que se alcance um ponto de equilíbrio.

Portanto, essa decisão somente pode ser emanada de uma pessoa jurídica de Direito Público. Isso porque, no Direito Público, se lida com uma relação de subordinação do interesse individual ao interesse coletivo, ao passo que, no Direito Privado, trabalha-se com relações de coordenação de interesses que estão no mesmo plano jurídico. Assim, quando há a necessidade deste ato de autoridade impor uma decisão à qual todos devam se submeter, ele deverá vir emanado de uma pessoa jurídica de Direito Público. E aí, então, chega-se à idéia de autarquia, pessoa jurídica de Direito Público, que se aparta da Administração direta por meio de uma autonomia que lhe confere personalidade jurídica própria.<sup>46</sup>

Mas isso não era suficiente porque existem outras tantas autarquias na Administração Pública que podem ter a sua autonomia relativizada por decisões de natureza política. Assim, para se preservar a própria função regulatória, que deve se manter eqüidistante dos interesses em tensão, é que se atribui às agências reguladoras o requisito da independência, protegendo-as contra indevida interferência política de natureza eleitoral.

---

<sup>46</sup> Marcos Juruena Villela Souto, em palestra proferida no workshop **Regulação, Concorrência e Transporte**, realizado em outubro de 2005 na cidade do Rio de Janeiro. (informação verbal).



Por tudo isso é que as agências reguladoras foram, de forma unânime, em suas respectivas leis instituidoras, classificadas como autarquias sob regime especial. Sobre o que se deva entender por autarquia e pelos elementos que compõem esse “regime especial”, que servem tanto para diferenciá-las das autarquias “comuns”, como para conferir-lhes a independência necessária à realização de seus fins, será estudado a seguir.

### 3.2.1 Autarquias

De maneira precursora, o autor alemão Otto Mayer, em 1895, defendeu a existência de um estabelecimento público personalizado pertencente à Administração Pública descentralizada, em substituição às associações corporativas existentes até então, e que teria como características determinantes, além da pessoa jurídica pertencente à Administração Pública, a concentração de meios materiais e pessoais voltados à realização de um fim público. Este modelo, poucos anos mais tarde, serviria de inspiração à doutrina italiana na elaboração do que ficou mundialmente conhecido por autarquia.<sup>47</sup>

Formado pela conjugação das palavras *autos* (próprio) e *arquia* (comando, governo, direção), ambas de origem grega, o vocábulo “autarquia” surgiu primeiramente, conforme já dito, na doutrina italiana, através de Santi Romano, que buscava um termo mais apropriado para designar o chamado “ente autônomo”. O clássico autor buscava, à época, uma terminologia mais adequada ao instituto, uma

---

<sup>47</sup> COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. **Direito Administrativo da Autarquia**. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1966. p.205.

vez que “autonomia” era a capacidade de se determinar o próprio Direito, o que ele não possuía.<sup>48</sup>

Além do próprio Santi Romano<sup>49</sup>, diversos foram os autores que buscaram determinar um conceito para as autarquias, destacando-se os também italianos Luigi Raggi<sup>50</sup> e Vittorio Emmanuele Orlando.<sup>51</sup> Já no Brasil, onde a escola italiana exerceu forte influência, autores como Manoel de Oliveira Franco Sobrinho<sup>52</sup> e Seabra Fagundes<sup>53</sup>, dentre outros, também contribuíram nesta árdua tarefa.

Malgrado todas as definições feitas acerca do instituto, foi Cirne Lima quem apontou com precisão o verdadeiro espaço ocupado por elas no universo jurídico, ao

---

<sup>48</sup> ROCHA, Regina Bernardes Rocha. Órgãos Reguladores no Brasil. In: DI PIETRO, Maria Sylvia (Coord). **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**. Fórum: Belo Horizonte, 2003. pp. 241 e 242.

<sup>49</sup> “Autarquia é uma forma específica da capacidade de direito público; mais concretamente, a capacidade de governar por si os próprios interesses, embora estes sejam também concernentes ao Estado”. ROMANO, Santi. *Corso di Diritto Amministrativo*. 1937. p. 84 *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1968 p. 209.

<sup>50</sup> “[...] autarquia seria o direito concedido pelo Estado aos entes da administração indireta de gerir os próprios interesses públicos, os quais, embora geridos pelos entes autárquicos, permanecem sempre, de qualquer modo, concernentes ao Estado. [...] Quando o Estado admite que entes (sejam institucionais ou corporativos) desempenhem funções que o interessam mas que, contemporaneamente, interessam ao Estado, são do Estado, quando lhes concede o direito (ou ao menos o interesse legítimo, segundo nossa terminologia) de desempenhá-las, tem-se a autarquia”. RAGGI, Luigi. **Diritto Amministrativo**. 1935. pp. 186 a 190 *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1968 p. 211.

<sup>51</sup> “Diz-se ente autárquico toda pessoa jurídica que nos limites do direito objetivo, tendo a capacidade de administrar-se por si mesmo, é considerado pelo Estado como um órgão seu (indireto) porque o fim que se propõe serve à satisfação de interesses que são também do Estado”. ORLANDO, Vittorio Emmanuele. *Principi di Diritto Amministrativo*. 1952. pp. 171 e 172 *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1968 p. 209.

<sup>52</sup> “[...] autarquia aparece como uma pessoa jurídica, que possui fins públicos, que realiza serviços públicos, mediante funções administrativas outorgadas”. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Autarquias Administrativas**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1939. p. 38.

<sup>53</sup> “As entidades autárquicas são subórgãos nascidos pela vontade exclusiva do Estado, dêle dependentes, e tendo como objetivo gerir interesses a êle peculiares. Integram o conjunto dos órgãos administrativos do Estado, embora destacados do núcleo central da Administração Pública. [...] A sua personalidade jurídica é como um desdobramento da personalidade do Estado. Êste destaca de si mesmo a personalidade que lhes outorga. No que respeita à gestão do serviço pôsto ao seu cargo, guardam certa autonomia, maior ou menor, que o próprio Estado lhes confere”. FAGUNDES, Seabra. (?) *apud* COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. **Direito Administrativo da Autarquia**. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1966. p. 226.

destacar duas características suas fundamentais, das quais decorrem todas as demais: ser pessoa meramente administrativa e ser pessoa pública.<sup>54</sup>

Quanto à primeira característica, parte da doutrina distinguia as autarquias entre àquelas de caráter geográfico e as prestadoras de serviços.<sup>55</sup> Contudo, os entes autárquicos, tais como os conhecemos, são essencialmente administrativos, e não políticos, não encontrando essa classificação, elaborada pela doutrina estrangeira, abrigo no ordenamento jurídico brasileiro. Os Municípios, os Estados-Membros e a União, autarquias geográficas segundo a equivocada classificação, são órgãos políticos, com sede constitucional, e que possuem autonomia legislativa, ao passo que as autarquias de serviços são órgãos administrativos, de sede legal, e sem poder legislativo.

O caráter meramente administrativo das autarquias serve ainda para delimitar o seu campo de atuação, restrito a apenas alguns dos segmentos pertencentes à esfera de atividade dos entes políticos, para quem atuam de modo auxiliar.

Já quanto ao fato de ser pessoa pública, a autarquia encontra suas razões históricas pelo que ficou conhecido como descentralização de serviços. Com o alargamento das funções do Estado, que já não mais se resumiam aos serviços essenciais de justiça, guerra e polícia, este se viu obrigado a delegar parte de suas atribuições, especialmente aquelas que requeriam maior especialização técnica, para outros entes dotados de personalidade jurídica própria.

Assim, os órgãos administrativos subordinados, que compunham a Administração central, além da incapacidade técnica relativa a determinadas matérias, e da impossibilidade material para o exercício concomitante de todas as

---

<sup>54</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1968 p. 217.

<sup>55</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Forense: Rio de Janeiro, 1969. p. 186.

suas atribuições, possuíam uma estrutura fortemente burocratizada, o que inviabilizava a prestação pronta e eficaz do serviço.

Dessa forma, a tendência centralizadora do Estado, materializada na desconcentração de suas atribuições a órgãos internos não personalizados, começou a dar lugar a uma tendência descentralizadora, que significava a atribuição de matérias pela Administração central a pessoas jurídicas de Direito Público dela distintas, por estas possuírem maior flexibilidade funcional e preparo técnico para o desempenho de suas tarefas.

Em conseqüência, a Administração Pública ficaria bipartida entre a Administração Pública direta, composta pelo conjunto dos órgãos administrativos despersonalizados, mesmo quando dotados de relativa autonomia; e a Administração Pública indireta, composta pelo conjunto de entes administrativos dotados de personalidade jurídica própria, seja ela de Direito Público (autarquias) ou Privado (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações). Assim, enquanto os órgãos administrativos possuíam uma relação de subordinação em relação à Administração Central, os entes personalizados estariam a ela tão somente vinculados, o que altera substancialmente a natureza da relação firmada.

Muito se discutiu na época de sua expansão sobre a natureza jurídica pública ou privada das autarquias. Tal confusão decorreu tanto do fato de que nem todas as realizações do Estado possuem finalidade pública, ou a busca de um objetivo comum, como também de que existem pessoas jurídicas de Direito Privado que desempenham funções estatais, satisfazendo fins do Estado, como é o caso das concessionárias de serviço público, e que nem por isso podem ser consideradas autarquias.

Isso porque o critério de identificação das autarquias estava no reconhecimento dos seus fins, ou seja, se determinada personalidade jurídica distinta dos entes políticos se caracterizava pela realização de fins comuns ao do Estado, então se estaria diante de uma autarquia, até mesmo em razão do jus imperii do Estado.<sup>56</sup>

No entanto, é no ato de criação de uma entidade que se identifica a sua natureza, pública ou privada, e não através de seus fins. Desta forma, determinada pessoa jurídica somente é de Direito Público quando ela for assim instituída pelo Estado, sendo tanto a função pública que desempenha quanto os fins públicos buscados por ela, meras conseqüências da personalidade jurídica de Direito Público que lhe foi atribuída, e não o contrário.

Da mesma forma, todas as demais características atribuídas às autarquias são meros desdobramentos desta característica central, qual seja, ser pessoa jurídica de Direito Público e, conseqüentemente, de estar submetida ao regime jurídico de Direito Público.

Porém, mesmo muito antes de sua conceituação pela doutrina italiana, a autarquia já era uma realidade social no Brasil. Os autores são unânimes em apontar a Caixa Econômica Federal, criada pelo Governo Imperial através do Decreto nº 2.723, de 12 de janeiro de 1861, como o primeiro ente autárquico de nossa história.

Mas foi somente após a primeira Grande Guerra, por influência da política de bem-estar social norte-americana, que se deu início a uma verdadeira expansão da criação de entes da Administração indireta, sobretudo de autarquias, em razão da

---

<sup>56</sup> Nesse sentido, dentre outros, Tito Prates da Fonseca. FONSECA, Tito Prates da. **Autarquias Administrativas**. Livraria Acadêmica: São Paulo, 1935. p. 79.

crença na necessidade de uma forte presença estatal na vida cotidiana como elemento garantidor do progresso nacional.

Devido a esse acelerado processo de criação das autarquias, diversas conceituações legais foram surgindo com o intuito de se precisar o seu espaço no ordenamento jurídico nacional. A primeira delas se deu em razão do Decreto-Lei nº 6.016, de 22 de novembro de 1943, que definia a autarquia como “serviço estatal descentralizado, com personalidade de direito público, explícita ou implicitamente reconhecida por lei”.

Após ganhar sede constitucional em 1946, nova redação foi dada a ela pela Lei nº 830, de 23 de novembro de 1949, onde foi acrescentada à definição anterior a necessidade de possuir um orçamento próprio. Esta lei também estendia o seu conceito às demais pessoas jurídicas voltadas à execução de serviços públicos ou sociais, que seriam custeadas pela cobrança de tributos de qualquer natureza ou por recursos provenientes do Tesouro Nacional.

Mas foi em 1967, após ter sido erroneamente<sup>57</sup> prevista na Constituição como entidade exploradora de atividade econômica, ao lado das sociedades de economia mista e das empresas públicas, que ela foi definitivamente conceituada pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, como<sup>58</sup>:

[...] o serviço autônomo criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada; [...]

Muito embora o referido decreto-lei não faça referência ao caráter público de sua personalidade, não há mais na doutrina qualquer divergência quanto a esse

---

<sup>57</sup> Esse erro foi posteriormente sanado através da Emenda Constitucional nº 1/69, de 17 de outubro de 1969, que ficou responsável pela transformação das autarquias econômicas em empresas públicas.

<sup>58</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2002. p. 223.

aspecto<sup>59</sup>, até mesmo em razão de sua natureza que, conforme visto linhas acima, é indiscutivelmente público. E tanto é assim que o novo Código Civil, de 10 de janeiro de 2002, no artigo 41, inciso IV, determinou expressamente serem as autarquias pessoas jurídicas de Direito Público, ao contrário do Código de 1917, que era silente nesse sentido.

Essa conceituação legal, que somente é cogente para a Administração Pública federal, ao fazer a restrição “para executar atividades típicas da Administração Pública”, veda expressamente a criação das chamadas autarquias econômicas, responsáveis pela prestação de atividades econômicas. E esta vedação legal coloca o dispositivo acima em sintonia com a Constituição de 1988, que prevê os princípios da livre-iniciativa e da subsidiariedade, onde o Estado, suplementarmente e em regime de exceção, atua através de empresas públicas ou de sociedades de economia mista, caso entenda que a prestação da atividade econômica envolva um interesse público, não podendo nunca atuar, porém, através de autarquias, por expressa vedação deste dispositivo legal.

E tal não poderia se dar de outra forma uma vez que a criação da entidade autárquica nada mais é do que uma forma de descentralização administrativa do Estado, cuja cura pela prestação de um determinado serviço lhe foi atribuído pelo ordenamento jurídico. Assim sendo, pela total inviabilidade de que seja outorgado serviço que não lhe pertence, a Administração não poderia criar uma autarquia à qual seria delegada a prestação de uma atividade econômica, tendo em vista que ela somente é titular de serviços públicos típicos.

---

<sup>59</sup> Não obstante a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro esteja de acordo com o conceito legal, ela observa que, na realidade, nem sempre ele é respeitado, na medida em que ainda hoje existem no ordenamento jurídico brasileiro autarquias que exercem atividade econômica, como é o caso da própria Caixa Econômica Federal. ROCHA, Regina Bernardes. **Órgãos Reguladores no Brasil**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**. Fórum: Belo Horizonte, 2003. p. 243.

Para o exercício autônomo do serviço, devendo-se entender por autônomo aquele que possui capacidade de se auto-administrar, fez-se necessário, por razões que dispensam maiores explicações, a atribuição, às autarquias, de patrimônio e receita próprios, que passam a incorporar o ativo da nova pessoa jurídica, e que passam a ter destinação especial.<sup>60</sup>

Ainda em decorrência de seu caráter autônomo, não há entre a autarquia e a entidade estatal responsável por sua criação uma relação de subordinação hierárquica, mas apenas mera vinculação, uma vez que a autarquia não integra a estrutura orgânica do Executivo. Tal fato impõe uma forma diferenciada e mais restrita de controle, que privilegia a correção finalística do serviço prestado, mais voltada aos aspectos legais que aos de mérito, a fim de se garantir que elas não se desvirtuem de suas finalidades institucionais.

De forma resumida, o controle sobre os atos das autarquias se exerce de três formas distintas, mas sempre de acordo com a lei de sua criação. O primeiro deles é o controle político, que se dá tanto através da nomeação e aprovação dos nomes de seus dirigentes pelos poderes Executivo e Legislativo, quanto pelo caráter de livre exoneração destes mesmos dirigentes pelo Chefe do Poder Executivo. Já o controle administrativo se exerce por meio de supervisão ministerial, conforme o artigo 26 do Decreto-Lei nº 200/67. Por último, se tem o controle financeiro, que se exerce nos termos do artigo 71, inciso II, cujo exercício cabe ao respectivo Tribunal competente.<sup>61</sup>

Por fim, a criação de uma autarquia deve se dar por lei, conforme o Decreto-Lei nº 200/67, artigo 5º, inciso I, combinado com a Constituição Federal, artigo 37, inciso XIX. Mas, mesmo se ausente fosse a determinação legal, sua criação

---

<sup>60</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Malheiros: São Paulo, 2004. p. 337.

<sup>61</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Malheiros: São Paulo, 2004. p. 341.



necessariamente deveria se dar por força de lei, uma vez que se trata da criação de uma nova personalidade, sujeita de direitos e obrigações, resultado de um desmembramento do próprio Estado. E aqui se deve entender também a mudança do regime jurídico de uma personalidade preexistente para autarquia como ato de criação.<sup>62</sup>

### **3.3 A Independência das Agências Reguladoras**

Agora que já se sabe que a natureza jurídica das agências reguladoras é de autarquia sob regime especial, bem como o que se deva entender pelos vocábulos “agência” e “regulação”, resta analisar as características específicas que possuem estas entidades, responsáveis tanto pela sua natureza especial, quanto como elemento diferenciador em relação às demais autarquias, ditas comuns.

Sem dúvida que este elemento diferenciador está na independência que as agências reguladoras possuem em relação aos demais Poderes do Estado, cuja fundamentação reside na importância em se protegê-las contra influências político-partidárias que se revelem nocivas ao bom andamento do setor regulado. Logo, para que as agências reguladoras exerçam com isonomia e equidade as suas atribuições, que, em razão da complexidade e da tecnicidade dos seus atos, podem contrariar uma gama de interesses particulares, previu-se determinadas garantias para que os seus objetivos sejam efetivamente alcançados.

---

<sup>62</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. Saraiva: São Paulo, 1995. p.225.

Assim, adiante serão analisadas as autonomias específicas de que gozam as agências reguladoras, e que compõem o chamado regime especial de que ficou faltando tratar, devendo a elas se acrescentar tudo aquilo que já foi escrito até aqui a respeito das autarquias comuns. Em seguida, também serão apreciados os limites para o exercício dessas autonomias especiais, bem como os mecanismos de controle que garantem a observância destes limites.

### 3.3.1 Autonomia administrativa

O fato que denota a autonomia administrativa das agências reguladoras é a investidura por tempo certo<sup>63</sup> de seus dirigentes, o que significa dizer que eles somente podem ser afastados do cargo que ocupam antes do vencimento do prazo previsto mediante o cometimento de falta grave, apurada esta em processo administrativo ou judicial, e desde que observados o contraditório e a ampla defesa. Além disso, as investiduras por tempo certo dos dirigentes não podem ser coincidentes entre si, e, muito menos, com o ciclo eleitoral, por motivos que dispensam maiores detalhamentos.

A investidura para o preenchimento dos cargos de dirigentes das agências reguladoras, em regra, é um ato composto, cabendo ao Chefe do Poder Executivo indicar o nome do pretense dirigente, que será submetido à aprovação pelo Senado

---

<sup>63</sup> A doutrina majoritariamente aponta ser o fator determinante da autonomia administrativa o estabelecimento de mandato fixo para os dirigentes das agências reguladoras. Porém, mandato pressupõe eleição, o que não é o caso, de modo que consideramos mais apropriada a adoção do termo “investidura por tempo certo”. Aula do curso de Direito Constitucional / Administrativo, ministrada pelo Professor Guilherme Peña de Moraes (informação verbal).

Federal após argüição pública. Uma vez aprovado, seu nome retorna ao Chefe do Poder Executivo para, finalmente, ser nomeado e empossado no cargo.

Em razão do próprio princípio da eficiência, que norteia toda a Administração Pública, concluiu-se pela necessidade de se atribuir a técnicos especializados a edição de determinadas normas cujo conteúdo é altamente complexo e específico. O legislador, como generalista que é, pode traçar as grandes linhas de funcionamento da atividade estatal sobre os vários setores da economia. Contudo, dominar cientificamente assuntos que exigem anos de formação intelectual em setores tão diversos como telecomunicações, petróleo ou cinema, até mesmo em razão das constantes e rápidas transformações tecnológicas por que passam diariamente, não parece ser humanamente alcançável.

Com isso, a saída encontrada foi a atribuição desta tarefa, que seria originariamente do agente político, a técnicos que detenham uma formação científica específica em um determinado setor, o que permitiria o seu desenvolvimento de uma forma mais adequada e eficiente. Daí a necessidade de se exigir dos dirigentes das agências notório saber a respeito do segmento regulado sobre o qual irá atuar.

Contudo, tanto em razão da complexidade do cargo, como também pelo elevado grau de responsabilidade de suas tarefas, optou-se pela adoção de uma direção colegiada, que concederia não apenas legitimidade às agências, pois abriria espaço para que todos os agentes nela se encontrassem representados, mas também coibiria a captura dos seus dirigentes, tendo em vista que é sempre mais difícil corromper todo um colegiado a um singular, contribuindo assim por uma melhor qualidade e imparcialidade dos atos proferidos.

Ainda quanto à captura, deve-se a ela a própria razão e origem da idéia de que a atividade reguladora deve ser exercida com autonomia técnica e

administrativa. Como o próprio nome já indica, ela ocorre quando os órgãos reguladores são dominados pelos interesses dos agentes que deveriam ser objeto de regulação. E esses interesses podem tanto pertencer a uma empresa privada, como ao próprio Governo.

Se por um lado é delegada às agências a autonomia administrativa para que elas possam resistir às pressões do Governo por medidas que permitam resultados de curto prazo favoráveis a ele, em razão das restrições temporais impostas pelo ciclo eleitoral, por outro algumas leis específicas instituidoras dessas agências prevêm a possibilidade de recondução do dirigente ao cargo que ocupa, o que representa um flagrante artifício de captura por parte do administrador.<sup>64</sup>

Já para inibir a captura pela iniciativa privada, onde as pressões são por medidas que possibilitem a apresentação imediata de resultados positivos para os acionistas das empresas reguladas, concebeu-se a idéia da “quarentena”. Assim, para que determinado dirigente não tome medidas tendentes a favorecer uma determinada empresa em troca de benefícios pessoais, como, por exemplo, a assunção de um cargo nesta mesma empresa quando finda a sua investidura na respectiva agência reguladora, as leis das agências prevêm o cumprimento de um determinado período (geralmente de doze meses) de abstinência profissional subsequente à saída do cargo de dirigente, quando ele não poderá voltar a atuar no mesmo segmento econômico pela iniciativa privada.

Mas a atribuição de autonomia administrativa às agências não se deu de forma pacífica, como se poderia supor. A primeira questão suscitada pelos seus críticos dizia respeito à natureza do cargo de dirigente de agência reguladora. Muitos foram os autores que compararam o agente regulador ao agente administrativo.

---

<sup>64</sup> SALGADO, Lucia Helena, MOTTA, Ronaldo Seroa da (Editores). **Marcos Regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que ainda falta fazer**. Ipea: Rio de Janeiro, 2005. p. 10.

Dessa forma, se entendeu que aquele, a exemplo deste, somente poderia assumir uma função pública que decorresse ou da aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, ou da nomeação para um cargo em comissão. E como o dirigente da agência reguladora não fez concurso público, ele somente poderia ocupar cargo em comissão. Logo, em razão da natureza do cargo que ocupa, concluiu-se que ele poderia ser livremente exonerado a qualquer tempo, restando inconstitucional a previsão nas leis das agências reguladoras da investidura por tempo certo dos seus dirigentes.<sup>65</sup>

Ainda, segundo esses mesmos autores, o fato de serem nomeados por tempo certo não serviria para sustentar a sua estabilidade no cargo durante o prazo de vigência de sua nomeação, tendo em vista a Súmula nº 25 do Supremo Tribunal Federal que não o admitira.<sup>66</sup>

Mas o que deve ser colocado é que agente regulador também é uma categoria de agente público e, portanto, se submete aos requisitos para o exercício do cargo conforme fixado na lei que o instituiu, e estes são o notório saber dentro de um determinado segmento regulado e a preservação de sua função enquanto não for praticada nenhuma falta grave. Então, com fundamento no artigo 37, inciso I, da Constituição Federal brasileira, entende-se que não há aí nenhuma inconstitucionalidade nesta previsão.<sup>67</sup>

Recentemente, julgando uma ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo governador do Estado do Rio Grande do Sul, cujo relator foi o Excelentíssimo Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, o próprio Supremo Tribunal Federal não

---

<sup>65</sup> Este chegou a ser o entendimento da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, conforme parecer nº 6/99 GUB. Marcos Juruena Villela Souto (informação verbal).

<sup>66</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 25. A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo dirigente de autarquia. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 13 de julho de 2006.

<sup>67</sup> Marcos Juruena Villela Souto, em palestra proferida no workshop **Regulação, Concorrência e Transporte**, realizada em outubro de 2005 na cidade do Rio de Janeiro (informação verbal).

reconheceu qualquer inconstitucionalidade na impossibilidade de exoneração ad nutum dos dirigentes das agências reguladoras:

4. A investidura a termo – não impugnada e plenamente compatível com a natureza das funções das agências reguladoras – é, porém, incompatível com a demissão **ad nutum** pelo Poder Executivo: por isso, para conciliá-la com a suspensão cautelar da única forma de demissão prevista na lei – ou seja, a decisão por Assembléia Legislativa -, impõe-se explicitar que se suspende a eficácia do artigo 8º dos diplomas estaduais referidos, sem prejuízo das restrições à demissibilidade dos conselheiros da agência sem justo motivo, pelo Governador do Estado, ou da superveniência de diferente legislação válida.<sup>68</sup>

Mas a questão mais polêmica se deveu quanto à possibilidade ou não da estabilidade provisória dos agentes reguladores se estender ao mandato do Chefe do Poder Executivo que os nomeou.

Dentre outros autores<sup>69</sup>, entendendo haver violação ao princípio democrático caso seja vedada a possibilidade de livre exoneração dos dirigentes das agências pelo novo Chefe do Poder Executivo, assim se pronunciou o professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

Questão importante é a de saber se a garantia dos mandatos por todo o prazo previsto pode ou não estender-se *além de um mesmo período governamental*.

Parece-nos evidentíssimo que não. Isto seria o mesmo que engessar a liberdade administrativa do futuro Governo. Ora, é da essência da República a temporariedade dos mandatos, para que o povo, se o desejar, possa eleger novos governantes com orientações políticas e administrativas diversas do Governo precedente.

Fora possível a um dado governante outorgar mandatos a pessoas de sua confiança garantindo-os por um período que ultrapassasse a duração do seu próprio mandato, estaria estendendo sua influência para além da época que lhe correspondia (o primeiro mandato de alguns dirigentes da ANATEL é de sete anos) e obstando a que o novo Presidente imprimitisse, com a escolha de novos dirigentes, a

<sup>68</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1949-0. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerida: Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul. Requerido: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, 18 de novembro de 1999. Disponível em: [http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/FrameDown.asp?classe=ADIMC&Cod\\_Classe=555&Ementa=2215&Processo=1949&tipo\\_colecao=EMENTARIO](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/FrameDown.asp?classe=ADIMC&Cod_Classe=555&Ementa=2215&Processo=1949&tipo_colecao=EMENTARIO). Acesso em 13 de julho de 2006.

<sup>69</sup> Dentre eles, Leila Cuéllar, em **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo** Dialética: São Paulo, 2001.

orientação política e administrativa que foi sufragada nas urnas. Em última instância, seria uma *fraude contra o próprio povo*.

Veja-se a que absurdos conduziria interpretação diversa da ora apresentada como correta: para prolongar a orientação que quisesse imprimir à Administração Pública, inibindo a sobrevivência de diretrizes novas próprias dos que ascendessem nas eleições sucessivas, bastaria ao grupo no Poder transformar todos os principais setores administrativos em entidades comandadas por dirigentes com mandatos – como foi feito no Governo que findou em 2002 – que ultrapassassem o próprio período. Com isto, mesmo derrotados no pleito eleitoral, persistiriam gerindo o Estado segundo os critérios rejeitados pelos eleitores e obstando à atuação de quem os sucedesse, em antítese absoluta com a idéia de Democracia e de República.

Logo, é de se concluir que a garantia dos mandatos dos dirigentes destas entidades só opera dentro do período governamental em que foram nomeados. Encerrado tal período governamental, independentemente do tempo restante para conclusão deles, o novo Governo poderá sempre expelir livremente os que os vinham exercendo.<sup>70</sup>

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

Tendo em vista que as investiduras a termo nos cargos não são coincidentes entre si e com os mandatos políticos, a idéia era justamente reduzir esse teor político sobre a matéria regulada, com o intuito de dar maior ênfase ao caráter técnico e eficiente da função. Em um verdadeiro regime democrático, a alternância no poder permitirá que cada nova diretriz política indique alguns diretores que irão representá-la, sem sacrifício dos demais, que, por sua vez, representam outras diretrizes. Assim, aceitar a idéia de que o novo Chefe do Poder Executivo possa exonerar

---

<sup>70</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Malheiros: São Paulo, 2005. pp. 162 e 163.

quem ele queira ao seu bel prazer é que parece ser anti-democrático, tendo em vista que a representação político-ideológica será apenas uma, a do vencedor.

Ao admitir os argumentos usados pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello, estar-se-á politizando um ente cuja criação se justifica justamente na não politização de determinadas matérias, exatamente para evitar insegurança jurídica e, assim, criar um quadro estável e propício para os investimentos privados. Ademais, se assim realmente o fosse, a captura política dos dirigentes das agências reguladoras restaria latente, o que desvirtuaria a própria idéia de autonomia em que se baseia o instituto, na medida em que somente assumiria a chefia dessas agências os diretores que docilmente se curvassem às determinações do Poder Central.

### 3.3.2 Autonomia financeira

Já a autonomia financeira decorre do exercício da função regulatória, pelas agências, de fiscalizar a regularidade da prestação dos serviços sob sua supervisão. Tal fiscalização, obviamente, não se dá de forma gratuita, ficando as empresas atuantes em determinado setor sob regulação estatal sujeitas à cobrança de uma taxa referente ao serviço prestado, a chamada “taxa de fiscalização”, cujos dividendos se incorporam diretamente ao patrimônio da agência reguladora.

Logo, o fato que aponta a autonomia financeira das agências reguladoras é a sua capacidade de auto-gestão financeira. Embora também sejam elas destinatárias de receitas provenientes de dotações orçamentárias gerais, bem como de variadas



outras fontes<sup>71</sup>, a maior parte dos seus recursos decorre da cobrança da referida taxa, que tem, inclusive, levantado grande controvérsia a respeito de sua natureza jurídica.

Quando consultada sobre a cobrança da taxa de fiscalização pela antiga Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro (ASEP-RJ), a Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro firmou entendimento que, em matéria de serviços públicos, a taxa de regulação não teria natureza tributária. Ela seria sim um encargo contratual estabelecido dentro do contrato de concessão, pelo qual se pactuou que os custos relacionados à fiscalização e disciplina da execução daquele contrato seriam arcados pelo contratado (no caso, pelo concessionário).

Em pareceres, os procuradores Vera Lúcia Kirdeiko e João Guilherme Sauer entenderam que a delegação dos serviços não isenta a Administração Pública do seu poder-dever de controlar e fiscalizar a prestação e a execução destes serviços. Portanto, o poder aqui não seria o de polícia, mas sim o de fiscalização, mesmo porque a cobrança da referida “taxa” se fundamentaria em remunerar esse serviço de fiscalização, atinente ao cumprimento das normas contratuais e legais pertinentes, o que a vincula diretamente a um contrato, possuindo, portanto, natureza contratual. Assim, ao invés de taxa, no sentido técnico do termo, estar-se-ia diante de verdadeiro preço público.

Nos demais casos, quando houvesse o efetivo exercício de atividade econômica, aí sim estaria validada a cobrança de uma taxa com verdadeira natureza tributária, porque, neste caso, haveria o efetivo exercício do poder de polícia, que

---

<sup>71</sup> Excetuando-se a transferência de patrimônio conferido às agências através da sua lei criadora, há também os produtos provenientes da aplicação de multas, os rendimentos resultantes de operações financeiras, os valores recebidos pela venda ou aluguel de bens móveis ou imóveis de sua propriedade etc. CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. Dialética: São Paulo, 2001. p. 94.

não pode incidir sobre os serviços públicos, por já serem estes de titularidade estatal, mesmo quando delegados à iniciativa privada.

João Guilherme Sauer acrescenta ainda, segundo seu entendimento, ser a base de cálculo da taxa de fiscalização inconstitucional, por ser ela própria de imposto, uma vez que a alíquota incide sobre o somatório das receitas auferidas mensalmente pelo delegatário do serviço.

Em sentido contrário, defendendo a sua natureza tributária, Vera Lúcia Marques de Freitas considera não somente tratar-se de poder de polícia, como também entende plenamente constitucional a base de cálculo da taxa de fiscalização, classificando-a como uma modalidade da chamada taxa ad valorem, que é aquela calculada com base em um valor econômico, o que não seria vedado pelo Código Tributário Nacional, desde que respeitados os limites impostos pelo artigo 77, parágrafo único, do referido diploma legal.<sup>72</sup>

Julgando caso semelhante, mas em relação à taxa de fiscalização gaúcha, o Supremo Tribunal Federal, seguindo majoritariamente o voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Gilmar Ferreira Mendes, entendeu também não haver inconstitucionalidade na fixação da base de cálculo como sendo o faturamento anual das empresas sob regulação, uma vez que não haveria aí qualquer incidência sobre esse faturamento, mas tão somente a fixação de um critério para a incidência da referida taxa. Dessa forma, por via transversa, fixou-se o entendimento de que a taxa de fiscalização tem efetivamente natureza tributária.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> Procedimento administrativo nº E04/887.145/98 da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>73</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1948-1. Requerente: Confederação Nacional do Transporte. Requerido: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 4 de setembro de 2002. Disponível em: [http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/FrameDown.asp?classe=ADI&Cod\\_Classe=504&Ementa=2097&Processo=1948&tipo\\_colecao=EMENTARIO](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/FrameDown.asp?classe=ADI&Cod_Classe=504&Ementa=2097&Processo=1948&tipo_colecao=EMENTARIO). Acesso em: 13 de julho de 2006.

A importância de se qualificar precisamente a natureza jurídica da taxa de regulação reside em situações como de extinção e criação dessas agências reguladoras. Isso porque, se essa taxa de regulação realmente tiver natureza tributária, por conta do princípio da anterioridade tributária, a agência reguladora criada não teria recursos para funcionar no mesmo exercício de sua criação, uma vez que ela somente poderia ser cobrada dos contratados no ano seguinte ao da sua instituição, o que tornaria vulnerável a sua independência.

Por outro lado, se não forem tidas como verdadeiros tributos, as taxas de fiscalização estarão livres das limitações impostas pela Constituição Federal, sobretudo em relação aos seus artigos 150, 151 e 152.

### 3.3.3 Autonomia técnica

No que tange à autonomia técnica, o que caracteriza as agências reguladoras é a impossibilidade de se interpor recurso hierárquico impróprio contra as decisões emanadas dos seus dirigentes.

Tal restrição decorre do exercício de sua função quase-judicial, que determina que o Conselho Diretor das próprias agências funcionem como última instância administrativa na solução de conflitos de interesses entre o delegante, o delegatário e os usuários de um determinado serviço.

Deve-se ter em conta aqui que o recurso hierárquico pode ser decomposto em recurso hierárquico próprio e recurso hierárquico impróprio.

O primeiro ocorre quando uma autoridade administrativa superior é competente para julgar, em grau de recurso, os atos praticados por uma autoridade administrativa inferior a ela, desde que ambas pertençam a uma mesma entidade. Por exemplo, interposto recurso contra ato praticado por Ministro de Estado, quem irá julgá-lo é o Presidente da República, sendo que tanto este como aquele pertencem à União. Portanto, trata-se aqui de recurso hierárquico próprio.

Já no recurso hierárquico impróprio ocorre o contrário: tanto a autoridade administrativa inferior, como a autoridade administrativa superior, pertencem a entidades diferentes, o que significa dizer que a autoridade que pratica o ato recorrido, e a autoridade que tem atribuição para julgar o recurso pertencem a entidades distintas. Por exemplo, interposto recurso contra ato praticado pelo presidente do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), será ele apreciado ou pelo Ministro da Previdência Social, ou pelo Presidente da República. Contudo, o presidente do INSS pertence a uma autarquia federal, ao passo que, tanto o Ministro da Previdência Social, como o Presidente da República, pertencem à União. Assim, por integrarem entidades diferentes, este se revela um caso típico de recurso hierárquico impróprio.<sup>74</sup>

A impossibilidade do seu cabimento contra atos provenientes de agências reguladoras se dá com fulcro na idéia de que uma decisão técnica não deve ser passível de uma revisão político-administrativa, uma vez que seus atos seriam revistos ou pelo Ministro da pasta correspondente, ou diretamente pelo Presidente da República, o que representaria uma afronta à autonomia técnica que lhe é característica e fundamental para o desempenho de suas funções.

---

<sup>74</sup> Aula do curso de Direito Constitucional / Administrativo, ministrada pelo Professor Guilherme Peña de Moraes (informação verbal).

Por outro lado, a impossibilidade de se interpor recurso hierárquico impróprio não significa a concessão de poderes ilimitados aos dirigentes das agências reguladoras, já que suas decisões permanecem passíveis a eventuais recursos hierárquicos próprios para a mesma agência, ou a ações judiciais, tendo em vista o controle inafastável do Judiciário.

### **3.4 Mecanismos de controle sobre as agências reguladoras**

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

Em razão de sua natureza autárquica, estão também as agências reguladoras sujeitas a algumas formas de controle comuns às autarquias. Desde o advento do sistema de freios e contrapesos, surgido em substituição à separação estanque de tarefas (executivas, legislativas e judicantes), o controle exercido por um Poder sobre o outro tem sido um importante elemento inibidor do seu exercício arbitrário por quem lhe seja titular.

Assim, a agência reguladora, como entidade integrante da Administração Pública, também terá a sua liberdade mitigada por via de controle externo, o que se justifica em nome de valores maiores como a proteção ao interesse público e aos

princípios da legalidade e da eficiência, o que lhe servirá, por outro lado, como elemento legitimador de suas atividades.

Portanto, ainda que a agência reguladora seja dotada de autonomia e independência, nada disso a torna imune aos controles político, judicial, financeiro-orçamentário e social a que está submetida.<sup>75</sup>

#### 3.4.1 Do controle político

O controle político, que é exercido tanto pelo Poder Legislativo, como pelo Chefe do Poder Executivo, já começa na própria inspiração do projeto de lei de criação da agência, onde são definidas as suas competências e funções. Também nesta etapa se estabelece a estrutura da Administração direta à qual ficará vinculada, se a um Ministério ou se diretamente ao Presidente da República, bem como o valor da sua taxa de regulação, o critério de nomeação e exoneração dos seus dirigentes e do pessoal de apoio, a organização interna da nova entidade e a remuneração de seus agentes.<sup>76</sup>

Ademais, ele também se verifica no processo de nomeação e exoneração dos dirigentes das agências reguladoras, onde estão legalmente previstas as participações tanto do Poder Executivo, que se materializa na indicação, na nomeação e no pedido de sua exoneração ao Senado Federal, quanto do Poder

---

<sup>75</sup> Invocando os artigos 127 *caput* e 129, inciso III, ambos da Constituição Federal, o professor Sérgio Guerra faz alusão à existência de um controle a ser exercido pelo Ministério Público. GUERRA, Sérgio. **Introdução ao Direito das Agências Reguladoras**. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 2004. p. 71.

<sup>76</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2002. p. 343.

Legislativo, a quem compete decidir pela aprovação e exoneração dos nomes a ele indicados.

Ainda dentro do controle político, existem mecanismos específicos de exercício deste controle cuja titularidade se conserva exclusivamente a um dos Poderes que o compõem, o que permite subdividi-lo em um controle específico exercido pelo Poder Executivo, e outro exercido pelo Poder Legislativo.

#### *3.4.1.1 O controle pelo Poder Executivo*

O controle pelo Poder Executivo, que alguns autores chamam de “controle interno”, se materializa pela submissão das agências reguladoras às políticas públicas traçadas pela Administração Central, que delimitam o âmbito de exercício de suas atividades.

Devida à sua natureza autárquica, o controle sobre as agências aqui deve se ater aos aspectos finalísticos de sua atuação. E um dos mecanismos pelo qual esse controle finalístico será exercitado é através do chamado “contrato de gestão”.

Em razão do dever constitucional de supervisão das agências reguladoras pelo Poder Executivo, que se soma ao dever de eficiência administrativa do qual é titular, estabelece-se um contrato entre o controlador e o controlado, onde serão estabelecidas metas de eficiência que serão objetivamente cobráveis do regulador, com as conseqüências para tanto.

A sua fundamentação está no fato de que, se a Administração Pública tem o dever de supervisionar a atuação das agências reguladoras, então é razoável que

esse controle tenha uma objetividade, para que não se alegue posteriormente que houve violação ao princípio da eficiência sem que se tenha definido objetivamente como esse conceito jurídico deve ser interpretado.

Logo, a celebração do contrato de gestão, em última instância, nada mais é do que um mecanismo de proteção à própria agência contra inserções políticas sobre as suas atividades, além de garantir a realização constitucional de um dever da Administração Pública Central com base em critérios objetivos.

Então, dizer que a agência reguladora não pode a ele se submeter, uma vez que ele somente serve para ampliar uma autonomia que já existe, e que, portanto, aqui somente teria o papel de diminuir essa autonomia, no que seria inconstitucional, com base no artigo 37 parágrafo 8º da Constituição Federal, não parece ser a interpretação mais adequada ao caso, mas que tem sido levantada, inclusive, pela Associação Brasileira das Agências Reguladoras (ABAR).<sup>77</sup>

Outra forma de controle exercida pelo Poder Executivo, e que tem sido alvo de grande controvérsia na doutrina, é aquele que se refere à possibilidade de interposição do recurso hierárquico impróprio contra atos finais das agências reguladoras.

Muito embora a sua impossibilidade seja uma das características inerentes às agências reguladoras, deve ser admitida aqui uma exceção a esta regra, por força do artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal.

Se por um lado a Constituição reconhece a todos o direito de petição, que, naturalmente, pode provocar um recurso hierárquico impróprio para que o Chefe do Poder Executivo decida a respeito de um ato emanado de uma agência reguladora,

---

<sup>77</sup> Marcos Juruena Villela Souto, em palestra proferida no workshop **Regulação, Concorrência e Transporte**, realizada em outubro de 2005 na cidade do Rio de Janeiro. (informação verbal).



por outro, a independência legalmente conferida à agência impede que o seu ato seja revisto (no sentido de substituí-lo) pela autoridade política.

Mas o que o dispositivo constitucional invocado propõe em nada viola a sua independência, uma vez que nenhuma autonomia ou independência é conferida às agências para a prática de atos contrários à lei, e que por isso sequer são recebidos pelo ordenamento jurídico. Logo, neste caso, o que faz a autoridade controladora é um mero ato de declaração, que somente pode ser praticado pelo Chefe do Poder Executivo depois de ouvido o órgão central do respectivo sistema jurídico, por ser um ato técnico de fixação de interpretação do ordenamento jurídico.<sup>78</sup>

Então, apenas se admite o recurso hierárquico impróprio de um ato final emanado de uma agência reguladora no caso de flagrante ilegalidade, o que se dará em cumprimento a um dever constitucional que se restringirá a declarar a nulidade do ato, sendo certo que, ao assim agir, a autoridade controladora não estará violando a independência da agência, uma vez que não se adentrará no mérito da regulação.

#### 3.4.1.2 *O controle pelo Poder Legislativo*

Quanto ao controle legislativo, ele é expressamente admitido pela Constituição Federal no seu artigo 49, inciso X, ao consagrar como competência exclusiva do Congresso Nacional a fiscalização e o controle dos atos do Poder Executivo, inclusive os da Administração indireta.

---

<sup>78</sup> Marcos Juruena Villela Souto, em palestra proferida no workshop **Regulação, Concorrência e Transporte**, realizada em outubro de 2005 na cidade do Rio de Janeiro. (informação verbal).

Aliás, o mesmo artigo constitucional, agora no seu inciso V, prevê o principal mecanismo de exercício de controle pelo Legislativo, ao prever a sua competência para sustar os atos normativos exarados do Poder Executivo que ultrapassem os limites da delegação legislativa. Complementando o seu sentido, muito oportuna foi a observação feita pelo professor Marcos Juruena Villela Souto de que esse dispositivo não autoriza o Poder Legislativo a anular, e nem tampouco revogar a norma reguladora, naquilo em que ela for exorbitante à sua competência, mas apenas em suspender os seus efeitos, o que não significa retirá-la do mundo jurídico.<sup>79</sup>

As demais formas de exercício de controle parlamentar se encontram nos pedidos de informação e na convocação dos reguladores para prestar esclarecimentos em comissões parlamentares de inquérito, o que atribui às agências grande credibilidade frente à sociedade, uma vez que ficarão sob a supervisão de pessoas legitimamente eleitas pelo povo, e que, portanto, ao menos em tese, melhor o representa.

#### 3.4.2 Do controle judicial

Passando agora para a possibilidade do controle judicial, é importante lembrar que o princípio que o orienta é o mesmo que submete toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito à apreciação pelo Poder Judiciário, conforme determina o artigo 5º da Constituição Federal, no seu inciso XXXV. E esse controle a ser

---

<sup>79</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo em Debate**. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2004. p. 215.

realizado pelo Poder Judiciário tanto se materializa pelo controle de constitucionalidade da lei que dá criação à agência reguladora, quanto pelo controle sobre os atos normativos ou concretos expedidos por essa mesma agência. Então, com exceção do caso da Justiça Desportiva, nenhuma outra situação pode ser estabelecida como condicionante de esgotamento da esfera administrativa para o recurso à via judicial.

A partir desta premissa, uma questão de grande importância passa a ser, portanto, sobre o limite do exercício desse poder-dever pelo Judiciário, tendo em vista que, se por um lado a sua competência resta incontestada, por outro, a independência técnica decisória (ou discricionariedade técnica) das agências fica, ao menos em tese, ameaçada.

Hoje, a jurisprudência é quase unânime ao afirmar que não cabe controle judicial sobre os atos discricionários da Administração Pública<sup>80</sup>, uma vez que ele não pode se substituir às valorações da autoridade administrativa, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes.

Mas o que parte da doutrina contesta é a própria existência de uma atividade discricionária, no caso específico da regulação. Por discricionariedade, deve-se entender aqui como uma margem de liberdade de escolha entre pelo menos dois comportamentos admitidos pelo ordenamento jurídico onde, mediante uma avaliação dos conceitos de conveniência e oportunidade, independentemente da escolha realizada, se permite o alcance de um mesmo resultado.

Assim, se a regulação é uma atividade de ponderação entre interesses em conflito para a busca de um ponto ótimo, somente atingido esse ponto é que ela terá

---

<sup>80</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 13 de julho de 2006.

efetivamente alcançado os seus objetivos. Se for considerado aqui, por influência da doutrina alemã, a impossibilidade de que duas técnicas sejam capazes de atingir um mesmo resultado, haverá tão somente um único ponto ótimo, o que inviabilizaria, portanto, falar-se em discricionariedade.

Então, não havendo a possibilidade de juízo discricionário no sentido de avaliação de conveniência e oportunidade pela autoridade reguladora, não haveria óbice ao controle judicial da atividade regulatória, por se tratar de mero ato vinculado, e, portanto, despido de qualquer tipo de valoração pelo seu autor.

Assim sendo, a questão de uma eventual invocação de uma discricionariedade técnica não poderia representar uma barreira ao controle judicial, exatamente porque não pareceria que ela efetivamente exista na atividade regulatória como um juízo subjetivo, livre de avaliação, conforme o critério de conveniência e oportunidade, que são subjetivos do administrador.

Ilustrando essa linha de raciocínio, assim se pronunciou o hoje Excelentíssimo Senhor Doutor Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau:

O que justificaria a discricionariedade da Administração, entre nós – assim o entende a parte maior da nossa doutrina – seria o emprego, pela lei, de conceitos indeterminados.

Sustento, no entanto, inexistirem **conceitos** como tais **indeterminados**.

Todo conceito é produto da reflexão, expressando uma **suma de idéias**. Quando expressado, através do seu **termo**, envolve um **ato de expressão**. O termo, pois, é a **expressão do conceito**.

Mas os termos dos conceitos jurídicos são colhidos na linguagem natural, que é potencialmente ambígua e imprecisa. Assim, resultam esses termos, em grande número de casos, indeterminados. Essa **indeterminação**, todavia, não é dos conceitos, mas sim de suas expressões [isto é, de seus termos]. Daí porque, de modo correto, cumpriria referirmos **conceitos cujos termos são indeterminados** e não **conceitos indeterminados** [a última expressão somente permanece sob o uso por inércia ou por impulso à economia de palavras]. Pois é certo – insisto nisso que se o **conceito** é indeterminado, não é conceito.

Assumida tal premissa, teremos que a questão da discricionariedade há de ser recolocada, de sorte que se aparte os temas da discricionariedade e da utilização de conceitos indeterminados.

[...] Tais conceitos, segundo aquele autor, só permitem uma “unidade de solução” em cada caso. Assim, quando se fala em boa fé, **v. g.**, o conceito se dá ou não se dá. Em outros termos, em presença de um caso determinado há ou não há boa fé: **tertium non datur**.

Em razão disso, a aplicação de conceitos indeterminados só permite uma única solução justa. Contrariamente, o exercício da potestade discricionária permite uma pluralidade de soluções justas ou, em outros termos, optar por alternativas que são igualmente justas desde a perspectiva do Direito. Daí porque a discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos, ao passo que a aplicação de conceitos indeterminados é um caso de aplicação da lei.

A conseqüência mais relevante que se extrai dessa distinção respeita ao papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário diante de ambas as hipóteses. Se não lhe cabe, por um lado, a apreciação da decisão discricionária, por outro lhe cumpre, inquestionavelmente, manifestar-se sobre a aplicação, pela Administração, dos conceitos indeterminados.<sup>81</sup>

Porém, a idéia de que haja sempre uma diferença entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa (ou técnica, quando baseada em critérios técnico-científicos não previstos em lei), já vem sendo fortemente contestada, sobretudo na doutrina espanhola.

Robertônio Santos Pessoa, filiando-se a essa segunda corrente, que acredita na existência de uma discricionariedade técnica, assim se pronunciou:

Observe-se que, se no terreno da discricionariedade comum nos defrontamos, via de regra, com a possibilidade de alternativas, soluções ou decisões diferentes em face de um dado problema, tal costuma ocorrer, também, no campo da discricionariedade técnica. De fato, não se revela realista, e mesmo científica, uma concepção de ciência e técnica que assegure certezas absolutas acerca das decisões a serem tomadas. Nenhuma ciência pode gestar aplicações técnicas absolutamente precisas e uniformes, destituídas de alternativas ou dúvidas.<sup>82</sup>

Portanto, bastaria que o agente regulador identificasse vários meios racionais e proporcionais para a realização do fim público que, a partir de uma avaliação de

---

<sup>81</sup> GRAU, Eros Roberto. **Poder Discricionário**. Revista de Direito Público, nº 93, Jan./Mar. 1990. p. 42.

<sup>82</sup> PESSOA, Robertônio Santos. **Administração e Regulação**. Forense: Rio de Janeiro, 2003. p. 178.

conveniência e oportunidade, pudesse optar por aquela que considerasse, segundo critérios técnicos, como a mais adequada ao caso, para se ter aí a concretização da discricionariedade técnica. Logicamente, essa decisão deveria se dar à luz de uma atividade de ponderação de interesses, cujos limites viriam expressamente determinados pelas políticas públicas definidas para o setor regulado.

Assim, o controle jurisdicional jamais poderá substituir a valoração técnica da agência reguladora pela sua, devendo-se sempre essa apreciação judicial ficar restrita aos aspectos de legalidade do ato. Aliás, não há nada que permita concluir que a valoração do juiz é melhor que a do regulador, que é quem efetivamente conhece a realidade sobre a qual exerce a sua competência regulatória.

A preocupação para se fixar parâmetros e limites ao controle judicial é que, em matéria regulatória, o que se tem é uma atividade técnica, realizada à luz de todo um processo de ponderação, sendo resultado de outro processo de conciliação de diferentes manifestações de interesses, ao qual se chega após uma deliberação coletiva entre técnicos que tenham notório saber no setor regulado.<sup>83</sup>

Portanto, uma vez submetida essa atividade técnica ao Poder Judiciário, poderá o juiz nomear um perito de sua confiança que, no exercício de suas atribuições, entenda que a técnica escolhida pela agência reguladora é inadequada. Neste caso, uma autoridade singular, de quem não se exige notório saber, e que tampouco passa por um processo rigoroso de legitimação, como se exige dos dirigentes das agências reguladoras, irá substituir uma valoração colegiada pela sua apenas por ser da confiança do juiz, o que não faz nenhum sentido.

Deve ficar claro aqui se estar diante de diferentes atividades estatais inconfundíveis: a atividade jurisdicional de controle e a atividade administrativa de

---

<sup>83</sup> Marcos Juruena Villela Souto, em palestra proferida no workshop **Regulação, Concorrência e Transporte**, realizada em outubro de 2005 na cidade do Rio de Janeiro. (informação verbal).

ponderação de interesses para intervenção em um determinado segmento econômico.

E essa tem sido a linha fixada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme o voto do Excelentíssimo Senhor Ministro João Otávio de Noronha:

1. A regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei n. 9.472/97 e demais disposições correlatas, visa favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia, em prol do conjunto da população brasileira. Para o atingimento desse objetivo, é imprescindível que se privilegie a ação das agências reguladoras, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo.
2. A delimitação da chamada “área local” para fins de configuração de serviço local de telefonia e cobrança da tarifa respectiva, leva em conta critérios de natureza predominantemente técnica, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do município[...].
3. Ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração das “áreas locais” estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir. [...] <sup>84</sup>

Portanto, há o reconhecimento jurisprudencial de que há determinadas ponderações de natureza técnica onde o Poder Judiciário não deve interferir no juízo de valor da atividade reguladora.

Por fim, deve ser feita aqui menção a uma doutrina bastante recente que admite o exame de mérito dos atos administrativos pelo Poder Judiciário apenas quando restar verificada violação a princípios constitucionais, sobretudo os da razoabilidade, moralidade e eficiência. <sup>85</sup> Em última análise, segundo os defensores

---

<sup>84</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 572070. Recurso Especial nº 2003/0128035-1. Recorrente: Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Recorrido: Município de Terra Rica. Relator: João Otávio de Noronha. Brasília, 19 de maio de 2005. Disponível em: [https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400549710&dt\\_publicacao=15/08/2005](https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400549710&dt_publicacao=15/08/2005). Acesso em 13 de julho de 2006.

<sup>85</sup> BARROSO, Luís Roberto. **6º Seminário Nacional de Direito Administrativo**. Nova Dimensão Jurídica. Boletim de Direito Administrativo nº 11. São Paulo, nov. 2000. p. 811. (Material didático do seminário).

desta corrente, essa atuação judicial recairia no exame de legalidade do ato, não importando assim em violação ao princípio constitucional da separação dos poderes.

Se por um lado não foi admitida às agências, a par de toda a sua autonomia e independência, a competência para editar atos normativos que ultrapassem os limites da lei, o que os torna sujeitos à anulação, tampouco deve ser admitida a essas mesmas agências a prática de uma falta ainda mais gravosa, que é a inobservância de preceitos constitucionais. Logo, até por coerência, deve ser admitida aqui uma exceção à regra de que os atos administrativos não podem ser controlados pelo Poder Judiciário.

Ademais, a discricionariedade do administrador, conforme se sabe, deve se restringir àquilo que o ordenamento jurídico admite, não procedendo a sua invocação para a prática de atos que violem princípios que integram e coordenam todo o sistema jurídico.

### 3.4.3 Do controle financeiro-orçamentário

O controle financeiro-orçamentário é aquele exercido pelo Tribunal de Contas, órgão autônomo auxiliar do Poder Legislativo na função de controle da Administração Pública direta e indireta, o que, por certo, inclui as agências reguladoras.

E esse controle a ser realizado pelo Tribunal de Contas se dará na forma dos artigos 70 e 71, *caput* e inciso II, ambos da Constituição Federal, o que significa dizer que os seus atos de controle deverão se ater apenas a questões relacionadas



à gestão de recursos, não podendo, portanto, jamais adentrar no mérito das decisões de regulação, pois, do contrário, quem estará regulando será o próprio Tribunal de Contas, e não o ente regulador, que é quem foi constitucionalmente revestido desta função.

Com o devido respeito às opiniões divergentes<sup>86</sup>, o professor Luís Roberto Barroso, em consonância com o parágrafo anterior, assim se manifestou em parecer:

Nada, rigorosamente nada, no texto constitucional o autoriza a investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia, menos ainda de uma autarquia com as características especiais de uma agência reguladora. Não pode o Tribunal de Contas procurar substituir-se ao administrador competente no espaço a ele reservado pela Constituição e pelas leis. O abuso é patente. Aliás, nem mesmo o Poder Legislativo, órgão coadjuvado pelo Tribunal de Contas no desempenho do controle externo, poderia praticar atos dessa natureza [...].<sup>87</sup>

Ainda sobre o Tribunal de Contas, embora a regra seja a de que ele aja ex-officio, o artigo 74 parágrafo 2º da Constituição Federal prevê a possibilidade de que ele seja provocado por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, quando estes entenderem ter havido qualquer ilegalidade ou irregularidade na gestão financeira das agências.

#### 3.4.4 Do controle social

---

<sup>86</sup> Mauro Roberto Gomes Matos e Alexandre Santos de Aragão entendem que o Tribunal de Contas pode interferir nos atos de regulação. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Forense: Rio de Janeiro, 2002. pp. 340 e 341.

<sup>87</sup> Parecer nº 05/98 – LRB, do Gabinete do Exmo. Sr. Procurador-Geral do Estado, exarado em 10/12/1998, no Processo Administrativo nº E-14/35.468/98 *apud* SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização – Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação**. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2001. p. 463.

O controle social, em tese exercitável sobre todas as atividades estatais, vem geralmente previsto na própria lei instituidora de algumas agências, muito embora não seja necessária tal previsão, tendo em vista que ela já é assegurada pela Constituição Federal. O que a lei setorial deve prever é a forma como se dará tanto o acesso dos interessados, como o processo participativo pelo qual ele desenvolverá a sua atuação.<sup>88</sup>

Este controle, conforme se verá, pode tanto ser prévio, quando exercido no ato de formulação das normas reguladoras, quanto posterior, relativo à fiscalização do cumprimento dessas mesmas normas. E os mecanismos pelos quais se dará esse controle social da atividade administrativa das agências são as audiências públicas, as consultas públicas, os conselhos consultivos e as Ouvidorias.

As audiências públicas são um processo administrativo de participação cujas sessões são abertas a qualquer do povo que tenha interesse em expor suas idéias e sugestões, onde também serão igualmente discutidos processos administrativos decisórios e projetos de lei propostos pela respectiva agência, com a finalidade de conferir maior transparência pública à sua atuação.<sup>89</sup>

Já as consultas públicas consistem no questionamento à opinião pública sobre o conteúdo das normas reguladoras antes de elas serem editadas pelas agências. As opiniões emitidas pela sociedade deverão ser consideradas antes da edição do comando normativo, e tanto a sua rejeição, como a sua adoção, devem ser motivadas e postas à disposição dos interessados, a fim de revestir de legitimidade e transparência os seus atos.

---

<sup>88</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Renovar: Rio de Janeiro, 2003. pp. 202 e 203.

<sup>89</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 2005. 240: I-IV; 1-463. p. 160.

Diferentemente das audiências e das consultas públicas, os conselhos consultivos são órgãos de participação social institucionalizada, onde os representantes de todos os agentes envolvidos nas atividades de regulação possuem assento, e cujas atividades se resumem a emitir opiniões e proposituras a respeito da atuação das agências, além de fiscalizar os seus atos.

Em relação às Ouvidorias, a estas cabem receber e analisar as reclamações e sugestões formuladas pelos agentes sob regulação, além de elaborar soluções para atender às propostas que lhe são dirigidas, servindo como intermediários entre a agência e a sociedade.

O controle social, portanto, se justifica pela sociedade, como um todo, ser um dos agentes envolvidos na atividade de regulação, na condição de usuário de um serviço ou de consumidor de um bem. Sendo assim, seus interesses também devem ser considerados na atividade de ponderação executada pelas agências, o que, por sua vez, também a legitima como controladora das atividades de regulação como legítima interessada.

Por fim cabe ainda a possibilidade da própria agência reguladora exercer atos de controle contra ela mesma, conforme se extrai da Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, quando entender que um determinado ato seu não atende aos aspectos da legalidade ou da conveniência, o que pode resultar na anulação ou na revogação do ato, respectivamente.<sup>90</sup>

Portanto, vistos todos os instrumentos de controle, pode-se afirmar que nenhum deles ultrapassa os limites constitucionais e nem viola a separação dos poderes. A independência de que gozam as agências reguladoras serve tão somente de tutela contra pressões políticas, o que se justifica em razão da natureza

---

<sup>90</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo em Debate**. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2004. p. 214.

do serviço de ponderação de interesses que desempenham, não podendo ser ela usada como desculpa para afastar o controle sobre os seus atos, o que, por sua vez, abriria um perigoso precedente para o exercício arbitrário de suas funções.

Portanto, conclusivamente, chega-se a um formato resumido das agências reguladoras como sendo uma estrutura administrativa dotada de autonomia administrativa, gerencial, patrimonial e financeira, onde o exercício dos diversos mecanismos de controle sobre os seus atos não inviabilizam o seu funcionamento independente, mas apenas lhe confere credibilidade.

#### **4. O PROJETO DE PROJETO DE LEI Nº 3.337/2004**

Por solicitação do atual Presidente da República Luís Inácio da Silva, em março de 2003 foi reunido um Grupo de Trabalho Interministerial, coordenado pela Casa Civil da Presidência da República e integrado por representantes de todos os Ministérios que possuem agências reguladoras vinculadas às suas Pastas, além de representantes do Ministério da Fazenda, da Defesa, do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Justiça e da Advocacia-Geral da União, com o propósito de analisar o marco institucional regulatório no âmbito federal, além de avaliar o papel das agências reguladoras e propor medidas corretivas do modelo adotado.

A partir do documento elaborado por este Grupo de Trabalho, onde inclusive foi reconhecida a importância das agências reguladoras para o sucesso dos investimentos privados, bem como a necessidade de aperfeiçoamento de alguns de seus mecanismos de funcionamento, sobretudo em relação ao controle social e à delimitação de poderes, foram redigidos dois anteprojetos de lei, onde o primeiro dispunha sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras, ao passo que o segundo imprimia alterações de determinados dispositivos das leis setoriais de infra-estrutura.

Ambos os anteprojetos foram submetidos à consulta pública em setembro do mesmo ano, quando foram recebidas pela Casa Civil da Presidência da República centenas de contribuições sobre as mais diversas questões de mérito.

Em momento subsequente, analisadas as proposições feitas em busca do aperfeiçoamento dos anteprojetos, foram ambos reunidos em um único texto que, uma vez encaminhado pelo Governo à Câmara dos Deputados, em abril de 2004,

deu origem ao Projeto de Lei nº 3.337/04, que dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras, além de acrescentar e alterar dispositivos de diversas leis setoriais.

Já na Câmara dos Deputados, onde ganhou a relatoria do deputado federal Leonardo Picciani, do PMDB do Rio de Janeiro, o Projeto de Lei sofreu diversas emendas parlamentares em seu texto original, encontrando-se atualmente parado em uma comissão especializada da própria Câmara dos Deputados aguardando votação, mesmo já tendo sido representado, ainda em julho de 2004, requerimento de urgência para sua votação.

E tal pedido de urgência se justifica plenamente devido à relevância da matéria, pois, uma vez aprovada, ela se transformará na primeira lei geral das agências reguladoras no Brasil, tendo-se por lei geral como sendo uma única lei que se dirige a um todo, desde que pertencente a uma mesma entidade federativa, o que significa dizer que ela estabelecerá determinadas diretrizes que deverão ser seguidas pelo conjunto das agências reguladoras federais.

Assim, a adoção de padrões comuns de comportamento pelas agências, naquilo que for possível, traria maiores garantias para os investidores aplicarem o seu capital, na medida em que as regras do jogo ficariam mais claras, o que por sua vez criaria um ambiente propício para o crescimento sustentado da economia. Desse modo, o Projeto de Lei deve ser avaliado quanto à sua capacidade de estimular os investimentos, a competitividade e o aprimoramento do seu sistema de funcionamento.

Mas ele não estaria completo se, por outro lado, também não garantisse aos agentes econômicos, usuários e consumidores uma maior participação nos processos decisórios das agências reguladoras, que, apesar de já estar garantida

em boa parte de suas leis setoriais, dar-lhes-ia maior institucionalidade e garantias, além de permitir uma maior transparência administrativa.

Pois foi exatamente no controle social que o Projeto de Lei apresentou os maiores progressos na matéria, ao prever a obrigatoriedade de realização de consultas públicas antes das decisões finais dos Conselhos Diretores, a apresentação de relatórios anuais ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados e ao Ministério a que estiverem vinculadas, além da criação de Ouvidorias em todas as agências reguladoras.

Sobre as Ouvidorias, o anteprojeto, ao atribuí-las a competência para “solucionar” os conflitos que envolvessem os consumidores com os demais agentes (desde as empresas concessionárias até as próprias agências), desvirtuou a sua própria natureza de simples intermediadora das relações entre a sociedade e a agência. Ademais, ao admitir essa competência, a independência decisória das agências reguladoras se encontraria seriamente ameaçada, uma vez que o ouvidor funcionaria aqui como última instância decisional no interior das próprias agências reguladoras (ao menos nos casos em que os consumidores ou usuários estivessem envolvidos).

Contudo, a redação dada pelo Projeto de Lei nº 3.337/2004 desfez esta verdadeira aberratio iuris, ao imputar às Ouvidorias a competência para acompanhar os processos internos de apuração das denúncias e reclamações dos usuários ou consumidores, o que certamente está mais adequado com a natureza do instituto.

Por outro lado, a exemplo do que ocorre com os dirigentes das agências reguladoras, a alteração na redação do anteprojeto em questão não foi capaz de suprimir a possibilidade expressa da recondução única ao cargo de ouvidor, o que,

conforme já analisado anteriormente no âmbito deste trabalho, representa um risco à sua independência de fato, uma vez que as tornam sensíveis à captura política.

E assim se passa ao longo de todo o Projeto de Lei, onde são facilmente detectadas algumas imperfeições em seu texto, mas que, por não afetarem de forma pontual a questão da independência das agências reguladoras, tema central deste trabalho, não serão aqui objeto de maiores divagações. Assim, poderiam ser citados como exemplos: (i) a restrição numerus clausus das agências reguladoras destinatárias da Lei Geral, que se resumiu àquelas já existentes, esquecendo-se de outras que ainda possam vir a ser criadas, o que abre uma brecha para que as futuras leis instituidoras dessas novas agências possam dispor, em determinados aspectos, de maneira diversa dela; e (ii) a previsão de atuação das agências como auxiliares do CADE na defesa da livre concorrência, o que se mostra claramente inadequado, visto que esta se desenvolve em meio à livre iniciativa, o que não existe em um mercado regulado; dentre outras.

Contudo, devida à polêmica gerada, abrir-se-á uma exceção à questão da retomada do poder concedente pelos Ministérios.

A partir das “Disposições Finais e Transitórias”, o Projeto de Lei atribui aos Ministérios setoriais a titularidade da realização das licitações, bem como a atribuição das concessões e das permissões das atividades sob a sua supervisão, por entender, nos termos da própria Constituição Federal, que o Estado é o titular do direito de explorar, direta ou indiretamente, os serviços públicos. Assim, ainda dentro da idéia de separação do poder de elaboração das políticas públicas do poder regulador, que norteia toda a Exposição de Motivos, considerou-se como sendo uma mera liberalidade do legislador a atribuição dada às agências, pelas suas



respectivas leis específicas, do poder de celebrar os contratos de concessão e de permissão.

Contudo, por reconhecer a experiência já acumulada pelas agências reguladoras na matéria, bem como a falta de quadros específicos capazes de realizar estas mesmas tarefas no âmbito interno dos Ministérios, o Projeto de Lei Geral, imbuído de grande senso prático, atribuiu a esses mesmos Ministérios a possibilidade de outorgarem as referidas competências às agências respectivas, desde que observados os trâmites legais específicos.

Mas a simples possibilidade aludida cria um quadro de incerteza regulatória, ao confundir política de Estado, caracterizada pela supervisão do cumprimento da vontade da lei, com política de Governo, também conhecida como política pública. Em outros termos, confunde-se a discricionariedade técnico-administrativa com a discricionariedade política, o que dá margem a futuras interferências político-eleitoreiras no setor econômico regulado, ao invés de uma atuação que deveria ser técnica, aumentando os riscos do investimento, o que por sua vez o inibe.

Isso sem falar nos conflitos de interesses que surgirão em determinados segmentos, como nos casos do petróleo e de eletricidade, onde o Estado é o acionista majoritário das principais empresas atuantes nestes setores, ao mesmo tempo em que passa a ser o poder concedente.

Já no campo dos tópicos que se relacionam intimamente com a autonomia reforçada das agências reguladoras, poderia ser aqui criticada a omissão do Projeto quanto à admissibilidade ou não do recurso hierárquico impróprio das suas decisões finais, bem como o silêncio relativo aos meios pelos quais as agências obterão os seus recursos financeiros.

Quanto ao recurso hierárquico impróprio, viu-se que a sua admissibilidade em nada fere a questão da independência das agências reguladoras, desde que ele se restrinja à declaração de nulidade de um ato ilegal. Contudo, como o tema não é pacífico, seria de bom tom que ele viesse expressamente disciplinado, para que não haja dúvida quanto à sua admissibilidade ou não, e, se admitido, em que circunstâncias ele se daria.

Já em relação à fonte de recursos, esta repercute de forma determinante na independência das agências reguladoras que, na dependência das dotações orçamentárias do Governo para cobrirem os seus gastos, ficarão claramente capturados pelo Poder Público, tendo em vista que elas poderiam ser facilmente penalizadas no repasse de verbas públicas, caso suas decisões contrariem determinados interesses políticos. Daí ser recomendável que nesta Lei Geral seja especificada uma fonte de custeio para o desempenho de suas atividades, seja através da “taxa de fiscalização”, seja através de outro meio qualquer, desde que não atentatório à independência financeira necessária.

Já na forma expressa, o Projeto de Lei apresenta fundamentalmente um dispositivo que notoriamente fere a independência das agências reguladoras e, exatamente por isso, deveria ser suprimido, ou ao menos alterado em seu conteúdo, sob pena de se pôr em risco parte do modelo de agência reguladora independente criado até aqui. Trata-se da obrigatoriedade, pelas agências, da celebração de contrato de gestão com o Ministério ao qual estão vinculados.

Conforme já foi visto aqui, quando se tratou do controle político pelo Poder Executivo, a idéia de celebração de um contrato de gestão entre a agência reguladora e a Administração Pública Central, não necessariamente viola a sua independência. Contudo, a sua imposição pelo Projeto de Lei não só naturalmente

atenta contra qualquer autonomia, como também macula o próprio conceito de contrato como um ato de manifestação de vontades.

A justificativa apresentada pelo então Ministro Chefe da Casa Civil José Dirceu na Exposição de Motivos nº 12 foi a de reparar uma distorção existente em uma suposta absorção da formulação das políticas públicas pelas agências reguladoras.<sup>91</sup> Assim, um dos mecanismos de aperfeiçoamento das relações entre as agências e o Poder Público seria a celebração do contrato de gestão, ao adequar a formulação da política setorial pelo Governo às atividades de regulação, confundindo assim mais uma vez a discricionariedade técnica dos reguladores com a plataforma política do Governo.

Tamanha incoerência foi denunciada de forma brilhante pelo economista César Mattos, que assim se manifestou:

A Exposição de Motivos (EM) do PL 3.337/2004 afirma que, quando houve absorção de formulação de políticas pelas agências, isso se deveu à *“falta de estruturados ministérios setoriais responsáveis pela formulação de políticas, no exercício de suas competências legais”*. Ou seja, a EM reconhece que o problema, quando houve, não derivou da falta de competência legal dos ministérios para fazer política setorial, mas sim de sua falta de estrutura. No entanto, a EM justifica, com base nesse argumento, que o propósito do PL nº 3.337/2004 é *“estabelecer a fronteira entre formulação de política setorial e regulação econômica”*. Em síntese, a partir de um diagnóstico de que o problema não residia na área legal, chegou-se, curiosamente, à conclusão da necessidade de se mudar a lei!<sup>92</sup>

Ademais, este dispositivo do Projeto de Lei Geral das Agências Reguladoras contraria o próprio artigo 37, § 8º, da Constituição Federal, que institui o contrato de gestão no ordenamento jurídico brasileiro, ao dispor que a autonomia gerencial “poderá ser ampliada mediante contrato”. Logo, é fácil concluir como sendo as suas

---

<sup>91</sup> Exposição de Motivos nº 12 do projeto de lei nº 3.337, de 12 de abril de 2004. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/EXPMOTIV/CCIVIL/2004/12.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/CCIVIL/2004/12.htm). Acesso em: 9 de julho de 2006.

<sup>92</sup> MATTOS, César Costa Alves de. **Apresentação e Análise dos Pontos Positivos e Negativos do Projeto de Lei 3337/04, que Normatiza a Ação das Agências Reguladoras**. Consultoria Legislativa. Câmara dos Deputados. Estudo, Set. 2004.

principais características a consensualidade e a finalidade ampliativa da autonomia. Desse modo, pode ser que a agência reguladora simplesmente não queira ampliar a sua autonomia, talvez por não querer ficar presa a um contrato, de forma que o Projeto de Lei deve ser alterado no sentido de substituir a obrigatoriedade de sua celebração, consubstanciada no verbo “deverá”, pela sua faculdade, representada pelo verbo “poderá”.

Por fim, não resta dúvida de que o Projeto de Lei nº 3.337/2004 representa uma evolução no processo de amadurecimento do modelo de agências reguladoras no Brasil. Contudo, se determinadas passagens suas não forem devidamente aperfeiçoadas, boa parte dos progressos já alcançados ficarão seriamente comprometidos. E esta ressalva não se atém somente à questão da independência, mas também se estende às margens dadas às intervenções de natureza política, responsáveis por desvirtuar a própria natureza do instituto, baseada em uma atuação segundo critérios técnicos.

## 5. CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho, foram analisadas minuciosamente as circunstâncias históricas que proporcionaram o surgimento deste novo paradigma de regulação da economia no Direito brasileiro, que são as agências reguladoras.

Procurando sempre se ater ao aspecto técnico-jurídico da matéria, em detrimento do político-ideológico tão comum, buscou-se demonstrar a importância que essas estruturas administrativas regulatórias detêm na sociedade brasileira contemporânea, uma vez que, devido às suas características peculiares, têm servido como atração aos investimentos privados, que se tornaram estratégicos nos últimos anos para o crescimento sustentado da economia.

Assim, de nada adiantará o esforço fiscal realizado nos últimos anos se o conjunto de reformas microeconômicas não for concluído. E é justamente neste ponto que se inclui a importância da adoção de uma Lei Geral das Agências Reguladoras que possibilite a implementação de regras claras, que por sua vez estimulam os investimentos privados, sobretudo em infra-estrutura.

Mas o que se percebeu foi que o projeto de lei em questão permite uma intervenção indevida do Estado em assuntos técnico-econômicos, o que gera um aumento do risco regulatório e a retração dos investimentos.

A independência das agências reguladoras, que serve de instrumento de defesa contra intervenções dessa natureza, encontra-se assim seriamente ameaçada, caso não sejam feitas as alterações necessárias sugeridas no âmbito deste trabalho.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Forense: Rio de Janeiro, 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Legalidade e Regulamentos Administrativos no Direito Contemporâneo (uma análise doutrinária e jurisprudencial)**. Revista Forense. Rio de Janeiro, 2003.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Notas de Sugestões Objetivas Acerca do Anteprojeto de Lei sobre a Gestão, a Organização e o Controle Social das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, outubro de 2003. Disponível em: <http://www.abar.org.br/notasanteprojeto.doc>. Acesso em 13 de julho de 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **6º Seminário Nacional de Direito Administrativo**. Nova Dimensão Jurídica. Boletim de Direito Administrativo nº 11. São Paulo, nov. 2000. (Material didático do seminário).

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo II. Renovar. Rio de Janeiro, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. **Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 2005. 240: I-IV; 1-463.

Brasil. Câmara dos Deputados. Disponível em: [http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes/chamadaExterna.html?link=http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Lista.asp?ass1=sudam&co1=&Ass2=&co2=Ass3=](http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes/chamadaExterna.html?link=http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Lista.asp?ass1=sudam&co1=&Ass2=&co2=Ass3=). Acesso em: 7 de agosto de 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 572070. Recurso Especial nº 2003/0128035-1. Recorrente: Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Recorrido: Município de Terra Rica. Relator: João Otávio de Noronha. Brasília, 19 de maio de 2005. Disponível em: [https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400549710&dt\\_publicacao=15/08/2005](https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400549710&dt_publicacao=15/08/2005). Acesso em: 13 de julho de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 25. A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo dirigente de autarquia. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 13 de julho de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 13 de julho de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.948-1. Requerente: Confederação Nacional do Transporte. Requerido: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 4 de setembro de 2002. Disponível em: [http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/FrameDown.asp?classe=ADI&Cod\\_Classe=504&Ementa=2097&Processo=1948&tipo\\_colecao=EMENTARIO](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/FrameDown.asp?classe=ADI&Cod_Classe=504&Ementa=2097&Processo=1948&tipo_colecao=EMENTARIO). Acesso em: 13 de julho de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.949-0. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerida: Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul. Requerido: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, 18 de novembro de 1999. Disponível em: [http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/FrameDown.asp?classe=ADIMC&Cod\\_Classe=555&Ementa=215&Processo=1949&tipo\\_colecao=EMENTARIO](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/FrameDown.asp?classe=ADIMC&Cod_Classe=555&Ementa=215&Processo=1949&tipo_colecao=EMENTARIO). Acesso em: 13 de julho de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668-5. Requerente: Partido Comunista do Brasil – PC do B, Partido dos Trabalhadores – PT, Partido Democrático Trabalhista – PDT e Partido Socialista Brasileiro - PSB. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 20 de agosto de 1998. Disponível em: [http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/FrameDown.asp?classe=ADI-MC&Cod\\_Classe=555&Ementa=2147&Processo=1668&tipo\\_colecao=EMENTARIO](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/FrameDown.asp?classe=ADI-MC&Cod_Classe=555&Ementa=2147&Processo=1668&tipo_colecao=EMENTARIO). Acesso em: 13 de julho de 2006.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). Agravo de Instrumento nº 129949. Apelante:?. Apelada: ?. Relator: Mairan Maia. São Paulo, 24 de abril de 2002. Disponível em: [http://www.trf3.gov.br/juris/pesquisa/pesq-ledoc.php3?primeira\\_vez=sim&&](http://www.trf3.gov.br/juris/pesquisa/pesq-ledoc.php3?primeira_vez=sim&&). Acesso em: 13 de julho de 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 14494/2003. Processo nº 2003.001.14494. Apelante: Márcia Alves dos Santos. Apelada: Telemar Norte Leste S/A. Relator: Maurício Caldas Lopes. Rio de Janeiro, 8 de julho de 2003. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em 13 de julho de 2003.

CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro**. Renovar. Rio de Janeiro, 2003.

CARDOSO, Fernando Henrique. **A Arte da Política: a História que Vivi**. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

Contribuições à Consulta Pública Promovida pela Casa Civil da Presidência da República aos Anteprojetos de Lei que Alteram a Estrutura e as Atribuições das Agências Reguladoras Federais. Associação Brasileira de Agências Reguladoras -

ABAR. Outubro/2003. Disponível em: <http://www.abar.org.br/anteprojetoag.doc>. Acesso em: 13 de julho de 2006.

COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. **Direito Administrativo da Autarquia**. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1966.

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

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **Problemas de Direito Positivo: Estudos e Pareceres**. Revista Forense. Rio de Janeiro, 1953.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**. Fórum: Belo Horizonte, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. Atlas: São Paulo, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. . **6º Seminário Nacional de Direito Administrativo** Nova Dimensão Jurídica. Boletim de Direito Administrativo nº 11. São Paulo, nov. 2000. (Material didático do seminário).

Exposição de Motivos nº 12. do projeto de lei nº 3.337, de 12 de abril de 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/EXPMOTIV/CCIVIL/2004/12.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/CCIVIL/2004/12.htm). Acesso em: 9 de julho de 2006.

FONSECA, Tito Prates da. **Autarquias Administrativas**. Livraria Acadêmica: São Paulo, 1935.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Autarquias Administrativas**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1939.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. Saraiva: São Paulo, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **Poder Discricionário**. Revista de Direito Público, nº 93, Jan./Mar. 1990.

GUERRA, Sérgio. **Introdução ao Direito das Agências Reguladoras**. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 2004.

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



LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Mercado de Capitais & “Insider Trading”**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1982.

MATTOS, César Costa Alves de. **Apresentação e Análise dos Pontos Positivos e Negativos do Projeto de Lei 3.337/2004, que normatiza a Ação das Agências Reguladoras**. Consultoria Legislativa. Estudo Set. 2004. Disponível em: [http://www2.camara.gov.br/publicacoes/estnottec/tema10/pdf/2004\\_10905.pdf](http://www2.camara.gov.br/publicacoes/estnottec/tema10/pdf/2004_10905.pdf). Acesso em 13 de julho de 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Malheiros: São Paulo, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Malheiros: São Paulo, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1968.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Forense: Rio de Janeiro, 1969.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Renovar: Rio de Janeiro, 2003.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação Profissional e Administração Pública**. Livraria Almedina: Coimbra, 1997.

O IPEA e os Anteprojetos do Executivo sobre Agências Reguladoras. Mensagem recebida por: [bruno.werneck@tklaw.com](mailto:bruno.werneck@tklaw.com) em 3 de outubro de 2005.

OLIVEIRA, Gesner, WERNECK, Bruno, MACHADO, Eduardo Luiz. **Avaliação do Projeto de Lei Geral das Agências Reguladoras**. 12 jul. 2004. (não publicado)

PEDROSA, Henrique Emanuel Gomes. **Privatizações sob Ótica do Direito Privado: Desigualdade Contratual e Fiscalização**. Renovar: Rio de Janeiro, 2000.

PESSOA, Robertônio Santos. **Administração e Regulação**. Forense: Rio de Janeiro, 2003.

PINHEIRO, Armando Castelar. **A Privatização tem Jeito**. Texto para Discussão nº 338. IPEA: Mai. 1994.

Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, Brasília, 1995. Disponível em: [http://www.presidencia.gov.br/publi\\_04/COLECAO/PLANDI6.HTM](http://www.presidencia.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI6.HTM). Acesso em: 10 jul. 2006.

Procedimento administrativo nº E04/887.145/98 da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro.

SALGADO, Lucia Helena, MOTTA, Ronaldo Seroa da (Editores). **Marcos Regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que ainda falta fazer**. Ipea: Rio de Janeiro, 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **A Extensão do Poder Normativo das Agências Reguladoras. Anais do Seminário as Agências Reguladoras**. Hotel Praia do Forte EcoResort - Bahia. (Material didático do seminário).

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização – Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação**. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2001.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. **Direito Administrativo em Debate**. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2004.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **O Programa Brasileiro de Privatização de Empresas Estatais**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, nº 110, Abr./Jun. 1991.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. Malheiros Editores: São Paulo, 2002.

TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público: (estudos e pareceres)**. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.

TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. Saraiva: São Paulo, 1975.