

**A AUTONOMIA ORGÂNICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E A
IMPOSSIBILIDADE DE LIVRE DEMISSÃO DE SEUS DIRIGENTES PELO CHEFE
DO PODER EXECUTIVO**

MARCOS HENRIQUE DALLEDONNE

**A AUTONOMIA ORGÂNICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E A
IMPOSSIBILIDADE DE LIVRE DEMISSÃO DE SEUS DIRIGENTES PELO CHEFE
DO PODER EXECUTIVO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

**Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann
Moreira**

**CURITIBA
2007**

SUMÁRIO

SUMÁRIO.....	3
RESUMO	4
INTRODUÇÃO.....	5
CAPÍTULO I – ORIGEM, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	6
1. Origem do instituto: Estados Unidos da América.....	6
2. O Surgimento do Instituto no Brasil	8
3. As Formas de Atuação do Estado no Domínio Econômico	12
4. As Agências Reguladoras Brasileiras	14
5. As Entidades Similares.....	24
CAPÍTULO II – A AUTONOMIA ORGÂNICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS EM FACE DO PODER EXECUTIVO	30
1. Breves considerações sobre a inserção das agências reguladoras no Poder Executivo	30
2. O controle das agências reguladoras	31
3. Auto-tutela e tutela administrativa	32
4. Supervisão ministerial	34
5. Recurso hierárquico impróprio	36
CAPÍTULO III – A DIREÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E A IMPOSSIBILIDADE DE LIVRE DEMISSÃO DOS DIRIGENTES DAS AGÊNCIAS.....	42
1. A disciplina legal da estrutura organizacional das agências.....	42
2. A direção das agências	43
CAPÍTULO IV – CONCLUSÃO	71
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	75
ÍNDICE	78

RESUMO

O presente estudo destinou-se a analisar a autonomia orgânica das agências reguladoras em face do Poder Executivo. O tema foi escolhido em razão da importância do debate e da reflexão sobre as implicações da adoção de um instituto alienígena em nosso ordenamento jurídico, mais precisamente quanto à autonomia reforçada conferida às agências, caracterizada, dentre outros aspectos, pela estabilidade de seus dirigentes. A análise do instituto das agências reguladoras far-se-á em três etapas: a primeira delas estudará a origem, o conceito e as características do instituto; a segunda tratará da independência orgânica das agências reguladoras em face do Poder Executivo; e a terceira, por fim, fará uma análise do instituto, sob a ótica constitucional, em relação à vedação à dispensa¹ “ad nutum” dos dirigentes das agências. O objetivo do trabalho é, em breves palavras, enfatizar a importância da autonomia reforçada conferida às agências por sua configuração estrutural, em virtude da necessidade de uma atuação livre das ingerências políticas comuns aos órgãos e entidades estatais. Ressalva-se, entretanto, a importância da nomeação de seus dirigentes, bem como, o fato de se tratar de entidades integrantes da Administração Pública indireta, não podendo ser consideradas poderes independentes, sob pena de se violar a Constituição.

¹ Em que pese haver diferenças entre exoneração e demissão, sobretudo pelo caráter punitivo da última, ausente na primeira, os termos serão utilizados indistintamente no presente trabalho para significar a dispensa do sujeito de seu cargo, tendo em vista que é vedada tanto a exoneração quanto a demissão imotivada de diretor de agência reguladora, conforme demonstrar-se-á neste estudo.

INTRODUÇÃO

A instituição das agências reguladoras no Brasil tem gerado uma série de controvérsias e reflexões por parte dos juristas brasileiros.

Estuda-se a compatibilidade do modelo das agências com o ordenamento jurídico brasileiro, à luz da Constituição Federal.

Dentre os diversos temas analisados pela doutrina, pode-se apontar a questão da autonomia orgânica dos entes reguladores em face do Poder Executivo; a questão da autonomia funcional das agências, relativa ao seu poder normativo; a questão da revisão judicial das decisões das agências reguladoras, sobre a existência ou não de uma margem de discricionariedade técnica intocável; a questão sobre o déficit democrático das autoridades reguladoras, diante da forma de investidura dos diretores das entidades através de nomeação; entre muitas outras questões suscitadas por ilustres doutrinadores.

O presente trabalho objetivou analisar mais detidamente a questão da autonomia orgânica das agências reguladoras em face do Poder Executivo, buscando na doutrina e na jurisprudência pátria uma resposta para a polêmica sobre a constitucionalidade da vedação à livre demissão dos dirigentes das agências pelo chefe do Poder Executivo.

CAPÍTULO I – ORIGEM, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

1. Origem do instituto: Estados Unidos da América

As agências reguladoras surgiram nos Estados Unidos da América, no final do século XIX, quando o liberalismo econômico começou a dar sinais de fraqueza. O país, até então fiel seguidor da doutrina econômica de Adam Smith e Stuart Mill, notou que a “mão invisível” do mercado tinha se mostrado insuficiente para combater as desigualdades geradas pelo liberalismo. As agências surgiram para controlar condutas anticompetitivas de empresas e corporações monopolistas, ou seja, como forma de proteção da concorrência.

Sua criação decorre igualmente do sistema constitucional norte-americano, que adota a separação entre os poderes Executivo e Legislativo, a fim de se evitar uma concentração exacerbada de atribuições nas mãos do Presidente.²

Assim, a criação dessas entidades seu deu por duas razões: de um lado, da necessidade de regulação da economia; de outro, de manter-se a economia livre da intervenção política.³

O desenvolvimento da atividade econômica privada foi acompanhado de uma pluralidade de disputas e litígios, gerando uma demanda pela regulação estatal das “public utilities”.⁴

² MOREIRA, Vital e MAÇÃS, Maria Fernanda. **Autoridades reguladoras independentes**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 17.

³ *Ibidem*. p. 17.

⁴ Para se entender o que são “public utilities”, instituto originário do “common law”, é interessante fazer um paralelo com o direito francês. Neste existe a figura da delegação de serviço público aos particulares, pelo que se transfere a exploração de determinada atividade econômica a um particular, em regime de concessão; tal instituto, no entanto, não se aplica ao direito norte-americano, no qual, a priori, todas as atividades econômicas são privadas, prestadas por particulares em regime de livre iniciativa. (Paulo Roberto Ferreira MOTTA. **Agências Reguladoras**. Barueri: Manole. 2003. p. 56.) Existem, porém, determinadas atividades privadas que merecem especial atenção do Estado; são as chamadas “public utilities”. De acordo com Caio TÁCITO, consideram-se “public utilities” determinadas atividades econômicas, essenciais ou necessárias à coletividade, cuja execução é supervisionada pelo Estado, em razão dos privilégios e deveres especiais que envolve. (Presença norte-americana no direito administrativo brasileiro. In: TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v.I, p. 213-214 citado por Paulo Roberto Ferreira MOTTA. **Op. cit.** p. 56.) Ismael MATA aponta as principais características das “public utilities”, a saber: (a) O legislador qualifica as atividades que entram nessa categoria, geralmente atendendo às necessidades de uma caríssima infra-estrutura, que assegure a normal prestação do serviço e a situação de monopólio que assegure sua prestação eficiente; (b) a lei reguladora da atividade estabelece uma autoridade independente para a aplicação da lei; (c) a atividade regulada, em geral, continua sendo prestada por particulares; (d) o desempenho da atividade requer uma habilitação estatal; e (e) o serviço é obrigatório, e as tarifas devem ser justas e razoáveis. (MATA, Ismael, *Los entes reguladores de los servicios públicos. El derecho administrativo argentino, hoy*. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración, 1996, p. 115. (traduzido) p. 118 *apud* Paulo Roberto Ferreira MOTTA. **Op. cit.** p. 56)

A primeira intervenção regulatória estatal ocorreu em 1852, para disciplinar questões de segurança e previdência na atividade de navegação, em decorrência de um grande número de mortes pelo trabalho com caldeiras a vapor.

No entanto, o que demandou efetivamente um aumento do intervencionismo estatal foi a formação de monopólios naturais nos setores de infra-estrutura. Em 1860, o setor de transporte ferroviário tornou-se o setor industrial mais poderoso economicamente nos EUA, propiciando abusos na estipulação dos preços das tarifas e o surgimento de cartéis. Tratando do tema, MARÇAL JUSTEN FILHO afirma que:

(...) as ferrovias tinham passado a desempenhar função essencial na sociedade norte-americana. Mas o crescimento desenfreado das ferrovias e a dependência dos demais setores econômicos em face delas produziu enorme número de problemas, altamente complexos. Surgiram dificuldades relacionadas à cartelização e ao abuso na fixação de preços e nas condições de transporte.⁵

Então, os EUA criaram, em 1887, a ICC – Interstate Commerce Commission, para regulamentar os serviços interestaduais de transporte ferroviário; em 1913 foi criado o Federal Reserve Board (equivalente ao Banco Central brasileiro); em 1914, a FTC – Federal Trade Commission, destinada à defesa da concorrência, evitando a formação de monopólios, cartéis e outras formas de concorrência desleal; e, em 1927, surgiu a Federal Radio Commission.

A partir da década de 30, criaram-se inúmeras autoridades independentes, por conta da implementação da política do New Deal, de Franklin Roosevelt, decorrente do grande abalo econômico provocado pela quebra da bolsa de Nova York, em 1929.

Isso gerou um forte intervencionismo estatal na economia, a ponto de suscitar a discussão sobre a criação de um quarto poder, para que fosse respeitado o sistema de “checks and balances” adotado na Constituição de 1787.

Com a edição do APA – Administrative Procedural Act (Lei de Processo Administrativo), em 1946, houve uma evolução do processo administrativo norte-americano, uniformizando-se os critérios de tomada de decisão das agências e assegurando-se a participação popular na fixação de suas políticas, o que garantiu maior legitimidade às agências.

O fim da Segunda Guerra Mundial deu início a um período de prosperidade e desenvolvimento econômico. As indústrias norte-americanas tiveram um grande desenvolvimento, num contexto de relativa estabilidade econômica.

⁵ **O direito das agências reguladoras independentes.** São Paulo: Dialética, 2002. p. 73.

Contudo, na década de 60, a necessidade de correção de falhas de mercado, junto com uma crescente demanda pela proteção do consumidor, do meio-ambiente e do trabalhador, ensejaram uma nova onda regulatória, marcada pela criação de aproximadamente 30 agências.

Em suma, esse foi o contexto em que se surgiram as agências reguladoras.

2. O Surgimento do Instituto no Brasil

2.1. Origens opostas

O surgimento das agências reguladoras no Brasil se deu por fatores totalmente diversos daqueles que ensejaram sua criação nos Estados Unidos. Ou melhor, a origem das autoridades independentes brasileiras decorreu de contextos diametralmente opostos.⁶

Enquanto nos EUA as agências administrativas se originaram com vistas a corrigir falhas de mercado, sobretudo para destruir e evitar monopólios e cartéis, no Brasil as agências reguladoras surgiram em decorrência de dois fatores principais: primeiro, em razão das privatizações, que ocorreram em larga escala a partir da década de 90; depois, e em decorrência do primeiro fator, para dar segurança aos investidores estrangeiros, pois a desestatização se deu em um ambiente de grande instabilidade política.

Ou seja, se nos EUA a criação dessas entidades se deu pela necessidade de maior intervenção do Estado na economia, no Brasil, foi em decorrência da retirada do Estado na prestação direta de atividades econômicas, passando para a condição de agente regulador.⁷

2.2. Reforma do Estado Brasileiro

O Estado Liberal, calcado no ideal revolucionário francês e na doutrina econômica de Adam Smith, preocupava-se apenas em garantir liberdade e igualdade (formal) aos cidadãos.

⁶ Cf. Alexandre Santos de Aragão. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 227.

⁷ Isso não significa, como pretendem alguns, que o Estado brasileiro seja mínimo. Nesse sentido, afirma Luis Roberto Barroso que “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.” (**Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática**. RDA, Rio de Janeiro, v. 229, p. 290, jul./set. 2002.)

Não demorou muito para o modelo liberal mostrar suas deficiências. Em meados do século XIX, a miséria e a pobreza da classe proletária, de um lado, e a formação de grandes monopólios e a riqueza de poucos, de outro, ensejaram inúmeras reações contra o sistema vigente.

Consoante ensina LEILA CUÉLLAR, utilizando expressão de EROS GRAU, “a mão invisível citada por Smith, a qual regularia o mercado, sem necessidade de interferência estatal, foi substituída pela ‘mão visível’ do Estado, mediante sua participação direta sobre o domínio econômico”.⁸

As relações entre Estado e economia se intensificaram no final do século XIX, consolidando-se no início do século XX, sobretudo em decorrência da I Guerra Mundial, através da intervenção estatal no domínio econômico.

As normas, que antes tinham conteúdo negativo, restringindo a atuação do Estado na ordem econômica, passaram a ter conteúdo positivo, impondo uma atuação efetiva do Estado na economia. Em decorrência disso, diversas Constituições contemplaram um conjunto de normas destinadas a disciplinar a atuação estatal na ordem econômica, denominado pela doutrina como “Constituição Econômica”.

A disciplina constitucional da economia significou o condicionamento das relações econômicas ao Direito, retirando do mercado parte de sua liberdade. Isso se justifica por duas razões: se, por um lado, o Estado deve corrigir as falhas de mercado, por outro, é necessária a intervenção estatal na economia para implementar políticas públicas e promover o bem-estar social.

Nesse sentido, ensina EGON BOCKMANN MOREIRA que “o capitalismo misto previsto na Carta Magna implica a liberdade de mercado, temperada pela repressão a abusos e também pela integração ativa do Estado em áreas em que isso se faça necessário, a bem do interesse público”⁹.

Após a Segunda Guerra Mundial, instaura-se o Estado Social, também chamado Estado do Bem-Estar. Agora, o Estado passa a intervir no domínio econômico e social para assegurar uma real igualdade entre os cidadãos.¹⁰

⁸ Abuso de Posição Dominante no Direito de Concorrência Brasileiro. In: **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 32.

⁹ O Direito Administrativo da Economia e a Atividade Interventiva do Estado Brasileiro. In: **Direito administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 857.

¹⁰ Sobre as formas de atuação do Estado na economia, ver ponto 3 deste capítulo.

Com o Estado Social, porém, o Estado amplia demasiadamente suas atribuições, atuando em todos os setores da vida social. Isso provocou um agigantamento da máquina estatal, resultando em uma estrutura burocrática custosa e ineficiente.

A respeito, confira-se o magistério de LUIS ROBERTO BARROSO:

Curiosa e paradoxalmente, o avanço e agigantamento do Estado Econômico brasileiro deu-se a partir da década de 60, sobretudo após o golpe militar de 1964, e ao longo da década de 70, quando foram criadas, então, mais de 300 empresas estatais: Eletrobrás, Nuclebrás, Siderbrás, etc. Foi a era das empresas “brás”. O Estado brasileiro chegou ao fim do século XX grande, troncho, ineficiente, com bolsões endêmicos de pobreza e de corrupção. Esse foi o Estado que resultou depois de quase 25 anos de regime militar. Um Estado da direita, do atraso social, da concentração de renda.¹¹

Ademais, como bem nota MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, o acúmulo de funções a cargo do Estado conduziu ao fortalecimento do Poder Executivo, que passou a legislar, uma vez que o trâmite legislativo ordinário é por demais complexo e demorado para atender tempestivamente ao grande volume de atribuições conferidas àquele poder.¹²

Com o fim do período ditatorial, em 1985, inaugurou-se uma nova época, marcada pela abertura democrática e pelo advento da Constituição de 1988 ou “Constituição Cidadã”, que instituiu o Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito não deixou de ser Estado de Direito, protetor das liberdades individuais; nem Estado Social, garantidor do bem comum; a mudança está na maior participação popular no processo político, como forma de controle do Governo e da Administração Pública. A nova Constituição atribuiu ao Estado o dever de preocupar-se com o bem-estar social, tendo por fundamento a dignidade da pessoa humana e a realização dos valores inerentes a ela.¹³

Contudo, tendo em vista que o crescimento desmesurado do Estado tornou a prestação de seus serviços morosa e ineficiente, a estrutura administrativa mostrou-se inapta a

¹¹ Apontamentos Sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. (Org) **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 110.

¹² **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002. p.23.

¹³ O Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana, tem por objetivos fundamentais, conforme dispõe o art. 3º da Constituição Federal de 1988: construir uma sociedade livre justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

perseguir os direitos consagrados na Constituição de 1988. Por força disso, iniciou-se um processo de desestatização.¹⁴

O Programa Nacional de Desestatização, instituído pela lei 8.031/90, foi o marco inicial da reforma, seguido pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, aprovado em 1995.¹⁵ Os planos visavam transformar a Administração Pública burocrática, caracterizada pela rigidez e ineficiência na prestação dos serviços, em uma Administração Pública gerencial, voltada para a eficiência e qualidade. Pretendiam transferir aos particulares as atividades indevidamente exploradas pelo Estado, com o objetivo de concentrar a atividade estatal nas atividades em que sua presença fosse imprescindível para a realização dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF); reduzir os gastos públicos; modernizar o parque industrial do país; tornar o mercado mais competitivo; estimular investimentos nas empresas e atividades transferidas à iniciativa privada; entre outros.

LUÍS ROBERTO BARROSO aponta três transformações estruturais compreendidas nas recentes reformas do Estado brasileiro: a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro; a flexibilização dos monopólios estatais; e a privatização.¹⁶

Em suma, com as reformas, o Estado brasileiro reduziu sua intervenção direta na ordem econômica e aumentou a atuação indireta, através do poder de polícia, ampliando seu papel de agente normativo e regulador da economia.

Nesse contexto de redefinição do papel do Estado é que se surgem as agências reguladoras, destinadas a garantir uma regulação eficiente das atividades transferidas à iniciativa privada, bem como a prestação desses serviços com qualidade.

LEILA CUÉLLAR, reportando-se às lições de GASPAR ARIÑO ORTIZ, aduz que:

no novo modelo organizacional, em que se busca a redução da atuação do Estado, e igualmente a melhoria dos serviços e atividades desempenhados pelos particulares,

¹⁴ Comentando o processo de reforma do Estado brasileiro, esclarece ROBERTA FRAGOSO DE MEDEIROS MENEZES: “Nas décadas de 50 e 60 os setores de infra-estrutura brasileiros ensejaram a formação de monopólios naturais (...). A prestação dessas atividades pelo Estado foi a solução apontada para lidar com esta estrutura de mercado. A partir da década de 80, surge no Brasil a tendência de o Estado se retirar na prestação direta dos serviços públicos. (...) O incremento na tecnologia adotada nas atividades de infra-estrutura (diminuindo os custos fixos e a proporção destes no valor total) e o aumento da demanda permitiram a acomodação de mais empresas produzindo numa escala viável (concorrência), modificando a definição de tais setores como monopólios naturais. A progressiva retirada do Estado na prestação direta dos serviços públicos e das atividades econômicas fez surgir a correlata necessidade de acompanhamento do setor por intermédio da regulação, desta vez por intermédio de entes especificamente criados para tal fim. A desestatização das empresas trouxe o risco de o Estado perder o poder de influir e controlar determinados setores, como telecomunicações, energia elétrica, petróleo.” (*As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro*. RDA, Rio de Janeiro, v. 227, pp. 51-52, jan./mar. 2002.)

¹⁵ Sobre o tema, cf. DI PIETRO. *Parcerias na Administração Pública...* 4.ed., São Paulo: Atlas, 2002. pp. 41-46.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras, Constituição, Transformações...* pp. 62-63.

tem-se entendido que separar a autoridade reguladora da Administração, atribuindo-se a função regulatória a um ente técnico e independente (de qualquer manipulação política ou de interesses econômicos), é condição indispensável para uma regulação eficiente.¹⁷

A criação das agências reguladoras justifica-se, portanto, pela necessidade de uma regulação eficiente da economia, o que demanda a atuação de entes autônomos, com corpo técnico altamente qualificado e livre das ingerências políticas.

Mas, antes de adentrarmos no exame das agências reguladoras, é importante, senão imprescindível, uma breve análise sobre as formas de atuação do Estado no domínio econômico.

3. As Formas de Atuação¹⁸ do Estado no Domínio Econômico

Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a “intervenção” do Estado no domínio econômico pode ocorrer de três modos: (a) através do poder de polícia, como agente normativo e regulador da atividade econômica; (b) ele próprio, atuando diretamente na economia, como Estado empresário; e (c) pelo fomento, incentivando a iniciativa privada com favores fiscais ou financiamentos.¹⁹

Nesse mesmo sentido, LEILA CUÉLLAR distingue três formas de “intervenção”: como sujeito ativo, o Estado realiza atividades econômicas em sentido estrito ou presta serviços públicos; como administrador e planejador da economia, atua através da ação fomentadora, incentivando a iniciativa privada a desempenhar certas atividades, ou por meio de seu poder de polícia, editando normas e fiscalizando seu cumprimento.²⁰

Seguindo o mesmo raciocínio, LUÍS ROBERTO BARROSO aponta a “intervenção” do Estado na economia por três formas: disciplina; fomento e atuação direta.²¹ A disciplina se exprime na edição de leis, de regulamentos e pelo exercício do poder de polícia. Através do fomento, o Estado incentiva a iniciativa privada por meio de estímulos fiscais e pela abertura

¹⁷ CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 64.

¹⁸ O termo “atuação” é tecnicamente mais apropriado do que o termo “intervenção”, porque este significa a atuação de um agente em um campo que não lhe é próprio. A economia é um campo em que o Estado brasileiro possui legitimidade constitucional para atuar – basta notar o Título VII na Constituição Federal de 1988, destinado à Ordem Econômica e Financeira –, portanto, é um campo que lhe é próprio, sendo mais adequado o termo “atuação”. Essa terminologia é utilizada por Egon Bockmann Moreira, Eros Grau, Hely Lopes Meirelles, José Afonso da Silva, entre outros.

¹⁹ **Curso de Direito Administrativo**, 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. pp. 769.

²⁰ **As Agências Reguladoras...** pp. 49-52.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Agências Reguladoras, Constituição, Transformações...** p. 66.

de linhas de crédito. Por fim, pode o Estado atuar diretamente²² na economia, prestando serviços públicos ou explorando atividades econômicas.

Os serviços públicos podem ser prestados diretamente, através de órgãos despersonalizados da Administração, ou indiretamente, por entidades com personalidade jurídica própria.

Ainda, quanto à prestação indireta, esta pode se dar de duas maneiras: através da criação de pessoas jurídicas de direito público (autarquias e fundações públicas); ou privadas (empresas públicas e sociedades de economia mista) e outorga da prestação de serviço público a tais entes; ou pela delegação da prestação a particulares, através da concessão, permissão, autorização e terceirização.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO explica que a “intervenção” do Estado na ordem econômica é uma das cinco funções administrativas finalísticas do Estado, classificadas em: Polícia, Serviços Públicos, Ordenamento Econômico (ou intervenção do Estado na ordem econômica), Ordenamento Social e Fomento. Afirma que o Ordenamento Econômico é a atividade estatal de disciplina da economia, ou seja, visa conformar os fenômenos ligados à riqueza a uma ordem normativa jurídica. Diferencia a “intervenção” estatal na economia em (a) regulatória; (b) concorrencial; (c) monopolista; e (d) sancionatória. De acordo com o autor, a intervenção regulatória é a adequação aos processos econômicos e possui seis modalidades, previstas na Constituição; a intervenção concorrencial, pela qual o Estado desempenha atividades econômicas em sentido estrito em pé de igualdade com os particulares; a intervenção monopolista, que consiste na exploração econômica de certos bens ou serviços com exclusividade pelo Estado; e a intervenção sancionatória, por meio da qual o Estado pune abusos praticados contra a ordem econômica e financeira.²³

JOSÉ AFONSO DA SILVA indica dois modos de atuação do Estado na ordem econômica: a participação e a intervenção²⁴. A participação compreendendo a atuação do Estado prestador de atividades econômicas, com base nos art. 173 a 177 (exceto o art. 174) da Constituição Federal; e a intervenção como forma de atuação do Estado regulador de atividades econômicas, compreendendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, com fundamento no art. 174 da CF.²⁵

²² Aqui, “diretamente” quer significar a atuação do Estado em sentido amplo, compreendendo tanto a intervenção através da Administração direta quanto pela indireta.

²³ **Curso de Direito Administrativo:** Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 464-466.

²⁴ O autor utiliza o termo “intervenção” em sentido estrito, para significar uma das duas modalidades de atuação do Estado na economia, e não qualquer modo de atuação estatal no domínio econômico.

²⁵ **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 804.

Para evitar confusões terminológicas, o presente estudo seguirá a sistemática apresentada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO acerca dos modos de atuação do Estado no domínio econômico, qual seja: atuação direta, poder de polícia e fomento.

4. As Agências Reguladoras Brasileiras

4.1. Introdução

As agências reguladoras brasileiras surgiram na segunda metade da década de 90, em razão da implementação do Programa Nacional de Desestatização – PND, instituído pela lei nº 8.031/90, bem como do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, aprovado em 1995, pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado – MARE, destinados a, de um lado, reduzir a atuação direta do Estado na ordem econômica, e de outro, aumentar a atuação do estatal através do poder de polícia, como agente normativo e regulador da economia.

O novo papel do Estado, preocupado com uma regulação eficiente, ensejou a criação de organismos autônomos, dotados de corpo técnico qualificado e livre de ingerências políticas; o que se deu com a criação das agências reguladoras.

Deve-se ressaltar, no entanto, que a criação de entes reguladores separados da Administração direta não é novidade no direito brasileiro. O ineditismo do instituto está no regime jurídico diferenciado que foi atribuído às agências, caracterizado, sobretudo, pela especialização técnica e por uma autonomia reforçada.

Explica FERNANDO QUADROS DA SILVA, com esteio em ÁNGEL MANUEL MORENO MOLINA, que:

com a preocupação de privilegiar decisões eficientes tomadas sobre os influxos da técnica é que se foi buscar o modelo das agências especializadas, que tem como argumentos clássicos favoráveis: a independência da esfera política e a eficiência, decorrente da qualificação técnica dos seus dirigentes.²⁶

A instituição das agências reguladoras como opção técnica, não política, é justificada por MARÇAL JUSTEN FILHO, como forma de evitar a concentração e o abuso de poder por parte dos seus titulares. O autor afirma que “a atribuição de poderes regulatórios ao parlamento e governo resulta na geração desordenada de regras”. Em seguida, aponta três críticas à estrutura tradicional do Estado que ensejam a criação de entes reguladores

²⁶ **Agências Reguladoras: A Sua Independência e o Princípio do Estado Democrático.** Curitiba: Juruá, 2002. pp. 89-90.

autônomos, assim sintetizadas: (a) a temporariedade dos mandatos políticos propicia o rompimento da linha lógica na produção normativa, resultando em um conjunto de normas complexo e incompreensível; (b) o político, preocupado em se manter no poder, muitas vezes busca atender às aspirações populares, tomando decisões tecnicamente inadequadas; e (c) a ocupação dos cargos e funções regulatórias se dá mais em razão de objetivos políticos do que de eficiência regulatória, com a indicação de correligionários, independente de maior ou menor qualificação pessoal.²⁷

Esses fatores ensejaram a adoção do modelo de agências reguladoras, desvinculadas da estrutura do Poder Legislativo e dotadas de um regime jurídico especial que garanta a autonomia em face do Executivo, ressalvada a revisão jurisdicional das decisões, consagrada pelo princípio da jurisdição uma (art. 5º, XXXV, CF).²⁸

4.2. Conceito

No direito brasileiro não há definição legal de agência reguladora. A doutrina, então, formulou diversos conceitos na tentativa de definir o novo instituto.

EGON BOCKMANN MOREIRA adverte que a ausência de definição legal quanto ao que seja “agência” gera confusão quanto ao significado do termo, sendo utilizado pelo direito positivo brasileiro com acepções diversas. Afirma o autor que:

De há muito, o direito positivo brasileiro utiliza-se à larga escala do termo, ora em sentido vulgar (agência telegráfica, agência do correio, agências das capitâneas dos portos), ora em sentido específico (Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, Agência Nacional do Petróleo – ANP A Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVS), ora em sentido técnico indefinido (Agência Espacial Brasileira e Agências de Água).²⁹

O mesmo autor aponta, entretanto, a definição de agência reguladora contida na legislação da ANATEL, em seu art. 8º, *caput* e § 2º, como a mais precisa.³⁰ O dispositivo é reproduzido a seguir:

Art. 8º. – Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e

²⁷ **O Direito das Agências Reguladoras...** pp. 358-360.

²⁸ O princípio da jurisdição uma está consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, *in verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito.”

²⁹ Agências Administrativas, Poder Regulamentar e o Sistema Financeiro Nacional. In: **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. pp. 136-137.

³⁰ Lei nº 8.472, de 16.06.1997, art. 8º, *caput* e §2º.

vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

§ 1º. [...]

§ 2º. – A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO apresenta um conceito amplo de agência reguladora, dizendo que esta “seria qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular as matérias que lhe são afetas.”³¹ Sem apresentar um conceito estrito, no entanto, afirma que as agências reguladoras estão sendo criadas como autarquias de regime especial pelas leis instituidoras, e que o regime especial definido na legislação diz respeito, em regra,

à maior autonomia em relação à Administração Direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que eles somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade de exoneração ad nutum; ao caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública.³²

Para MARÇAL JUSTEN FILHO, agência reguladora é:

uma autarquia especial, criada por lei para intervenção estatal no domínio econômico, dotada de competência para regulação de setor específico, inclusive com poderes de natureza regulamentar e para arbitramento de conflitos entre particulares, e sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta.³³

Na opinião de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, agência reguladora nada mais é que uma autarquia, dotada de uma única particularidade que lhe atribui o regime especial: “a nomeação pelo Presidente da República, sob aprovação do Senado, dos dirigentes da autarquia, com garantia, em prol destes, de mandato a prazo certo”.³⁴

Em síntese, as agências reguladoras podem ser conceituadas como autarquias de regime especial, caracterizado por: (a) atribuição de competências de regulação e fiscalização de atividades econômicas em sentido amplo; (b) direção colegiada; (c) qualificação técnica

³¹ **Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Atlas, 1999. 16 ed. p. 388.

³² *Idem.* p. 390.

³³ **O Direito das Agências...** p. 344.

³⁴ **Curso...** p. 165.

dos dirigentes; (d) ausência de subordinação hierárquica; e (e) mandatos fixos e descoincidentes, vedada a livre exoneração pelo chefe do Poder Executivo.³⁵

4.3. Natureza Jurídica

4.3.1. Autarquias

As agências reguladoras foram qualificadas pela legislação que as instituiu como “autarquias especiais”.

A justificativa apontada pela doutrina para a adoção do modelo de autarquias é a de que seria a única opção viável. Nesse sentido, LEILA CUÉLLAR afirma que “parece-nos que tal se deu devido ao singelo motivo de que não haveria alternativa. Não seria possível a criação ‘autônoma’ de um ente diverso”^{36,37}.

Autarquias são pessoas jurídicas de direito público, integrantes da Administração Pública indireta, criadas por lei, com patrimônio próprio, que desempenham atividades exclusivamente administrativas.

Acolhendo a separação entre Administração direta e indireta instituída pelo Decreto-Lei nº 200/67, a Constituição Federal de 1988 estabelece, no art. 37, XIX, que “somente por lei específica poderá ser criada autarquia...”.

³⁵ Além dos conceitos transcritos, inúmeros outros poderiam ser citados. Na definição de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, são “órgãos autônomos, destinados a administrar setores em que são desenvolvidas atividades privadas de interesse público”. O autor classifica as atividades privadas de interesse público em: serviços públicos, exercidos por delegação; e, atividades econômicas em sentido estrito, em áreas econômicas ou sociais definidas na Constituição como de relevância coletiva. (**Curso de Direito Administrativo**, 2003. p. 248-249) ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO assim conceitua agência reguladora: “autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração centralizada, incumbidas do exercício de funções regularórias e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração *ad nutum*”. (**Agências Reguladoras e a Evolução...** p. 275) HELY LOPES MEIRELLES entende que agência reguladora é uma autarquia sob regime especial, cuja especialidade decorre de privilégios específicos outorgados por lei, caracterizados pela independência administrativa (estabilidade de seus dirigentes), autonomia financeira (recursos próprios) e poder normativo (regulamentação das matérias de sua competência). (**Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros. pp. 334-335) No entendimento de PAULO ROBERTO FERREIRA MOTTA, “uma agência reguladora deve ser conceituada como um ente administrativo dotado de autonomia, sendo que a sua criação deve ser realizada por lei específica, com personalidade jurídica de direito público interno, patrimônio próprio e competências perfeitamente especificadas no texto legal criador daquela”. (**Agências...** p. 101) LEILA CUÉLLAR caracteriza as agências reguladoras como “pessoas jurídicas de Direito Público, com estrutura formal autárquica e competência para regulamentar, contratar, fiscalizar, aplicar sanções e atender aos reclamos dos usuários/consumidores de determinado serviço público ou atividade econômica”. (**Agências Reguladoras e Seu...** p. 81)

³⁶ Idem, p. 91.

³⁷ Ver também Alexandre Santos de Aragão (**Op. cit.** p. 272); Marcos Juruena Villela Souto (**Agências Reguladoras...** p. 133); Carlos Ari Sundfeld (Introdução às Agências Reguladoras... p. 26).

A criação de autarquias é uma forma de descentralização administrativa, ou seja, o Estado retira um serviço da administração central e o atribui a um ente personalizado integrante da administração descentralizada, com o objetivo de dar maior agilidade e eficiência na prestação dos serviços, sobretudo naqueles que exigem certo grau de especialização.

Sobre o tema, leciona DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO que a autarquização é uma técnica de descentralização funcional, uma vez que promove a especialização de entidades e funções do Estado, com a finalidade de evitar os entraves burocráticos próprios da Administração direta e atender com maior autonomia certos interesses públicos.³⁸

Em razão disso, as autarquias são dotadas de certo grau de autonomia em face da Administração direta.

Tal autonomia caracteriza-se pela autonomia orgânica, funcional, financeira e patrimonial, destacando-se a ausência de subordinação hierárquica. Ou seja, a autarquia possui administração e recursos próprios; age por direito próprio, em seu próprio nome; desempenha funções públicas típicas com presunção de legitimidade, auto-executoriedade e imperatividade; não está subordinada hierarquicamente ao poder central, havendo mera vinculação à Administração direta, sob a forma do controle tutelar.

4.3.2. Autarquias especiais

O legislador conferiu um regime jurídico especial a certas autarquias, denominando-as “autarquias de regime especial”. A especialidade do regime se traduz, grosso modo, na maior autonomia conferida a essas entidades em relação à Administração Direta.

A criação dessa nova figura foi necessária por dois fatores: de um lado, o regime jurídico das autarquias comuns não é apto a conferir tal grau de autonomia; de outro, observa-se que, não raro, a criação de autarquias reflete uma descentralização meramente formal, decorrente da substituição do controle finalístico das autarquias pelo controle dos meios de sua atuação, resultando em um engessamento de suas atividades.

Destarte, foram criadas diversas “autarquias de regime especial” em razão da natureza da atividade a ser desempenhada exigir maior autonomia em relação a poder central, como no caso das universidades, do Instituto Brasileiro do Café – IBC, do Instituto Nacional

³⁸ Curso... p. 245.

de Peses e Medidas – INMETRO, do Banco Central do Brasil – BACEN, e, dentre inúmeros outros exemplos, também no caso das agências reguladoras³⁹.

4.4. Agências reguladoras criadas no direito brasileiro

A partir da segunda metade da década de 90, foram criadas inúmeras agências reguladoras no Brasil.

As agências foram instituídas nas três esferas da federação, podendo ser classificadas em agências federais, estaduais e municipais. Isso não significa, no entanto, que as agências podem ser criadas ao bel-prazer do administrador; para a criação de uma agência reguladora deve ser respeitada a divisão de competências estabelecida na Constituição.

As agências também podem ser classificadas quanto à sua especialização: podem ser unissetoriais ou multissetoriais⁴⁰.

No âmbito federal foram criadas agências unissetoriais: a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei n° 9.427/96); a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei n° 9.472/97); e a Agência Nacional do Petróleo – ANP (Lei n° 9.478/97); a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVS (Lei n° 9.782/99); a Agência Nacional de Águas – ANA (Lei n° 9.784/2000); Agência Nacional de Aviação Civil (Lei n° 11.182/2005); entre outras⁴¹.

Na esfera estadual foram criadas agências multissetoriais, com exceção da Comissão de Serviços Públicos de Energia do Estado de São Paulo – CSPE, que é unissetorial: a Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia – AGERBA (Lei Estadual n° 7.314/98); Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS (Lei Estadual n° 10.931/97); Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE (Lei Estadual n° 12.786/97); entre outras.

No âmbito municipal, por fim, foi instituída apenas uma agência até o momento: a Agência Municipal de Serviços de Saneamento de Cachoeiro do Itapemirim – ES – AGERSA (Lei Municipal n° 914/02), que segue o modelo unissetorial.

³⁹ Sobre as entidades similares às agências reguladoras, ver ponto 5 deste capítulo.

⁴⁰ A adoção do modelo multissetorial, que vem sendo adotado pelas agências estaduais, é questionável. Ora, se a criação das agências justifica-se pela necessidade de regulação eficiente, por meio de decisões técnicas, como uma única agência poderia ter conhecimento especializado em todos os setores da economia? A respeito, ver LEILA CUÉLLAR. **Op. cit.** p. 86-87.

⁴¹ Sobre as agências federais, estaduais e municipais existentes no Brasil, ver Alexandre ARAGÃO, Alexandre Santos. **Op. cit.** p. 275-290 e NUNES, Edson. **Agências Regulatórias: Gênese, Contexto, Perspectivas e Controle.** *RDPE*, v. 2, p. 214-220, abr./jun. 2003.

4.5. Características

As agências reguladoras são, antes de tudo, autarquias. Portanto, possuem autonomia estrutural, funcional, financeira e patrimonial, sem subordinação hierárquica em relação à Administração Pública direta.

No entanto, como visto, são autarquias especiais, dotadas de uma margem maior de autonomia do que aquela atribuída às autarquias comuns, denominada pela doutrina de “autonomia reforçada”. Ademais, são entidades caracterizadas pelo desempenho de atividades regulatórias, que compreendem a função normativa, fiscalizadora, sancionatória e de composição de conflitos.

Vejamos, então, no que consiste esse regime jurídico especial atribuído às agências reguladoras.

4.5.1. Autonomia

Para o exame das características das agências reguladoras, é mister a determinação semântica do termo “autonomia”. Isso porque há grande divergência acerca dos limites da autonomia das agências em face do regime constitucional brasileiro.

Do grego, *auto* = próprio; *nomia* = regra; ou seja, é a possibilidade de um ente jurídico estabelecer suas próprias normas.

O conceito de autonomia é relacional, conforme assevera MARÇAL JUSTEN FILHO, na medida em que algo só é autônomo em relação a alguma coisa. Autonomia, para o autor, indica a sujeição de um fenômeno a outro(s).⁴²

Conforme JOSÉ AFONSO DA SILVA, autonomia é um poder limitado e circunscrito, vale dizer, é uma parcela de poder preestabelecido por um ente a outro. Segundo o autor, autonomia deve ser entendida como um espaço de liberdade de atuação limitado; o ente autônomo não pode agir como bem entender, mas apenas dentro da zona de liberdade que lhe foi conferida.⁴³

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO afirma que autonomia é “a margem limitada de liberdade de atuação conferida pelo ordenamento jurídico a pessoas públicas ou privadas”.⁴⁴

⁴² O direito das agências... p. 397.

⁴³ Curso de Direito Constitucional Positivo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 484.

⁴⁴ Agências reguladoras e a Evolução... p. 314.

Note-se que autonomia não é sinônimo de independência. Independência é mais que autonomia; é liberdade incondicionada, que não está sujeita a qualquer dependência, que rejeita a sujeição.

A independência emana diretamente da Constituição. Conforme o art. 2º da Lei Maior, são independentes os três poderes da União: Executivo, Legislativo e Judiciário. Além destes, também o Ministério Público e o Tribunal de Contas são poderes independentes, de acordo com o texto constitucional. Os órgãos e entidades que compõem estes poderes possuem apenas uma parcela de poder, ou seja, autonomia.

A independência pode ser entendida, ainda, como o limite da autonomia.

Portanto, as agências reguladoras, como entidades da Administração Pública indireta, integrantes do Poder Executivo, possuem autonomia, não independência.⁴⁵

4.5.2. Autonomia econômico-financeira

As agências reguladoras dependem de recursos próprios para desempenhar satisfatoriamente suas funções. Todavia, a obtenção de recursos, em si, não basta para garantir a almejada autonomia reforçada. É preciso que a forma de obtenção desses recursos não propicie a subordinação das agências à fonte da qual provêm.

Em outras palavras, as agências não podem depender do arbítrio de quem quer que seja para obter seus recursos, os quais devem ser instituídos de forma vinculante e cogente para a fonte provedora.

As leis instituidoras das agências previram uma pluralidade de fontes de receitas: recursos orçamentários provenientes do ente federativo; taxas de fiscalização sobre os serviços e atividades econômicas regulados, denominadas “taxas regulatórias”; recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados com entidades; doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados; dentre outras.⁴⁶

⁴⁵ Sobre a questão, esclarece MARCOS AUGUSTO PEREZ: “Parece-me nesse caso, *data máxima vênia* dos colegas que estão aqui, que esse vocábulo, essa expressão é equivocada. Porque não há possibilidade de imaginarmos que num Estado democrático de direito (...) não cabem órgãos que sejam independentes (*sic*). Os próprios poderes independentes, da separação de poderes, são independentes mas são harmônicos, submetidos ao sistema de ‘checks and balances’, ou seja, o controle, os ‘checks’, ou a ‘accountability’, a responsabilidade deve se espalhar por todos e qualquer dos órgãos que exercem o poder ou função pública. De certo não era essa independência que se queria dizer que a agência tem quando se disse que ela é independente, não é uma independência sem controle, não é uma independência da prevalência do arbítrio, é independência com controle.” Bem, daí esse vocábulo ser equívoco, não equivocado, mas equívoco, porque ele leva a conclusões apressadas que podem distar que é a realidade efetiva e normativa das agências entre nós.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. (Coord.) **Há um Déficit Democrático nas Agências Reguladoras?** RDPE, Belo Horizonte, v. 5, pp. 187-188, jan./mar. 2004.)

⁴⁶ Sobre as rendas das agências, ver Paulo Roberto Ferreira Motta, **Agências Reguladoras...** pp. 111-115.

No entanto, as agências reguladoras devem observar o estatuído no art. 165, §5º da Constituição Federal, que estabelece a submissão de todas as entidades estatais à observância da lei orçamentária.

4.5.3. Autonomia funcional

A questão da autonomia funcional das agências reguladoras está diretamente ligada às competências atribuídas a estas entidades.

Não obstante a heterogeneidade de atribuições entre as diversas agências reguladoras, existem competências comuns, que podem ser divididas em competências gerais e específicas.

As competências gerais são aquelas comuns a todas as autarquias, não despertando maior interesse de estudo; as competências específicas, por sua vez, são aquelas que se relacionam com a função regulatória das agências, merecendo atenção especial.

A função regulatória das agências envolve não apenas competências normativas, mas também fiscalizadoras, sancionatórias e de composição de conflitos.

A competência normativa atribui o poder de editar normas, dentro dos limites previamente estabelecidos por lei. Trata-se da chamada competência regulamentar, ou seja, o poder de gerar normas jurídicas hierarquicamente inferiores e subordinadas à lei. Da competência fiscalizadora decorre o poder de controlar o cumprimento dos contratos administrativos e a execução dos serviços delegados ou de atividades econômicas em sentido estrito. A competência sancionatória se exprime na possibilidade de aplicação de punições àqueles que descumprirem as normas vinculadas aos serviços ou atividades econômicas. Por fim, a competência para arbitramento de conflitos consiste no poder de solucionar litígios, ressalvada a revisão na via administrativa, através do recurso hierárquico impróprio⁴⁷, e jurisdicional, garantida pelo princípio do monopólio jurisdicional pelo Poder Judiciário, consagrado no art. 5º, inc. XXXV da CF.

4.5.4. Autonomia estrutural

As agências reguladoras possuem, também, ampla autonomia orgânica; vale dizer, são dotadas de um regime jurídico que lhes atribui maior autonomia estrutural, visando garantir o desempenho de suas funções sem quaisquer ingerências políticas. Tal autonomia

⁴⁷ Sobre o cabimento de recurso hierárquico impróprio das decisões das agências, ver ponto 5 do Capítulo II.

consiste, sobretudo, na estabilidade provisória conferida aos dirigentes, os quais gozam de mandato por prazo determinado, vedada a exoneração *ad nutum*.

A configuração estrutural das agências abrange três aspectos: em primeiro lugar, as agências reguladoras são criadas por lei; depois, as agências estão inseridas do Poder Executivo; por fim, possuem um regime jurídico de pessoal marcado por certas peculiaridades, sobretudo em relação aos seus dirigentes.

4.5.4.1. As agências reguladoras são criadas por lei

A criação das agências reguladoras decorre de lei, uma vez que possui natureza autárquica, que deverá prever detalhadamente a estrutura e a competência da entidade. A boa doutrina entende que a previsão constitucional explícita de órgãos reguladores dos setores de telecomunicações e petróleo – nos arts. 21, inc. XI e 177, §2º, III, respectivamente – não significa que a criação por lei de outras agências esteja vedada, nem que teria sido criada uma categoria anômala de entidades da Administração indireta. Explica MARÇAL JUSTEN FILHO que a alteração dos referidos dispositivos operada pelas Emendas Constitucionais nº 8/95 e 9/95 teve finalidade meramente didática, para esclarecer a possibilidade de instituição do modelo de agências reguladoras.⁴⁸

4.5.4.2. As agências estão inseridas do Poder Executivo

As agências integram a estrutura do Poder Executivo. De acordo com a Constituição, existem três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. No entanto, a Carta de 1988 instituiu duas estruturas orgânicas peculiares, dotadas de independência em face dos três poderes tradicionais, que são o Ministério Público e o Tribunal de Contas. Se a Constituição desejasse instituir agências reguladoras como um terceiro ou sexto (considerando Ministério Público e Tribunal de Contas) poder, assim o faria. Contudo, não foi o que ocorreu. Como visto, a existência de referências constitucionais a órgãos reguladores possui finalidade didática, sem dar respaldo à criação de um poder independente.

Destarte, as agências reguladoras não constituem um poder independente, devendo ser inseridas no âmbito dos poderes constitucionalmente estabelecidos. A opção pelo Poder Executivo se deu de forma residual, uma vez que não seria possível o enquadramento das

⁴⁸ O direito das agências... p. 395.

agências em qualquer outro poder, sobretudo em virtude da natureza das atividades das agências⁴⁹.

4.5.4.3. Regime jurídico de pessoal peculiar

As agências reguladoras possuem um regime jurídico de pessoal marcado por certas peculiaridades. A Lei nº 9.986/2000 deu tratamento uniforme à matéria, até então disciplinada nas leis instituidoras das agências.

A análise da disciplina dos recursos humanos envolve duas categorias: os servidores comuns e os administradores.

O regime aplicável aos servidores comuns foi definido na Lei. 9.986 como sendo a Consolidação das Leis do Trabalho. Os dispositivos que o definiram são objeto de questionamento quanto à sua constitucionalidade na ADI nº 2.310/DF, sob o fundamento de que seria indispensável a adoção do regime estatutário, por se tratar do exercício de poder de polícia. Foi sido deferida liminar, suspendendo a eficácia dos artigos até o julgamento final da ADI nº 2.310.

Em relação aos dirigentes, a situação é mais complexa. Em síntese, o regime jurídico pode ser assim caracterizado: direção colegiada, presidida por um dos diretores; investidura por procedimento de nomeação, atendidos certos requisitos legais; mandatos fixos e descoincidentes, vedada a exoneração *ad nutum*. São cargos em comissão, uma vez que não são providos mediante concurso público, nem por prazo indeterminado. Por serem cargos públicos, sujeitam-se ao regime estatutário.

Para um exame mais detalhado acerca da autonomia estrutural das agências, ver PARTE II.

5. As Entidades Similares

Para se ter uma exata caracterização do instituto das agências reguladoras é necessário fazer uma diferenciação em relação a entidades que, apesar de apresentarem traços comuns aos das agências, com elas não se confundem.

A importância dessa caracterização não é meramente acadêmica, tendo em vista que a Lei 9.986/2000, que estabelece o estatuto da autonomia dos dirigentes no seu art. 9º, aplica-se somente às agências reguladoras propriamente ditas.

⁴⁹ Sobre o tema, ver Marçal Justen Filho. **Op. cit.** p. 414-421.

Conforme visto, as agências reguladoras podem ser conceituadas como autarquias de regime especial, caracterizado por: (a) atribuição de competências de regulação e fiscalização de atividades econômicas em sentido amplo; (b) direção colegiada; (c) qualificação técnica dos dirigentes; (d) mandatos fixos e descoincidentes, vedada a livre exoneração pelo chefe do Poder Executivo.

A seguir, serão analisadas entidades similares às agências reguladoras.

5.1. Entidades que compõe o Sistema Financeiro Nacional: Banco Central do Brasil – BACEN, Conselho Monetário Nacional – CMN e Comissão Nacional de Valores Mobiliários – CVM

Apesar de essas três entidades serem consideradas como agências, não dispõe de todas as características necessárias a qualificá-las como agências reguladoras.

5.1.1. Conselho Monetário Nacional – CMN

O Conselho Monetário Nacional – CMN é um órgão específico do Ministério da Fazenda, instituído pela lei nº 4.595/64, que lhe atribuiu diversas funções reguladoras, tais como o poder de formular a política nacional do crédito e da moeda; de regular o valor interno da moeda; a constituição, o funcionamento e a fiscalização das instituições financeiras; a política cambial; etc.

O CMN é dirigido por um órgão colegiado composto pelo Ministro da Fazenda, o Presidente do Banco do Brasil S/A, o Presidente do BNDES, e por sete membros com notórios conhecimentos em assuntos econômicos e financeiros, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal.

Os três primeiros são exoneráveis *ad nutum*; já os sete membros só podem ser exonerados por motivos relevantes, expostos em representação fundamentada do Conselho Monetário Nacional. A garantia reforçada conferida aos sete membros, contudo, não é suficiente para caracterizar o CMN como agência reguladora, vez que a “relevância” da exoneração é um conceito juridicamente indeterminado, ensejando a exoneração ao bel-prazer do administrador.

5.1.2. Banco Central do Brasil – BACEN

O Banco Central do Brasil – BACEN é uma autarquia, igualmente instituída pela Lei nº 4.565/64, incumbida da execução da política monetária traçada pelo Conselho Monetário Nacional. Possui, também, competências regulatórias, embora subordinadas à competência normativa do CMN.

O BACEN é dirigido por um colegiado de cinco membros, com notórios conhecimentos em assuntos econômicos e financeiros, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, sendo demissíveis *ad nutum*.

Destarte, em face da subordinação de suas decisões ao Conselho Monetário Nacional, bem como, ao poder de exoneração do Presidente da República, o Banco Central não pode ser tido como uma agência reguladora.

5.1.3. Comissão de Valores Mobiliários – CVM

A Comissão de Valores Mobiliários – CVM, por sua vez, merece especial atenção. É uma autarquia, instituída pela Lei nº 6.385/76, vinculada ao Ministério da Fazenda, responsável por implementar a política de funcionamento e organização do mercado de valores mobiliários fixada pelo Conselho Monetário Nacional. Assim como o BACEN, possui competências regulatórias, subordinadas às normas expedidas pelo CMN.

A CVM era dirigida por um presidente e quatro diretores, com conhecimentos técnicos em mercados de capitais, nomeados pelo Presidente da República, sendo por ele demissíveis *ad nutum*. Todavia, com a edição da Lei nº 10.303/01, os dirigentes da CVM passaram a ser nomeados por prazo determinado, vedada a exoneração *ad nutum* e mediante prévia aprovação do Senado Federal.

Para ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, este reforço na autonomia orgânica da autarquia não foi suficiente para caracterizá-la como agência reguladora, vez que sua autonomia funcional continua comprometida pelo fato de caber recurso hierárquico impróprio contra suas decisões, dirigido a órgão do Ministério da Fazenda.

Deve-se concordar com o autor quando diz que a Comissão de Valores Mobiliários não caracteriza uma agência reguladora; todavia, esta conclusão não decorre do fato de caber recurso administrativo de suas decisões – visto que as decisões das agências propriamente ditas também são passíveis de revisão pela via administrativa –, mas tão somente em virtude de que seu poder normativo continua subordinado às regras editadas pelo Conselho Monetário Nacional. Vale dizer, o único óbice à qualificação da CVM como agência reguladora está na

hierarquia existente entre suas normas e aquelas expedidas pelo CMN, que compromete sua autonomia funcional.

5.2. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

O Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE é uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, criada pela Lei nº 8.884/94, dotada de competências regulatórias destinadas a promover a livre concorrência e a reprimir práticas abusivas e desleais no mercado.

O CADE é dirigido por um colegiado formado por Conselheiros nomeados pelo Presidente da República, após autorização do Senado Federal, somente podendo perder o cargo por justa causa ou por decisão do Senado Federal após iniciativa do Presidente da República.

Contudo, apesar de apresentar certas características que aproximam o CADE do modelo de agências reguladoras, há discussão quanto à sua natureza jurídica, sobretudo em razão de que suas decisões, em geral, enfocam casos singulares, raramente tendo caráter geral.

Nesse sentido, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, com esteio em Celso Campilongo, sustenta que o CADE não pode ser qualificado como agência independente, por não possuir funções reguladoras.

Discorda-se de tal entendimento, pois, conforme doutrina MARÇAL JUSTEN FILHO⁵⁰, o CADE possui competência para atuar no âmbito de atividades sujeitas à regulação de outras agências, o que demonstra a relevância da função desta entidade para o direito econômico, ensejando a aplicação dos mesmos princípios atinentes à regulação da economia. Consequentemente, considera-se a organização do órgão de defesa da concorrência como uma agência reguladora.

5.3. Universidades Públicas

As universidades públicas também merecem certa atenção, embora breve, por conta de haver expressa referência na Constituição Federal a essas entidades, em seu art. 207, que assim dispõe: “As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.”

⁵⁰ O direito das agências... p. 336.

As universidades públicas são, em geral, autarquias, cujos administradores são dotados de proteção contra a dispensa imotivada, caracterizando certa autonomia administrativa em relação à administração direta. Possuem também competência para elaborar seus próprios regimentos internos.

Contudo, não são entidades reguladoras, por lhes faltar o poder normativo exógeno, vale dizer, seus atos normativos não repercutem de maneira direta e primária na esfera jurídica dos particulares.

5.4. Conselhos Profissionais

Os conselhos profissionais, também chamados de autarquias corporativas, são autarquias que, apesar de possuírem competências normativas e grande margem de autonomia, não podem ser qualificados como agências reguladoras.

Isso porque não são entidades reguladoras, mas sim, auto-reguladoras; vale dizer, o poder regulatório que exercem incide apenas sobre a própria categoria.

Nesse sentido, VITAL MOREIRA distingue as agências reguladoras das autarquias corporativas, denominando aquelas de administração independente enquanto estas, administração autônoma. Explicando as diferenças entre uma e outra, leciona o autor que:

A administração autônoma e a administração independente têm ambas em comum a imunidade face ao Governo, ou pelo menos a atenuação da sua ligação ao executivo. Mas por motivos radicalmente distintos. No caso da administração autônoma trata-se de substituir a legitimação democrática mediata e difusa, através do Governo, perante a comunidade nacional, por uma legitimidade democrática imediata específica, perante comunidades locais ou sectoriais interessadas. No caso da administração independente trata-se de eliminar ou pelo menos moderar os mecanismos de responsabilidade democrática mediata e difusa perante o Governo, fazendo prevalecer as idéias de independência e imparcialidade ligadas à legitimação técnico-profissional.⁵¹

Portanto, os conselhos profissionais não são agências reguladoras, em virtude da ausência de poder regulatório exógeno. É o caso da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

5.5. Agências Executivas

As agências executivas são órgãos ou entidades da Administração Pública direta e indireta que celebraram um contrato de gestão, nos termos no art. 37, § 8º da CF.

⁵¹ **Administração Autônoma e Associações Públicas.** Coimbra: Coimbra Editora, 1997. pp. 136-137.

O contrato de gestão é uma figura nova, introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/98, que deu a seguinte redação ao dispositivo da Carta:

A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I – o prazo de duração do contrato; II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III – a remuneração do pessoal.

Tal contrato tem por objetivo, portanto, ampliar a autonomia gerencial interna de órgãos ou entidades da administração pública, sem alterar os fins para os quais foram criados. Ou seja, o contrato de gestão visa desburocratizar a atuação da agência executiva, reduzindo os entraves burocráticos típicos dessas organizações públicas, conferindo-lhes maior autonomia instrumental no desempenho de suas atividades-meio.

Contudo, nada impede que uma agência reguladora venha a ser qualificada também como uma agência executiva, passando a ter maior autonomia gerencial.

Sobre a distinção entre agências reguladoras e executivas, assevera ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO que:

a caracterização de uma autarquia como agência reguladora independente diz respeito à natureza de suas funções, destas decorrendo a necessidade de possuir poderes autônomos, capazes de fazer com que desempenhem ‘um papel contínuo de observação da atividade regulada, avaliação dos interesses em jogo e de ajustamento das regras às circunstâncias.’ [...] Situação inteiramente diversa é a das agências executivas, mera qualificação conferida a órgãos despersonalizados ou a entidades da Administração Indireta, que, com isto, não perdem e não têm alterada a sua natureza e o seu círculo competencial originário.⁵²

⁵² **Op. cit.** pp. 310-311.

CAPÍTULO II – A AUTONOMIA ORGÂNICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS EM FACE DO PODER EXECUTIVO

1. Breves considerações sobre a inserção das agências reguladoras no Poder Executivo

Como visto, as agências reguladoras não constituem um poder autônomo, vez que a Constituição não as criou como tal. Foram inseridas na estrutura do Poder Executivo, posto que a introdução das agências em outro Poder seria inviável do ponto de vista da natureza de suas atividades.

As agências reguladoras receberam uma roupagem autárquica, passando a integrar a Administração Indireta, e, embora tenham recebido do legislador um regime jurídico marcado por uma maior autonomia em face do poder central, que deu origem ao termo “autarquias especiais”, as agências estão submetidas ao controle tutelar exercido pela Administração central, em virtude do disposto no art. 84, II da Carta, *in verbis*:

Art. 84. – Compete privativamente ao Presidente da República:

I – (...);

II – exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal

(...).

Assim, a atribuição de um regime jurídico que confere maior liberdade aos entes reguladores, caracterizado, sobretudo, pela estabilidade dos seus dirigentes, não pode servir de subsídio para justificar uma atuação arbitrária e desvinculada das diretrizes e políticas públicas fixadas pelo Poder Executivo.

Nesse sentido, adverte SÉRGIO GUERRA:

Com efeito, é justo sustentar que a descentralização administrativa, mesmo por meio autárquico de regime especial, não se destina a viabilizar condutas distintas da orientação da administração central, e que possam divergir, em prejuízo do administrado, das políticas públicas e estratégias de governo.⁵³

⁵³ **Controle das Agências Reguladoras por meio da Supervisão Ministerial.** *RDPE*, Belo Horizonte, v. 10, p. 206, abr./jun. 2005.

Portanto, as agências reguladoras não são entidades independentes, mas sim, dotadas de uma ampla autonomia, que se destina a garantir uma regulação eficiente, marcada pela atuação técnica de seus dirigentes, livre de ingerências políticas.

A compreensão da dimensão da autonomia conferida às agências reguladoras é fundamental para se entender o regime jurídico especial atribuído a seus dirigentes, que tem suscitado amplo debate doutrinário e jurisprudencial.

2. O controle das agências reguladoras

Conforme visto no ponto 4.5.1. do Capítulo I, as agências reguladoras possuem autonomia, e não independência; ou seja, têm uma margem de liberdade de atuação, limitada e circunscrita a determinado espaço.

Mas, se autonomia significa limitação do espaço de liberdade de atuação, faz-se necessária a criação de instrumentos de controle dessa atuação, para que os limites estabelecidos sejam devidamente observados.

Sobre o tema, doutrina MARÇAL JUSTEN FILHO:

A sistemática de separação de poderes exige, no Brasil, a adoção de controles relativamente a todos os pólos de poder político. A necessidade de autonomia no desempenho de funções regulatórias não pode imunizar a agência reguladora de submeter-se à sistemática constitucional. A fiscalização não elimina a autonomia, mas assegura à sociedade que os órgãos titulares de poder político não atuarão sem limites, perdendo de vista a razão de sua instituição, consistente na realização do bem comum.⁵⁴

Esclarece o autor que a “independência” conferida às agências não pode ser tida como absoluta, tendo em vista que isto significaria ausência de controle sobre tais entidades, o que violaria o princípio democrático e da separação de poderes, que exigem um sistema de freios e contrapesos. Confira-se a seguinte lição do jurista:

A mera existência de agência independente, no âmbito de um Estado, é insuficiente para permitir a formulação de algum juízo atinente ao atendimento ou à infração aos princípios democráticos. O fundamental reside na verificação do modo de organização e de funcionamento a ela reservados. Por outro lado, assegurar a uma agência independente a autonomia jurídica para produzir decisões regulatórias sem submissão a mecanismos democráticos equivale a instituir uma instância autônoma para o exercício de decisões discricionárias, reduzindo a eficácia do sistema de freios e contrapesos. Portanto, o sistema democrático exclui a utilização do argumento da natureza técnico científica para criar agências reguladoras não sujeitas

⁵⁴ **Op. cit.** pp. 584-585.

a mecanismos de controle democrático. Mais que isso, a constatação de incompatibilidade entre a organização ou o funcionamento da agência e os princípios democráticos fundamentais apenas se pode resolver em favor desses últimos. Um dos alicerces do Estado Republicano reside na intransigente defesa da Democracia, instrumento insubstituível para a realização da dignidade humana, valor em que se alicerça toda e qualquer organização estatal.⁵⁵

As agências reguladoras submetem-se ao controle externo e interno. O controle externo é exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, sob a forma do controle orçamentário; pelo Poder Judiciário, sob a forma do controle de legalidade; e pelo Ministério Público, através da ação popular e da ação civil pública. O controle interno, por sua vez, é exercido pelo Poder Executivo, sob a forma da tutela administrativa, nos termos do disposto no art. 74 da CF.

As agências se submetem, ainda, ao controle procedimental, através da processualização de sua atividade, e ao controle da sociedade, pela necessidade de transparência na atuação da agência, sobretudo pela realização de audiências e consultas públicas.

Em face da impossibilidade de aprofundamento no tema do controle exercido sobre as agências reguladoras, sob pena de desvirtuamento da finalidade a que se propõe o presente trabalho, será feita uma breve análise da tutela administrativa exercida pelo Poder Executivo, por se apresentar relevante para o deslinde da questão da autonomia orgânica das agências reguladoras.

3. Auto-tutela e tutela administrativa

A Administração Pública subdivide-se em direta e indireta: sobre a administração direta incide a chamada auto-tutela, ou controle hierárquico; e sobre a indireta, a tutela, ou controle finalístico.

O controle hierárquico é aquele exercido sobre a Administração Direta, verticalmente, em que há uma relação de subordinação entre os órgãos inferiores e superiores; é a chamada auto-tutela administrativa. Em decorrência disso, há a faculdade de supervisão, coordenação, orientação, fiscalização, aprovação, revisão e avocação das atividades controladas. É um controle ilimitado e interno, na medida em que é realizado no âmbito da própria entidade em que se situa a autoridade controlada. Ademais, é um controle de

⁵⁵ **Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente”?** *RDPE*, Belo Horizonte, v. 2, p. 299, abr./jun. 2003.

legalidade e de mérito, visto que é permitido à Administração rever seus atos com base nos princípios da legalidade e finalidade ou supremacia do interesse público.

Nesse sentido, dispõe a Súmula 473 do STF que:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem 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.

Já o controle finalístico é aquele exercido em relação à Administração Indireta, horizontalmente, não havendo subordinação entre as entidades, em razão do maior grau de autonomia de que são dotadas. É a chamada tutela administrativa, em que há apenas vinculação da entidade com o órgão da Administração Direta de seu respectivo setor.

É um controle limitado e, em certa medida, externo, uma vez que provém de uma entidade da Administração central. Outrossim, é um controle teleológico, ou de legalidade, também denominado “poder de direção”, tendo em vista que se verifica a adequação da atuação da entidade com os fins para o qual foi criada, estabelecidos em lei.

Contudo, essa ausência de subordinação deve ser vista com as devidas ressalvas, uma vez que é possível o cabimento de recurso em face de ato expedido por repartição da Administração Indireta, dirigido à autoridade ou a órgão da administração central.⁵⁶

Nessa toada, é vital o comentário de SÉRGIO GUERRA sobre a questão da autonomia das agências:

Concorda-se com Alexandre Santos de Aragão quando adverte que a qualificação de independente conferida a muitas das Agências Reguladoras deve ser entendida em termos. Em nenhum país em que foram instituídas possuem independência em sentido próprio, mas apenas uma maior ou menor autonomia, dentro dos parâmetros fixados pelo ordenamento jurídico.⁵⁷ (grifos no original).

Sobre o tema, VITAL MOREIRA faz aprofundado estudo em que ensina que há uma relação necessariamente dialética entre a administração autônoma e o Estado, na medida em que a autonomia atribuída a essas entidades, baseada na idéia de autogoverno, não pode significar ausência de controle, sob pena de violar o princípio da unidade de administração pública. Afirma que a autodeterminação conferida à administração autônoma é caracterizada,

⁵⁶ Sobre o recurso hierárquico impróprio, ver ponto 5 deste capítulo.

⁵⁷ **Controle das Agências reguladoras...** p. 207.

sobretudo, pela ausência de subordinação a um poder de orientação do Estado; vale dizer, há apenas vinculação à lei, com liberdade de decisão quanto ao mérito de atuação.

O autor faz uma distinção entre as formas de controle na administração pública, separando-as em: supremacia hierárquica, superintendência e tutela. A supremacia hierárquica corresponde ao controle sobre a administração direta; a superintendência, àquele sobre a administração indireta; e a tutela, ao controle sobre a administração autônoma. Em relação à tutela, aponta dois requisitos essenciais à sua configuração: (i) inexistência de ordens ou orientações; (ii) controle só de legalidade.

A seguir, transcrevemos importante trecho da obra do autor lusitano:

A tutela tem por fim limitado fazer observar os limites das atribuições e competências da autarquia, a legalidade da utilização dos dinheiros públicos, os direitos dos administrados, as formas e os procedimentos legais. Não se limita a proteger os interesses gerais do Estado, mas não visa senão a garantir a observância da lei (tutela de legalidade). Não pode envolver o mérito, a oportunidade e conveniência da ação administrativa, mas somente a legalidade e correção jurídica da atuação dos entes tutelados. Não pode incluir a emissão de instruções ou de diretivas.⁵⁸

4. Supervisão ministerial

De acordo com as leis criadoras das agências reguladoras, cada agência pertence a um Ministério, ao qual se encontra vinculada. Esta vinculação referida na lei significa a sujeição da atuação das entidades reguladoras a um controle finalístico, exercido através da chamada “supervisão ministerial”.

A supervisão ministerial tem origem no Decreto-lei 200/67, art. 19 e seguintes, e destina-se a adequar as atividades das entidades integrantes da administração indireta aos fins para os quais foram criadas.

Conforme ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

são objetivos deste controle ou “supervisão” assegurar o cumprimento dos objetivos fixados em seu ato de criação; harmonizar sua atuação com a política e programação do Governo no correspondente setor de atividade; zelar pela obtenção de eficiência administrativa e pelo asseguramento de sua autonomia administrativa, operacional e financeira.⁵⁹

⁵⁸ *Administração Autônoma e Associações...* p. 213.

⁵⁹ *Curso...* p. 159.

No caso das agências, tal controle visa garantir a realização dos objetivos fixados em lei, em conformidade com as diretrizes e políticas públicas estabelecidas para cada setor de atuação.

Sobre o tema, pondera SÉRGIO GUERRA:

Depreende-se da análise das leis que definiram os princípios e diretrizes das políticas públicas dos subsistemas regulados pelas Agências Reguladoras que a definição dessas autarquias como especiais, com independência e autonomia, não suprimem – nem poderiam fazê-lo – a competência constitucional dos Ministros de Estado aos quais as Agências Reguladoras estão vinculadas. Ao contrário, detectamos que em todas as leis de criação fixou-se, de forma abrangente, porém clara e objetiva, princípios, objetivos e, neste contexto, limites de atuação das Agências e dos Ministérios.⁶⁰

Deveras, as leis que instituíram as agências reguladoras estabelecem, de modo expresso, a vinculação dessas entidades ao seu respectivo Ministério, conforme se verá adiante.

A Lei 9.427/1996, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, em seu art. 1º, define que a agência está vinculada ao Ministério de Minas e Energia. Em seguida, estabelece no art. 3º, I, ser dever da autarquia implementar as políticas e diretrizes do governo federal para o setor.

A Lei 9.472/1997, que instituiu a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, em seu art. 8º, determina a vinculação da agência ao Ministério das Comunicações. Mais adiante, dispondo acerca das competências da agência, o art. 19, I, prescreve o dever de implementar a política nacional de telecomunicações. No mesmo artigo, o inciso XXIX estabelece o dever de envio de relatório anual de suas atividades ao Ministério das Comunicações, contendo o cumprimento da política do setor definida pelo Poder Executivo.

A Lei 9.478/1997, que instituiu a Agência Nacional de Petróleo – ANP, em seu art. 7º, fixa o vínculo da autarquia com o Ministério de Minas e Energia. No art. 8º, I, incumbelhe da implementação da política nacional de petróleo e gás natural, contida na política energética nacional.

A Lei 9.782/1999, que instituiu a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, estatui em seu art. 3º que a agência está vinculada ao Ministério da Saúde. O art. 7º estabelece que compete à agência proceder à implementação e à execução do disposto nos

⁶⁰ **Op. cit.** p. 212.

incisos II a VII do art. 2º da lei, referentes à política de vigilância sanitária. Note-se que não se incluiu o inciso I, pois não cabe à agência definir a política nacional de vigilância sanitária, mas apenas implementá-la e executá-la dentro dos limites fixados pela União.

Esses são apenas alguns exemplos para demonstrar que as agências reguladoras estão vinculadas ao seu respectivo Ministério e devem atuar no âmbito de competência que lhes foi atribuído pela União, ou pela pessoa política que as instituiu.

Em virtude disso, as agências reguladoras não são entidades independentes, mas sim, autônomas, na medida em que possuem certa margem de liberdade, uma liberdade condicionada.

5. Recurso hierárquico impróprio

A questão atinente ao cabimento do recurso hierárquico impróprio das decisões das agências reguladoras tem sido objeto de grande divergência doutrinária.

A doutrina majoritária tem entendido que as decisões das agências não são passíveis de revisão ou alteração pelo próprio Poder Executivo, tendo em vista que as leis criadoras dessas entidades dispuseram que a natureza de autarquia especial conferida às agências é caracterizada, dentre outras, pela ausência de subordinação hierárquica.

Para estes autores, as agências reguladoras funcionariam como última instância administrativa, vez que foram dotadas de autonomia funcional por suas respectivas leis criadoras, e a admissão de recurso contra suas decisões para o Poder Executivo central enfraqueceria sua autonomia política, por permitir ingerências por parte dos agentes políticos no desempenho de suas funções.

Nesse sentido, entende MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO que não cabe recurso hierárquico impróprio das decisões das agências reguladoras por serem autarquias de regime especial, caracterizado por conferir uma maior autonomia em relação à Administração Direta. Entretanto, a autora entra em contradição quando afirma que a independência das agências deve ser entendida em conformidade com a Constituição brasileira. Sustenta que, como autarquias, as agências submetem-se à tutela ou controle administrativo exercido pelo Ministério a que se acham vinculadas; ao controle exercido pelo Congresso nacional, previsto no art. 49, X da CF; e à direção superior da administração federal, conforme os ditames do art. 84, II da Carta.⁶¹

⁶¹ **Direito Administrativo...** p. 406.

Cabe, aqui, o comentário de CONRADO HÜBNER MENDES acerca da opinião de DI PIETRO: “...a autora, quando trata da independência em relação ao Poder Executivo, parece ter uma opinião confusa.[...] Se sujeitas ao controle ministerial, como se pode falar em independência em relação ao Executivo?”⁶²

Também MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO entende que as decisões das agências não são passíveis de revisão ou alteração pelo próprio Poder Executivo, conforme se depreende da seguinte passagem:

não deve caber controle administrativo pela via do recurso hierárquico impróprio, admitindo-se que a decisão da agência reguladora possa ser revista ou modificada por um agente político (como um Ministro ou Secretário de Estado, por exemplo). Isso retiraria toda a independência da entidade e a segurança dos investidores, que ficariam, assim, sujeitos a critérios políticos (e, porque não dizer, demagógicos) de julgamento.⁶³

O mesmo entendimento é compartilhado por ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO⁶⁴, para quem a admissão de revisão das decisões das agências desvirtuaria a finalidade para a qual foram criadas, por retirar-lhes a independência política, tornando inócua a impossibilidade de livre exoneração de seus dirigentes. Ademais, sustenta o autor que nenhuma lei prevê a existência de recurso administrativo impróprio contra as decisões das agências reguladoras, o que impossibilitaria o cabimento de tal recurso.

Igualmente, LEILA CUÉLLAR entende que não há possibilidade de haver recursos hierárquicos para o ente central, afirmando que “como órgãos técnicos, que devem agir de forma neutra, objetiva, as agências reguladoras possuem poder de decisão (poderes normativos e parajurisdicionais) e não se submetem a poder hierárquico.”⁶⁵

Na mesma toada, PAULO ROBERTO FERREIRA MOTTA afirma que: “desde já, então, pode-se considerar que o denominado controle interno está, de acordo com a lei criadora de cada agência, afastado com maior ou menor intensidade.”⁶⁶

Como visto, os autores que defendem o não-cabimento de recurso hierárquico impróprio fazem-no com base em dois argumentos principais: 1) o enfraquecimento das agências enquanto entes politicamente independentes, violando a “ausência de vínculo

⁶² Reforma do Estado e Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 125.

⁶³ **Agências Reguladoras**. RDA, Rio de Janeiro, v. 216, p. 148, abr./jun. 1999.

⁶⁴ **Op. cit.** p. 346-349.

⁶⁵ **Op. cit.** p. 105.

⁶⁶ **Op. cit.** p. 130.

hierárquico” estabelecida nas leis instituidoras; 2) a ausência de previsão legal quanto ao recurso administrativo impróprio nas leis que criaram as agências reguladoras.

Contudo, esse parece não ser o melhor entendimento, pelos motivos adiante expostos.

As agências reguladoras são autarquias vinculadas ao Ministério do setor da economia que regulam, em virtude do disposto na própria lei que as instituiu. Essa vinculação se reflete, sobretudo, no dever de implementação das políticas públicas traçadas pelo Poder Executivo. Ou seja, as agências devem atuar em estrita consonância com o plano de governo e com as diretrizes fixadas pelo poder central, sob pena de ilegalidade.

Ora, se as próprias leis que criaram as agências reguladoras estabelecem um vínculo com o Poder Executivo central, parece que o fato de tais leis caracterizarem as agências como entidades sem subordinação hierárquica, bem como, deixarem de prever o cabimento de recuso hierárquico impróprio, não pode servir de óbice para autorizar o controle da atuação das agências no âmbito administrativo, pela Administração Direta.

Vale dizer, as agências reguladoras não podem ser a última instância administrativa de suas decisões, justo porque rejeitar o controle tutelar pela via do recurso hierárquico impróprio seria negar a própria natureza autárquica das agências, criando-se uma nova figura na Administração Pública brasileira, em evidente inconstitucionalidade.

Lembrando que as agências são entidades legitimadas democraticamente através de sua vinculação ao Poder Executivo, esclarece BARROSO que:

se couber às agências a determinação integral das políticas públicas do setor regulado, pouco restará ao Chefe do Executivo em termos de competência decisória, valendo lembrar que é ele quem detém a legitimidade democrática, recebida nas eleições, para exercer a função administrativa.⁶⁷

Nesse sentido, comenta MARÇAL JUSTEN FILHO:

Reconhece-se que as decisões realizadas pelas agências, mesmo que atinentes a setores técnico-científicos específicos, envolvem escolhas de natureza política. Se assim se passa, cabe examinar a extensão da autonomia política dessas entidades. Seria possível produzirem decisões incompatíveis com os projetos políticos consagrados pelo Executivo e pelo Congresso Nacional? Evidentemente, a resposta apenas pode ser negativa. [...] Justamente por ser técnica, a decisão não é livre. [...] Será inválida a decisão que ocultar a existência de um juízo de conveniência sob o manto da técnica. Se, em face da técnica, diversas alternativas existem, será viciada a decisão que o negar. Dito em outras palavras, a avaliação da conveniência que conduz à escolha de uma dentre diversas alternativas tem de ser exposta claramente

⁶⁷ **Op. cit.** p. 302.

e justificada, sob pena de caracterização de desvio de finalidade, erro de fato ou outro vício.⁶⁸

Portanto, os abusos ou excessos de poder praticados pelas agências reguladoras devem ser evitados através do monitoramento da conformidade da atividade regulatória das agências com a lei, ou através de recurso à Administração Direta, uma vez que a Constituição Federal de 1988 é clara ao dizer, em seu art. 84, II, que “compete privativamente ao Presidente da República exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal”.

No intuito de disciplinar a questão do controle das agências reguladoras, foram apresentados dois projetos de lei do Senado Federal: o Projeto de Lei nº 38/2003, de autoria do Senador Arthur Virgílio, destinado a instituir o controle externo das agências reguladoras através do Congresso Nacional; e o Projeto de Lei nº 413/2003, de autoria da Deputada Telma de Souza, com o objetivo de estabelecer o controle interno, ou seja, pelo próprio Poder Executivo.

Tendo em vista que o presente tópico trata do recurso hierárquico impróprio, portanto, do controle interno das agências, faremos a análise do PL nº 413/2003, apenas.

O art. 2º do referido projeto de lei assim dispõe:

Art. 2º - O art. 8º e o art. 24º da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 8º - (...)

§ 2º - A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, mandato fixo e autonomia financeira.

Observe-se que o dispositivo altera o art. 8º da lei da ANATEL, o qual passaria a não mais incluir a característica de “ausência de subordinação hierárquica”, defendendo o cabimento do recurso hierárquico impróprio de suas decisões.

A análise do referido artigo serve para demonstrar que as agências não são entes independentes em relação ao Poder Executivo, na medida em que suas decisões estão sujeitas a revisão, ainda que no plano estritamente legal, pelo órgão da administração direta ao qual se vinculam. Do contrário, estar-se-ia violando o disposto no art. 84, II, da CF, que afirma ser da competência privativa do Presidente da República o exercício da direção superior da administração federal.

⁶⁸ **Op. cit.** p. 531-532.

Por essa razão, JOSÉ ALBERTO BUCHEB atenta para o fato de que “a adoção do modelo de autonomia irrestrita dessas entidades conduz ao paradoxo da coexistência de ‘administrações paralelas’, no âmbito da Administração Pública.”⁶⁹

A Justificativa do PL n° 413/2003, elaborada com a contribuição de EROS ROBERTO GRAU, é clara ao argüir a inconstitucionalidade da ausência de subordinação hierárquica das agências reguladoras, na seguinte passagem:

...é gritantemente evidente que a independência [= ausência de subordinação hierárquica] das autarquias não as coloca à margem do aparato estatal, de modo a legitimar o exercício, por elas, de atuação adversa às políticas públicas governamentais. Assim, ainda que se possa admitir que as autarquias especiais não estejam organicamente integradas na administração ordinária do Estado, não se as pode conceber como entidades desgarradas do aparato estatal e, nele, da Administração.⁷⁰

Note-se, no entanto, que deve-se admitir o cabimento do recurso hierárquico impróprio quando se tratar de abusos ou excessos de poder, ou seja, quando a atuação da agência reguladora extrapolar a competência regulatória que lhe foi atribuída por lei. Destarte, se a agência reguladora agir com discricionariedade, porém, dentro dos limites legais de sua competência, não se deve admitir a revisão de suas decisões, vez que, aí sim, estar-se-ia a retirar a autonomia da entidade e a segurança dos investidores, sujeitando-a a critérios políticos de julgamento.

Nesse diapasão, SÉRGIO GUERRA explica que:

o que se quer destacar é que se concorda com o pensamento daqueles doutrinadores que não admitem recurso hierárquico impróprio contra as decisões finais das agências reguladoras (cuja lei de criação disponha que suas decisões se dêem em último grau), quando exercem as funções executivas, normativas ou judicantes dentro dos limites de suas competências técnicas regulatórias, inclusive e notadamente as discricionárias.”⁷¹

O autor prossegue, dizendo que:

no entanto, é plausível sustentar ser cabível o recurso hierárquico impróprio contra as decisões do órgão máximo das agências reguladoras quando deliberarem acerca de temas exclusivamente relacionados às políticas públicas do setor regulado, em flagrante ilegalidade e usurpação de competência do Poder Legislativo e do Poder

⁶⁹ **A Autonomia das Agências Reguladoras e a Estabilidade de seus Dirigentes.** RDA, Rio de Janeiro, v. 232, p. 100, abr./jun. 2003.

⁷⁰ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/118450.pdf>>

⁷¹ **Controle das agências...** p. 217.

Executivo, aí estando incluída a esfera ministerial com supedâneo no art. 76 da Constituição da República.⁷²

Comentando a questão da autonomia da administração autônoma, em Portugal, ensina VITAL MOREIRA que, a despeito de haver uma margem de liberdade de atuação, o controle de legalidade sobre a administração autônoma não prescinde da supervisão da Administração Pública, uma vez que encontra-se vinculada à ela. O autor esclarece que:

a não sujeição a um incisivo poder de orientação do Estado é a característica jurídica decisiva da administração autônoma. Mas a administração autônoma não está naturalmente isenta do princípio de legalidade da administração; e a supremacia administrativa do Estado justifica que o controle de legalidade não seja imediatamente remetido para os tribunais, antes possa ser desde logo exercido pelo Estado-administração.⁷³

Embora a jurisprudência não seja pacífica sobre o tema, já existe precedente do STF, no RMS n° 20976-DF, *DJ* de 16-2-90, p. 928, em que se decidiu que as decisões não são passíveis de revisão quando as agências se mantiverem no exercício regular e legítimo de suas atividades finalísticas, vale dizer, segundo esse entendimento, somente se admite recurso hierárquico impróprio quando houver alguma ilegalidade.

Portanto, deve-se reputar cabível o recurso hierárquico impróprio quando a atuação da agência reguladora extrapolar a competência regulatória que lhe foi atribuída por lei, ainda que não haja previsão legal para tanto.

⁷² **Idem.** p. 218.

⁷³ **Op. cit.** p. 206.

CAPÍTULO III – A DIREÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E A IMPOSSIBILIDADE DE LIVRE DEMISSÃO DOS DIRIGENTES DAS AGÊNCIAS

Passada a análise da origem, conceito e características das agências reguladoras brasileiras, bem como do controle sobre elas exercido pelo Poder Executivo, chegamos ao ponto nodal do presente estudo, que diz respeito ao regime jurídico dos dirigentes das agências, sob o enfoque constitucional.

Para isso, faz-se mister um exame minucioso acerca da configuração estrutural das agências reguladoras, estudando-se a legislação que disciplina a matéria, a composição da direção das entidades, a forma de provimento e exoneração dos seus dirigentes, a natureza jurídica dos cargos de administração da agência e a questão da fixação de prazo certo para o exercício dos mandatos, a fim de se chegar a uma conclusão sobre a constitucionalidade da garantia de impossibilidade de livre demissão dos dirigentes das agências.

1. A disciplina legal da estrutura organizacional das agências

Tendo em vista que a Constituição Federal não disciplinou o instituto das agências reguladoras, relegando o tratamento do tema para a legislação infra-constitucional, cada agência foi criada de acordo com as características estabelecidas por sua respectiva lei. Destarte, ocorreu uma fragmentariedade do regime jurídico aplicável às agências.

Essa situação somente foi solucionada com a edição da Lei nº 9.986/2000, que, dispondo sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras federais, uniformizou a disciplina jurídica da matéria.

Note-se que, apesar de se tratar de lei específica, o referido diploma legal possui natureza de lei ordinária, e não de lei complementar, vez que a matéria regulada não foi eleita pela Constituição para sujeitar-se a um regime jurídico peculiar.

Assim sendo, não há hierarquia normativa entre a Lei 9.986/2000 e as demais leis ordinárias, havendo plena possibilidade de revogação de suas disposições por leis ordinárias posteriores.

A citada lei disciplina duas questões relativas à organização administrativa das agências reguladoras: os dirigentes e os servidores. Nosso estudo ficará restrito ao exame da primeira questão, apenas.

1.1. Aplicação analógica às agências estaduais, municipais e distritais

A despeito de a Lei 9.986/2000 disciplinar as agências reguladoras federais, deve-se aplicar seus dispositivos analogicamente às esferas estadual, municipal e distrital.

2. A direção das agências

2.1. O modelo colegiado

Há três configurações para a direção das agências: o modelo unipessoal; o modelo colegiado puro e o modelo colegiado misto. Como a própria denominação indica, enquanto no modelo unipessoal os poderes atribuídos à agência são concentrados num único sujeito, no modelo colegiado puro as decisões das agências são tomadas por um conjunto de sujeitos com funções indiferenciadas, sob a presidência de um deles. No modelo colegiado misto, por sua vez, há a atribuição de competências específicas e conjuntas; as competências específicas são desempenhadas isoladamente pelos diretores, nas matérias de menor importância; enquanto que as competências conjuntas são desempenhadas por todos os diretores, naquelas matérias de maior relevo para a agência.

O legislador pátrio optou pelo modelo colegiado, conforme se depreende do art. 4º da Lei nº 9.986/2000, *in verbis*: “Art. 4º As Agências serão dirigidas em regime de colegiado, por um Conselho Diretor ou Diretoria composta por Conselheiros ou Diretores, sendo um deles o seu Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente.”

A justificativa para a adoção deste modelo está na possibilidade de controle recíproco entre os diretores da agência, evitando a concentração dos poderes nas mãos de apenas uma pessoa, o que deixaria as decisões das agências mais vulneráveis a ingerências políticas externas.

Sobre o tema, assevera LEILA CUÉLLAR:

outro fator importante que contribui para garantir maior independência na atuação das agências relaciona-se com a previsão, na maior parte das vezes, de órgãos de direção colegiados. A composição colegiada permite a existência de entendimentos diversos e favorece o diálogo, garantindo uma atuação imparcial e evitando que prevaleçam entendimentos unilaterais.⁷⁴

⁷⁴ Quadro Jurídico das Agências reguladoras Brasileiras. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.) **Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 432.

Note-se que a Lei 9.986/2000 não definiu o tipo de modelo colegiado, mas também não proibiu a partilha de competências específicas entre os diretores, de modo que, de acordo com a lei instituidora de cada agência, a direção poderá tomar a configuração colegiada pura ou mista. Contudo, a despeito de ser uma direção colegiada, deverá haver um diretor-presidente, titular de competências de coordenação da direção.

2.2. Regime jurídico dos cargos de administração da agência

A previsão legal de investidura do administrador de agência reguladora em mandato fixo, vedando-se a exoneração *ad nutum*, tem gerado certa discussão na doutrina acerca da constitucionalidade do regime adotado. Isso porque a Constituição Federal dispõe, em seu art. 37, II, que:

a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Dáí decorreriam dois regime jurídicos compatíveis com a Constituição: os cargos e empregos providos através de concurso público; e os cargos em comissão. No primeiro caso, a investidura no cargo seria por prazo indeterminado, podendo ser impostas certas restrições à exoneração; enquanto que no segundo caso, tanto a investidura quanto a exoneração seriam livres e sem qualquer requisito ou restrição.

Uma interpretação literal do texto constitucional excluiria a possibilidade de um terceiro regime jurídico, em que a investidura no cargo se desse por nomeação (sem concurso), a prazo certo e com garantia contra a demissão imotivada.

De acordo com esse entendimento, portanto, o regime jurídico adotado pelas leis que disciplinam as agências reguladoras seria inconstitucional, por violar o disposto no art. 37, II, da CF/88. Todavia, uma análise um pouco mais aprofundada da Carta parece dizer o contrário.

2.3. Cargos em comissão

Inicialmente, deve-se reconhecer que o regime jurídico aplicável aos dirigentes das agências reguladoras é o dos cargos em comissão, e não o dos cargos cuja investidura se faz

mediante concurso público. Isso porque a investidura se dá por nomeação, nos termos do art. 52, III, *f*, da CF.

A controvérsia surge em razão de que, se a Constituição estabelece que cargo em comissão é aquele “declarado em lei de livre nomeação e exoneração”, estaria excluída a possibilidade de haver requisitos à nomeação ou restrições à exoneração dos dirigentes.

Contudo, a própria Constituição prevê cargos em comissão em que não há total liberdade de nomeação, o que demonstra que essa liberdade é apenas relativa.

É o caso do art. 84, XIV, em que a competência do Presidente da República para nomear os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do Banco Central e outros servidores, quando determinado em lei, é limitada pela necessidade de aprovação das nomeações pelo Senado Federal. Vale dizer, apesar de serem cargos em comissão, a nomeação submete-se a um requisito para se aperfeiçoar.

Note-se, ainda, que a Carta estabelece, em seu art. 37, I, que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei...”. Igualmente, dispõe o art. 37, V, que os cargos em comissão devem ser preenchidos nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei.

Seguindo a mesma lógica, a imposição de restrições à exoneração dos ocupantes de cargos em comissão não os descaracterizariam como tal, ainda que estabelecidas por lei.

Ensina JUSTEN FILHO que:

se a natureza jurídica da competência para provimento do cargo em comissão comporta restrições através de lei, isso significa que a lei também pode estabelecer restrições à exoneração. Ou seja, reputa-se incompatível o raciocínio de que a Constituição permite restrições à competência para o provimento dos cargos em comissão e veda limitações à competência para exoneração. Então, é perfeitamente possível que a lei, ao criar o cargo em comissão, determine certos requisitos atinentes ao preenchimento dos cargos. Essa restrição à amplitude dos pressupostos de investidura se reflete, inclusive, na determinação contida no inc. V do art. 37 da CF/88, dispositivo que prevê que os cargos em comissão devem ser preenchidos por servidores de carreira em casos, condições e percentuais mínimos determinados em lei.⁷⁵

No mesmo sentido, observa MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO o seguinte:

Em defesa da constitucionalidade da norma pode ser citado o art. 37, I, CF, que prevê a acessibilidade aos cargos públicos daqueles que preenchem os requisitos

⁷⁵ **Op. cit.** p. 430-431.

previstos em lei; se o requisito é a aprovação política de profissional de reputação ilibada e notória especialização no setor regulado, não pode haver perda do cargo senão nas hipóteses na lei autorizadas. Ademais, o concurso público e os cargos de livre nomeação são critérios para provimentos de cargos reservado reservados aos agentes administrativos, mas não necessariamente aos agentes políticos, que se submetem aos critérios definidos em lei, limitando, assim, a liberdade do administrador na sua exoneração.

Ademais, a concepção de que os cargos em comissão não admitem a imposição de quaisquer exigências ou restrições ao provimento ou à exoneração acaba confundindo discricionariedade com arbitrariedade. Ora, uma hermenêutica jurídica atenta aos princípios constitucionais, sobretudo, ao princípio da finalidade, que impõe à Administração a realização do interesse público, não pode aceitar tal liberdade como absoluta, sob pena de se consentir, *v.g.*, na nomeação de parentes ou de comparsas políticos, sem a qualificação necessária para o exercício do cargo.⁷⁶

Destarte, é plenamente compatível com o regime constitucional vigente que a lei fixe critérios para o provimento de cargos em comissão em que o desempenho da função exija conhecimentos técnico-científicos ou habilidades especiais. Mais que isso, a nomeação para esses cargos pautada tão-somente na confiança do governante é flagrantemente inconstitucional, pois admite a tomada de decisões contrárias ao interesse público.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado no caso da exoneração de ocupantes de cargos em comissão, pois é injusto que o indivíduo que desempenha satisfatoriamente suas funções seja dispensado por desagradar ao governante. Portanto, é possível e desejável que a lei estabeleça hipóteses de perda do cargo.

Visto isso, é possível concluir que a expressão constitucional “livre nomeação e exoneração” deve ser interpretada com reservas, uma vez que o termo “livre” não quer significar liberdade absoluta do governante, e sim, liberdade condicionada aos critérios de nomeação e exoneração estabelecidos em lei ou na própria Constituição, nos casos em que essa limitação seja necessária, como no caso das agências reguladoras.

⁷⁶ Novamente, MARÇAL JUSTEN FILHO leciona que: “A interpretação vigente a propósito dos cargos em comissão reflete práticas herdadas do passado e incompatíveis com a ordem constitucional vigente. Continuou a se aplicar, a propósito dos cargos em comissão, a concepção que identifica discricionariedade e arbítrio. Supõe-se impossível o questionamento das escolhas e decisões do governante, as quais poderiam ser adotadas sem qualquer constrangimento. Assim como se passaria com a indicação do ocupante do cargo em comissão, sua demissão seria o resultado da avaliação mais subjetiva, menos motivada e mais prepotente que se possa imaginar. (...) A restrição à liberdade de exoneração reflete a evolução que impregna o próprio conceito jurídico de discricionariedade. Cada vez mais se rejeita a concepção de que a discricionariedade retrata uma opção a ser exercitada sem observância a parâmetros determinados, fundada exclusivamente em critérios subjetivos da autoridade estatal. A aplicação das teses mais recentes acerca da discricionariedade tem de conduzir à reprovação de atos de investidura em cargos em comissão fundados na pura e simples ‘preferência’ subjetiva do governante.” (Op. cit. p. 431)

Portanto, o regime jurídico dos cargos públicos estabelecido pelo art. 37, II, da CF não se restringe às duas espécies referidas, quais sejam, dos cargos providos mediante concurso público e dos cargos em comissão, comportando um “tertium genus”, de cargos em comissão em que o provimento se dá através de nomeação, para o exercício de mandato fixo, vedada a exoneração “ad nutum”.

Há quem diga que a natureza jurídica dos cargos em comissão compreende sua assessoriedade em relação ao chefe do Poder Executivo, o que implicaria na disponibilidade de todos os cargos em comissão para indicação de pessoas de confiança do governante. Essa concepção pauta-se no princípio republicano, o qual exigiria que os cargos em comissão fossem ocupados por pessoas que compartilhassem dos mesmos ideais políticos. Isso porque os ocupantes desses cargos careceriam de legitimidade democrática, conquistada através do sufrágio popular pelo governante.

Todavia, essa corrente também não se sustenta. Apesar de competir ao Presidente da República, junto com os Ministros de Estado, a direção superior da administração pública federal, podendo exonerá-los a qualquer tempo (art. 84, I e II), isso não significa que a eleição do Presidente impõe a substituição de todos os ocupantes dos cargos em comissão. Embora certos cargos não exijam maiores requisitos além da confiança do governante, essa regra não se aplica a todos.

Ademais, se a Administração Pública se vincula à realização do interesse público, antes do que à vontade política do governante, é certo que os ocupantes de cargos públicos, inclusive os titulares de cargos em comissão, devem desempenhar suas funções para cumprir as imposições do Direito, e não para agradar o seu superior hierárquico.

Portanto, se a nomeação a prazo certo de ocupantes de cargos em comissão é plenamente compatível com o regime constitucional vigente, o regime jurídico dos dirigentes das agências reguladoras também o é.

2.4. A solução consagrada na Lei nº 9.986/2000

A Lei 9.986 qualificou os cargos dos dirigentes das agências reguladoras como “cargos comissionados de direção”, conforme se depreende de seu art. 2º⁷⁷, afirmando expressamente a natureza jurídica de cargos em comissão.

⁷⁷ Art. 2º – Ficam criados, para exercício exclusivo nas Agências Reguladoras, os empregos públicos de nível superior de Regulador, de Analista de Suporte à Regulação, os empregos de nível médio de Técnico em Regulação e de Técnico de Suporte à Regulação, os cargos efetivos de nível superior de Procurador, os Cargos

2.5. Procedimento de investidura

2.5.1. Nomeação

Sobre o procedimento de investidura dos diretores das agências reguladoras federais, a referida lei estabelece, em seu art. 5º, que é da competência do Presidente da República nomeá-los, após aprovação do Senado Federal, nos termos do art. 52, III, *f*, da CF. Trata-se, assim, de ato complexo, em que a mera indicação do Presidente não é suficiente para aperfeiçoar o ato de nomeação, a qual deverá aprovada pelo Senado, por voto secreto e após argüição pública.

Esta restrição ao poder de nomeação do Presidente da República foi objeto da ADIn nº 1949-0, promovida pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul, alegando a inconstitucionalidade do art. 7º da Lei nº 10.931 do Estado do Rio Grande do Sul. O STF, julgando a Medida Cautelar, indeferiu a liminar, declarando a constitucionalidade do dispositivo que determinava a aprovação prévia, dos membros do Conselho Superior da Agência nomeados pelo Governador, pela Assembléia Legislativa, em face do disposto no art. 52, III, *f* da CF.

Contudo, nem sempre se entendeu assim. À época em que era vigente a Constituição de 1946, o STF inadmitia quaisquer restrições ao poder do chefe do Executivo, de nomear e exonerar ocupantes de cargos públicos, entendimento que foi consolidado na Súmula nº 25⁷⁸. Porém, no precedente que serviu de fundamento para a edição da referida súmula, o Mandado de Segurança nº 8.693-DF, o Ministro Victor Nunes Leal proferiu voto divergente contrariando o entendimento majoritário, que serviu de paradigma para o voto do Ministro Nelson Jobim, na ADIn nº 1949-0⁷⁹.⁸⁰

Comissionados de Direção – CD, de Gerência Executiva – CGE, de Assessoria – CA e de Assistência – CAS, e os Cargos Comissionados Técnicos – CCT, constantes do Anexo I.

⁷⁸ Súmula nº 25 do STF: “A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo de dirigente de autarquia.”

⁷⁹ A respeito da decisão proferida na ADIn nº 1949-0, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO cita o comentário de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, a seguir transcrito: “Quanto à Súmula nº 25, vigente ainda o regime constitucional de 1946, seu teor repudiava quaisquer restrições ao poder, do chefe do Executivo, de prover e desprover os cargos públicos, não obstante a decisão que lhe serviu de precedente básico, no Mandado de Segurança nº 8.693, ostentasse a luminosa divergência de Victor Nunes Leal, posta de forma erudita e vanguardeira para sua época, ao reconhecer que a competência administrativa de prover cargos públicos, na forma da lei, admite configurações de investiduras outras, desde que expressamente definidas na lei criadora. Mas é quanto à ‘lógica do regime presidencial’ que mais radiou a preclara visão de Victor Nunes Leal, ao considerar que essa previsão de investidura por prazo determinado era providencialmente necessária para estabelecer um regime de autonomia administrativa, desenhado por lei, como condição necessária para desenvolver uma ‘política legislativa’ sobre um determinado setor, sem interferência da política partidária, desenvolvida pelo Executivo, à semelhança do que já ocorria abundantemente em outras nações e,

2.5.2. Nomeação do Presidente da agência reguladora

O presidente do órgão colegiado também será nomeado pelo Presidente da República, dentre os diretores nomeados, conforme dispõe o § único do art. 5º da Lei 9.986. Note-se, ainda, que quem for escolhido presidente manterá essa condição até o final do mandato, pois a lei estabelece que o presidente será investido na função pelo prazo fixado no ato de nomeação.

2.5.3. Requisitos

As agências reguladoras foram instituídas para desempenhar funções regulatórias em setores determinados da economia, com vistas a garantir a eficiência e a qualidade na prestação dos serviços públicos e no desenvolvimento das atividades econômicas, além de dar segurança jurídica aos investidores estrangeiros, em face do processo de desestatização do país.

Destarte, os administradores das agências devem possuir conhecimentos técnico-científicos proporcionais à natureza das funções e responsabilidades do cargo.

Para isso, é indispensável que a lei deve estabeleça requisitos de nomeação dos dirigentes. Nesse sentido, leciona JUSTEN FILHO que:

se as atividades administrativas dispensarem conhecimentos e habilidades especiais, a agência não poderia ter sido criada, eis que o setor de atuação a ela reservado não apresentaria especialidade própria. Sua instituição representou desvio de função legislativa e ofensa aos princípios fundamentais da República brasileira. Se o setor no qual a agência exerce suas atribuições for especializado, o administrador teria de ser titular de qualificação subjetiva especial. A ausência de exigência quanto a isso configura outra modalidade de desvio de função legislativa, com ofensa inclusive ao princípio da moralidade.⁸¹

destacadamente, nos Estados Unidos da América. (...) À época, o voto vencido não logrou pleno reconhecimento de seu pares, não obstante sua notável antecipação em matéria de administração pública e de direito administrativo, mas, hoje, quase quarenta anos depois, vem de ser restabelecido, em toda a sua meridiana clareza e rica fundamentação, pela pena ilustre do Ministro Nelson Jobim que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1949-0, em longo voto proferido na apreciação de liminar, a maioria do excelso pretório no sentido do reconhecimento do novo e autêntico perfil independente das agências reguladoras.” (**Agências Reguladoras...** pp. 342-343.)

⁸⁰ O estudo das razões favoráveis e contrárias à constitucionalidade das restrições à nomeação e exoneração pelo Presidente da República será feito ponto 2.10 deste capítulo.

⁸¹ **O direito das agências...** p. 438.

A Lei nº 9.986 estabelece critérios para a nomeação dos dirigentes, dispondo em seu art. 5º que:

O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados.

Há, portanto, quatro requisitos para investidura em cargo de direção da agência, lembrando que a indicação deverá ser aprovada pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, III, *f* da CF.

2.5.3.1. Nacionalidade brasileira

É necessário que o dirigente tenha nacionalidade brasileira, seja ele brasileiro nato ou naturalizado (art. 12, CF).

2.5.3.2. Reputação ilibada

Trata-se de um conceito jurídico indeterminado, que implica em um juízo de valor acerca da conduta social e do desempenho profissional do sujeito.

Entende-se por reputação o conjunto de opiniões sobre determinado sujeito; é a valoração social que um sujeito recebe do grupo.

A seu turno, reputação ilibada significa que o sujeito possui uma valoração favorável, positiva, sem qualquer mancha, pura.

No contexto da Lei 9.986, a reputação ilibada exigida do administrador significa que o sujeito deve ter uma valoração social positiva no tocante ao desempenho de cargos públicos e atividades profissionais relacionadas com a função inerente ao cargo.

2.5.3.3. Formação universitária e elevado conceito na área de atuação

Além da nacionalidade brasileira e da reputação ilibada, exige-se que o administrador tenha conhecimentos técnico-científicos na área de atuação da agência.

Assim, é necessário que o sujeito tenha formação universitária. Mas apenas isso não é suficiente. É indispensável que o administrador tenha um elevado conceito na área de sua atuação.

Trata-se, novamente, de um conceito jurídico indeterminado, que implica uma avaliação sobre as habilidades, conhecimento e capacidade do indivíduo. Porém, essa avaliação não é destituída de critérios.

Em primeiro lugar, o elevado conceito deve ser aferido pelos profissionais especializados na área de conhecimento respectiva, não se admitindo como suficiente a manifestação de leigos.

Depois, não basta que o sujeito seja reconhecido como titular de conhecimentos em certa área; é necessário que os profissionais do segmento especializado considerem-no um “expert”, uma verdadeira autoridade no setor, a ponto de respeitá-lo e admirá-lo profissionalmente.

Por fim, é indispensável a existência de dados objetivos que comprovem a avaliação do sujeito como tal, *v.g.*, a publicação de artigos científicos em periódicos reconhecidos pela comunidade acadêmica; a participação em eventos importantes, ministrando palestras; a conclusão de trabalhos de alto nível técnico; etc.

2.5.3.4. Os requisitos e a aprovação do Senado Federal

Finalizando este tópico, é importante notar que, se de um lado, a aprovação do Senado Federal não supre a ausência dos requisitos exigidos pela Lei, de outro, a presença dos requisitos não dispensa a aprovação pelo Legislativo.

Deste modo, mesmo presentes os requisitos da nacionalidade brasileira, reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito na área de atuação, é possível a reprovação da nomeação pelo Senado.

Da mesma forma, cabe o controle jurisdicional do ato de nomeação quando, ausente algum ou todos os requisitos, houver a indicação pelo Executivo e a aprovação pelo Legislativo.

Todavia, não é isso o que se verifica na prática. Conforme será analisado mais adiante, no item 2.10.1, as nomeações dos dirigentes das agências têm sido feitas com base em critérios eminentemente políticos, sem a observância dos requisitos exigidos pela lei, o que acaba frustrando o objetivo para o qual foram criadas as agências, qual seja, a regulação eficiente e técnica de determinado setor da economia, sem ingerências políticas.

2.6. Regime de incompatibilidades

As agências reguladoras foram instituídas sob a forma de autarquias especiais com o objetivo de conferir-lhes maior autonomia no desempenho de suas funções, que exigem elevado nível técnico-científico, neutralizando-se influências políticas.

Para tanto, estabeleceu-se que os administradores das agências serão investidos em mandatos a prazo certo, sendo vedada a exoneração “ad nutum”, nos termos do art. 9º da Lei 9.986/2000.

Ocorre que a garantia dos dirigentes das agências em face dos governantes seria inócua para assegurar a autonomia das agências reguladoras se, junto com ela, não fosse assegurada outra garantia, em face dos grupos privados e de setores da administração pública subordinados à regulação.

2.6.1. Impedimentos

Por esse motivo, o administrador da agência estará impedido de exercer suas funções quando sua imparcialidade estiver comprometida por vínculos pessoais com agentes privados ou com o próprio setor público sujeito à regulação.

A Constituição estabelece, no art. 37, “caput”, que a administração pública direta e indireta obedecerá, dentre outros, aos princípios da impessoalidade e da moralidade, determinando, ainda, que “a lei disporá sobre os requisitos e as restrições ao ocupante de cargo ou emprego da administração direta e indireta que possibilite o acesso a informações privilegiadas” (art. 37, § 7º).

Assim, para a investidura no cargo de administrador de uma agência reguladora é necessário que o sujeito, além de atender a todos os requisitos do art. 5º da Lei 9.986, não se encontre em situação de conflito de interesses. No entanto, quando houver impedimento dessa natureza, o administrador deve afastar-se espontaneamente de suas funções.

É o que preleciona MARÇAL JUSTEN FILHO:

Exige-se do administrador da agência o requisito da imparcialidade, tal como se passa com todos os demais servidores. No entanto, a relevância das atribuições reservadas às agências acarreta a ampliação da importância desse requisito. Sempre que se caracterizar o conflito de interesses, o administrador deve afastar-se espontaneamente de suas funções pelo tempo e no tocante as operações em que se caracterizar o conflito, se não for o caso de desligamento definitivo. Se não se passar o afastamento espontâneo, caberá produzi-lo de modo compulsório, inclusive por provocação de qualquer cidadão.⁸²

⁸² O direito das agências reguladoras... p. 441.

Vale ressaltar que o impedimento somente se caracteriza quando o indivíduo se encontrar contemporaneamente em uma situação de conflito de interesses, ou seja, o sujeito não pode ser excluído em virtude de seus vínculos anteriores com a iniciativa privada ou com o setor público. Isso se justifica pelo fato de que, se na teoria, a imparcialidade implica a vedação à nomeação um administrador que tenha se vinculado no passado a algum agente privado ou à administração pública, na prática, esse entendimento deve ser relativizado.

Ora, o cargo de administrador da agência exige do candidato um elevado grau de conhecimento em um ramo específico de atuação, o que limita o número de candidatos a um grupo muito restrito. Ademais, a experiência e o conhecimento exigidos do candidato são adquiridos, muitas vezes, pela sua atuação na iniciativa privada, fenômeno chamado pela doutrina estrangeira de “revolving door”.⁸³ Portanto, não se pode conceber a imparcialidade em termos absolutos, sendo que o candidato somente deve ser tido como impedido quando houver vínculos presentes com o setor privado ou com ramo da administração pública sujeito à regulação.

2.6.2. Quarentena

Se de um lado, o administrador da agência não poderá exercer suas funções quando se encontrar em situação de conflitos de interesses, em virtude da existência de vínculos presentes com grupos políticos ou econômicos, de outro lado, é preciso evitar que a atuação do dirigente destine-se a privilegiar determinados grupos para os quais pretenda trabalhar depois de deixar o cargo.

Trata-se do fenômeno da captura das agências reguladoras pelo setor privado. Essa teoria foi desenvolvida nos EUA, por George J. Stigler, que percebeu que as agências reguladoras deveriam ser neutralizadas não apenas em relação ao poder político, mas também, em face da influência econômica dos poderosos agentes regulados.

Sobre a teoria da captura, LEILA CUÉLLAR faz uma breve e elucidativa menção, a seguir transcrita:

Analisando a situação dos preços praticados em mercados regulados e não-regulados, relativos ao setor de eletricidade, George J. Stigler observou que a regulação produzia poucos efeitos e acabava por beneficiar os regulados, pois a agência reguladora era capturada pelos interesses dos mesmos (teoria da captura) e

⁸³ **Idem.** p. 443.

fixava preços acima daqueles esperados em um mercado competitivo. Concluiu o autor que o fracasso da regulação decorria do fato de que as agências reguladoras muitas vezes serviam para proteger os interesses dos regulados e não o interesse público.⁸⁴

Em virtude disso, estabeleceu-se em lei a chamada “quarentena”: trata-se de um certo período após o término do mandato durante o qual é proibido ao dirigente o exercício de qualquer atividade em empresas do setor regulado.

A Lei 9.986/2000 previu, em seu art. 8º, o seguinte: “terminado o mandato, o ex-dirigente ficará impedido, por um período de quatro meses, contado da data do término do seu mandato, de prestar qualquer tipo de serviço no setor público ou a empresa integrante do setor regulado pela Agência”.

Ademais, o mesmo diploma prevê, no art. 8º, § 2º que “durante o impedimento, o ex-dirigente ficará vinculado à Agência, fazendo jus a remuneração equivalente à do cargo de direção que exerceu, sendo assegurado, no caso de servidor público, todos os direitos como se estivesse em efetivo exercício das atribuições do cargo.”

Contudo, analisando a legislação pertinente às agências, observamos que na maioria das vezes, o prazo de “quarentena” é fixado em um ano. É o que estabelecem as leis relativas à ANATEL, à ANS, à ANEEL, à ANP, à ANVISA, à ANTAQ e à ANTT.

Note-se que há uma sensível diferença entre os prazos de “quarentena” fixados, surgindo dúvida quanto ao diploma aplicável. Embora não haja hierarquia entre a Lei 9.986 e as leis criadoras das agências reguladoras, há superveniência de umas em relação a outras. A Lei 9.986 entrou em vigência em 2000, quando já existiam diversas agências reguladoras, como é o caso da ANATEL (Lei nº 9.472/1997), da ANEEL (Lei nº 9.427/1996), da ANP (Lei nº 9.478/1997) e da ANVISA (Lei nº 9.782/1999). Destarte, o prazo de quatro meses fixado na Lei 9.986 teria alterado o prazo de um ano estabelecido anteriormente. Contudo, tendo em vista que as leis criadoras das agências são leis especiais em relação à Lei 9.986, bem como, que o prazo mais reduzido de incompatibilidades é prejudicial à garantia de autonomia das agências, a disposição que fixa o prazo de quatro meses não pode prevalecer em face de outras que estabeleçam um prazo superior de “quarentena”.

Nesse sentido, afirma LEILA CUÉLLAR que:

embora seja difícil delimitar qual seria o período necessário/ideal para impor esta incompatibilidade pós-mandato, visando sempre garantir a independência do ente regulador, merece crítica a alteração imposta na Lei n. 9986, admitindo um prazo de

⁸⁴ Quadro Jurídico das Agências reguladoras Brasileiras... p. 434.

incompatibilidade de somente quatro meses. Este lapso temporal mais reduzido não se coaduna com as preocupações acerca da valorização da independência das agências reguladoras.⁸⁵

2.7. Mandatos descoincidentes

A autonomia das agências reguladoras em face da esfera política é reforçada pela fixação de mandatos descoincidentes para os administradores, de modo que a direção colegiada da agência seja composta por sujeitos nomeados por diferentes governantes, criando um sistema de controle interno que neutralize a influência de determinada corrente política.

Quando as agências são criadas, fixam-se mandatos com prazo diverso para os administradores, de modo que os governantes subseqüentes, no início do mandato, nomearão apenas parte da direção colegiada. Com isso, há uma heterogeneidade na composição das agências, que propicia a manifestação de um sistema de freios e contrapesos.

Todavia, note-se que esse mecanismo de garantia da autonomia das agências será mais eficaz se a competência dos administradores for comum e indiferenciada, pois a atribuição de competências específicas e determinadas aos diretores torna a tomada de decisões mais vulnerável aos interesses políticos de quem os nomeou.

A Constituição não disciplinou esta matéria, contudo, tal omissão não pode ser tida como uma restrição, tendo em vista que a descoincidência dos mandatos visa garantir o bom desempenho das agências, através de uma atuação democrática dos administradores, calcada no pluralismo político.

A Lei nº 9.986/2000 disciplinou a questão em seu art. 7º, que estabelece que “a lei de criação de cada Agência disporá sobre a forma da não-coincidência de mandato.”

Contudo, há entendimento em sentido contrário. Sustentando a inconstitucionalidade do instrumento, alguns autores defendem a tese de que haveria violação aos princípios democrático e republicano, por manter no cargo pessoa nomeada pelo governante anterior. Ademais, a manutenção do administrador nomeado pelo governante anterior no exercício de suas funções configuraria uma ofensa ao próprio povo, partindo-se do princípio de que a legitimação democrática para o cargo adviria apenas da nomeação. Segundo essa doutrina, a periodicidade dos mandatos políticos implicaria a substituição dos administradores anteriores das agências por outros que sejam nomeados pelo governante eleito.

Nesse sentido, aduz FERNANDO QUADROS DA SILVA:

⁸⁵ Quadro jurídico das agências reguladoras... p. 436.

“A idéia de independência das agências reguladoras deve ser temperada com a idéia de unidade racional do sistema jurídico, que não admite, no seio da Administração Pública, agentes públicos detentores de significativa parcela decisória, com possibilidade de afetar direitos fundamentais, sem estarem subordinados diretamente às formas de investidura política desenhadas pelo constituinte. (...) Parece inviável, portanto, que, sem previsão constitucional e em nome da eficiência técnica, parcelas significativas de poder sejam atribuídas pelo legislador ordinário a pessoas ou entidades, sem a inarredável chancela do povo, titular efetivo do poder estatal.”⁸⁶

Todavia, não se pode concordar com tal entendimento, tendo em vista que a descoincidência dos mandatos é um instrumento de reforço da autonomia orgânica das agências, visto que instaura um controle interno entre os diretores. Com isso, inibe-se a predominância de determinada opinião política na tomada das decisões, o que poderia comprometer o desempenho da agência.

Sobre a questão, leciona LEILA CUÉLLAR:

a legislação vigente estabelece prazos de mandato que sejam descoincidentes entre os diretores. Assim, o início e o término dos mandatos ocorrerão sempre em épocas diversas e nem todos os diretores são nomeados ao mesmo tempo, ou pelo mesmo Chefe do Poder Executivo (ao menos não no primeiro mandato deste). Trata-se de importante garantia para preservação da independência e da neutralidade política dos diretores das agências e das próprias agências.^{87 88}

Veja-se, também, a lição de SÉRGIO FERRAZ:

Vários e renomados juristas têm apostado, equivocadamente parece-nos (com profunda e respeitosa vênua), a pecha de inconstitucionalidade, a tais preceitos, que importariam em atentado à liberdade administrativa do Governo, quando os mandatos dos dirigentes ultrapassassem o período do Chefe do Executivo que os designara. Ora, em ponto algum, da Constituição Federal, se consagra o “princípio da coincidência dos mandatos” (ao contrário se põe, como se constata do § 2º do artigo 46, por exemplo). No ponto em tela o princípio republicano é o da “temporiedade dos mandatos” e essa é absolutamente observada nos preceptivos legais mencionados no parágrafo anterior. Doutra banda, a “descoincidência dos

⁸⁶ **Agências Reguladoras...** p. 152.

⁸⁷ **Quadro Jurídico das agências reguladoras...** p. 433.

⁸⁸ Ao que parece, porém, a autora já teve outro entendimento, reproduzido no seguinte trecho: “embora se pretenda garantir a autonomia das agências também através da limitação das hipóteses de exoneração de seus diretores, parece-nos que a impossibilidade de demissão “ad nutum” dos dirigentes das agências pelo Chefe do Poder Executivo é inconstitucional, porque, ainda que indiretamente, viola o princípio da República, ao possibilitar que pessoa nomeada por um governante, porque de sua confiança, permaneça no exercício das funções para as quais foi designado durante o governo posterior. (...) Assim, no intuito de reforçar e resguardar a independência política que se pretende conferir às agências, talvez fosse oportuno que se estabelecesse uma ‘regra fixa’ acerca da substituição dos seus diretores, de governo a governo.” (**As Agências Reguladoras e Seu Poder...** pp. 100-101)

mandatos opera até a plena realização de superiores princípios constitucionais, particularmente, os da moralidade, da razoabilidade e da eficiência.”⁸⁹

2.8. Mandato fixo

Os administradores das agências são nomeados para o exercício de mandato a prazo certo, sendo vedada a exoneração “ad nutum”. Conforme visto anteriormente, a instituição de cargos em comissão a prazo certo é plenamente compatível com o regime constitucional vigente.

O prazo do mandato deve ser fixado pela lei criadora da agência, conforme dispõe o art. 6º da Lei 9.986.

2.9. Deveres dos administradores da agência

Os administradores das agências reguladoras são investidos em cargos públicos, sendo-lhes aplicável, portanto, o regime jurídico de Direito Administrativo. Em decorrência disso, os administradores devem cumprir todos os deveres impostos aos servidores públicos.

Todavia, em função da relevância das atividades desempenhadas pelas agências, esses deveres são incrementados, com o objetivo de que as decisões tomadas sempre busquem a realização do interesse público, de forma eficiente e imparcial.

2.9.1. Dever de diligência especial

O autor MARÇAL JUSTEN FILHO denomina esse aumento de responsabilidade de “dever de diligência especial”, o qual implica a submissão dos administradores a um dever de resultado.

É importante, aqui, a distinção entre dever de meio e de resultado, trazida pelo autor. No dever de resultado, o devedor está adstrito à realização de um determinado resultado, independentemente da conduta que adotará para tanto; há, portanto, uma liberdade de atuação do devedor. No dever de meio, por sua vez, o devedor está obrigado a realizar determinada prestação predeterminada, sem ser responsável pela realização do resultado almejado. Nesse caso, não há vinculação da conduta do devedor com o resultado produzido; a responsabilidade do devedor resume-se ao cumprimento da obrigação de meio, apenas.

⁸⁹ Agências Reguladoras: do Teórico ao Concreto. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.) **Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 725.

Portanto, os administradores das agências estão obrigados a realizar o resultado pretendido, de modo que não basta o cumprimento dos padrões médios de diligência; a relevância das funções desempenhadas e o nível de especialização exigido dos dirigentes impõe-lhes um “dever de diligência especial”.

2.9.2. Dever de máxima eficiência

Continua JUSTEN FILHO dizendo que, mais que um dever de diligência para obtenção de um resultado, exige-se dos administradores um dever de máxima eficiência, pelo qual deve ser buscado sempre o melhor resultado, conforme se depreende do seguinte trecho:

o administrador de uma agência reguladora não pode ser focado como um servidor comum, destituído de conhecimento e habilidades especiais. Dele se exige a maior atualização científica, o mais profundo conhecimento dos problemas regulados e a melhor capacitação para identificar e implementar as soluções.⁹⁰

2.9.3. Dever de lealdade

Os administradores devem atuar de forma imparcial, estando vinculados à realização do bem comum. Por isso, estão adstritos a um dever de lealdade à ordem jurídica e ao interesse público.

Em virtude do dever de lealdade, o administrador não pode exercer suas funções quando configurado conflito de interesses, conforme visto no tópico referente aos impedimentos.

2.9.4. Dever de transparência

A atuação dos administradores das agências deve ser transparente, permitindo-se o controle de seus atos através da prestação de contas de suas ações e omissões. O administrador deve motivar suas decisões sempre, a fim de que se possibilite a apuração de eventuais desvios de conduta.

Assim, a discricionariedade do dirigente é reduzida, exigindo-se que sua conduta esteja sempre alinhada à ordem jurídica e ao interesse público.

⁹⁰ **Op. cit.** p. 451.

2.9.5. Responsabilidade dos administradores

O descumprimento injustificado dos deveres funcionais conduz à responsabilização administrativa, civil e penal, conforme o caso. No primeiro caso, a infração do administrador poderá configurar justo motivo para sua demissão.

2.10. Dispensa: impossibilidade de demissão “ad nutum”

As leis que instituíram as agências reguladoras estabelecem que os dirigentes serão investidos em mandatos a prazo certo, durante o qual não poderão ser demitidos sem justo motivo. Trata-se de uma estabilidade provisória aos diretores, que garante uma maior autonomia às agências no desempenho de suas funções.

Como visto no tópico atinente à nomeação, a constitucionalidade da imposição de restrições ao poder de nomeação e exoneração do chefe do Poder Executivo foi objeto de discussão no Mandado de Segurança nº 8.693-DF, o qual serviu de precedente à edição da Súmula nº 25 do STF, que determinava que “a nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo de dirigente de autarquia”.

A seguir, serão analisadas as razões favoráveis e contrárias à constitucionalidade da exoneração de dirigentes de autarquias nomeados a prazo certo.⁹¹

Defendendo a inconstitucionalidade da vedação à exoneração “ad nutum” pelo Presidente da República, o Ministro Relator Ribeiro da Costa proferiu voto fundamentado nos seguintes argumentos: necessidade de ajudar o novo presidente a executar o seu programa de governo; evitar que um governante vinculasse o sucessor às suas políticas; inexistência em nosso direito da figura da estabilidade temporária; só existem cargos vitalícios, efetivos e em comissão, não contemplando a Constituição qualquer outra espécie; e uma visão centralizadora da Administração Pública.

De outro lado, o vencido Ministro Victor Nunes Leal afirmou a constitucionalidade da proibição à livre exoneração, proferindo voto com base nos seguintes fundamentos: a Constituição dispunha que incumbe ao Presidente prover os cargos públicos na forma da lei (e ainda dispõe, no art. 84, XXV⁹²); o exemplo dos EUA; considerando-se o cargo, e não a pessoa, o Presidente da República sempre terá participado da nomeação; o respeito à discricionariedade do Poder Legislativo acerca da melhor estrutura organizacional para implementar as suas políticas; afirma que “quem exerce o cargo só enquanto agrada o outro,

⁹¹ Cf. Alexandre Santos de Aragão. **Op. cit.** p. 342-346.

⁹² Art. 84 – Compete privativamente ao Presidente da República: (...) XXV: Prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei.

não pode, por isso mesmo, manter uma atitude de independência ante a vontade desse outro”; não se trata de “estabilidade temporária”, mas sim de uma restrição legal à exoneração arbitrária, semelhante à que protege os funcionários públicos antes da aquisição da estabilidade; estes dirigentes nomeados a termo certo não exercem propriamente “mandato”, sendo inadequada a aproximação com o mandato civil ou político; o risco do Presidente vincular o seu sucessor à sua política se dá apenas na criação da entidade, pois, em alguns anos, a agência contará com dirigentes nomeados por diversos Presidentes da República; a investidura por prazo certo é uma garantia de independência contra qualquer Presidente da República, mesmo contra aquele que tiver feito as nomeações; é ao Legislador que compete definir se as suas políticas serão melhor alcançadas por dirigentes subordinados ao Chefe do Executivo ou dele independentes.

Recentemente, no julgamento da ADIn nº 1949-0, o Ministro Relator Nelson Jobim proferiu voto com esteio nas lições do Ministro Victor Nunes Leal, afirmando, ainda, que com o processo de desestatização, o Estado ocupou um novo papel, qual seja, o de regulador da economia; que as delegações de serviços públicos não se regem por políticas de Governo, mas sim por políticas legislativas; e a necessidade de segurança jurídica dos agentes regulados.

Afirmando a constitucionalidade da vedação à livre exoneração, MARÇAL JUSTEN FILHO explica que, a despeito de se tratar de cargo em comissão, é perfeitamente compatível com a Constituição a imposição de restrições e limites à exoneração, conforme visto no tópico referente à natureza jurídica do cargo de diretor.

Continuando o raciocínio, o autor explica que a natureza jurídica dos cargos de direção das agências reguladoras não admite a exoneração sem justo motivo, tal qual ocorre na seara dos cargos em comissão propriamente ditos, uma vez que, enquanto nestes o provimento no cargo decorre de vínculos de natureza subjetiva, naqueles, o ingresso na função exige o atendimento de requisitos objetivos, previstos em lei.

O entendimento do autor é transcrito na seguinte passagem:

não se afigura admissível a chamada ‘exoneração imotivada’, figura que pressupõe a ausência de explicitação de qualquer fundamento para a prática do ato de exoneração. Afigura-se que nomeação e exoneração imotivadas somente poder ser comportadas a propósito de cargos de estrita confiança, em que se configure como necessário um vínculo de natureza subjetiva entre o ocupante do cargo e a autoridade superior. Não se configura como tal a situação dos administradores das agências reguladoras, cuja função pressupõe capacitação objetiva para desempenho das correspondentes atribuições.⁹³

⁹³ **Op. cit.** p. 461.

Também CARLOS ARI SUNDFELD defende a constitucionalidade do regime jurídico dos diretores das agências, por entender que a estabilidade conferida aos dirigentes constitui uma garantia de autonomia das agências, evitando-se a concentração dos poderes na administração central.

Explica o autor:

Na verdade, o fator fundamental para garantir a autonomia da agência parece estar na estabilidade dos dirigentes. Na maior parte das agências atuais o modelo vem sendo o de estabelecer mandatos. O Presidente da República, no caso das agências federais, escolhe os dirigentes e os indica ao Senado Federal, que os sabatina e aprova (o mesmo sistema usado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal); uma vez nomeados, eles exercem mandato, não podendo ser exonerados 'ad nutum'; isso é o que garante efetivamente a autonomia (...). A opção por um sistema de entes com independência em relação ao Executivo para desempenhar as diversas missões regulatórias é uma espécie de medida cautelar contra a concentração de poderes nas mãos do Estado, inevitável nos contextos intervencionistas.⁹⁴

Sobre o assunto, EDMIR NETTO DE ARAUJO faz uma advertência para o fato de que, não obstante as agências reguladoras serem dotadas de uma maior autonomia em relação às demais autarquias, isso não autoriza uma atuação à margem da lei e da Constituição.

Confira-se a esclarecedora lição do autor:

É comum a instituição de regime de mandatos para outras autarquias de regime especial (como a Universidade de São Paulo, por exemplo), e até mesmo para autarquias comuns (basta que a lei criadora o faça), sendo mesmo a **regra** para as fundações instituídas pelo Poder Público. No entanto, é inegável que se trata de autonomia maior se compararmos com as autarquias comuns, mas isso não lhes atribui competências ou poderes para gerir a vida administrativa das agências em desacordo com o ordenamento vigente, e nem mesmo em contraposição às políticas administrativas governamentais.⁹⁵ (grifo do autor)

Seguindo o mesmo entendimento, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO afirmava que o mandato a prazo certo dos dirigentes de autarquias é uma garantia de defesa do administrador contra influências políticas. Dizia o autor:

Tem-se discutido se o poder de nomear os administradores de autarquias implica também no poder de exonerá-los, discricionariamente, quando não ocupam cargos assimiláveis aos de funcionário ou empregado. Parece-nos, dentro da hipótese figurada, que a livre demissão de administrador de autarquia é cabível desde que não

⁹⁴ Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002. pp. 24-25.

⁹⁵ A Aparente Autonomia das Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. (Org.) **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 51.

se trate de investidura a prazo certo e a nomeação para o cargo se realize por livre escolha do Chefe do Executivo. É comum, nas autarquias de direção colegial, que o preenchimento desses lugares implique em atribuição de mandato a ser exercido por prazo certo. No caso, entendemos que se trata de uma defesa, estabelecida pela lei, contra a livre demissibilidade do administrador. Visa à continuidade administrativa e pretende resguardar o administrador da autarquia contra ingerências políticas⁹⁶.

Além disso, o autor apoiava irrestritamente o voto vencido proferido pelo Ministro Victor Nunes Leal, conforme se depreende do seguinte excerto:

Em magistral voto o Ministro Vítor Nunes Leal estudou longamente a investidura a prazo certo e esclareceu: “Visa a investidura de prazo certo garantir a *continuidade de orientação e a independência de ação* de tais entidades autônomas, de modo que os titulares, assim protegidos contra as injunções do momento, possam dar plena execução à política adotada pelo Poder Legislativo, ao instituir o órgão autônomo e deferir-lhe as atribuições. O ilustre ministro simplesmente esgotou o assunto neste extraordinário voto vencido e nada pode ser aduzido ao seu fulgurante estudo relativo à impossibilidade de demitir administrador de autarquia com prazo certo de mandato.

Contudo, BANDEIRA DE MELLO mudou de opinião, ainda que parcialmente, sustentando a inconstitucionalidade da vedação à exoneração *ad nutum* dos dirigentes de autarquias para além de um mesmo período governamental. É o que se infere da seguinte passagem:

Questão importante é a de saber se se a garantia dos mandatos por todo o prazo previsto pode ou não estender-se *além de um mesmo período governamental*. Parece-nos evidentiíssimo 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.⁹⁷

Igualmente LEILA CUÉLLAR compartilhou dessa opinião, conforme visto no tópico que trata dos mandatos descoincidentes, sustentando haver violação ao republicano.

Todavia, não se pode concordar com tal posição, pois, admitindo-se a livre exoneração de um dirigente nomeado pelo governante anterior, a autonomia das agências ficaria enfraquecida.

O art. 9º da Lei 9.986/2000 estabelece uma regra geral para a perda do cargo de diretor, dispondo que “os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo

⁹⁶ **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. São Paulo: RT, 1968. pp. 454-455.

⁹⁷ **Curso...** p. 171.

disciplinar.” Estabelece, ainda, em seu parágrafo único, que “a lei de criação da Agência poderá prever outras condições para a perda do mandato.”

Note-se, porém, que o PL n° 413/2003 (que, como visto no ponto 5 do Capítulo II, pretende eliminar a “ausência de subordinação hierárquica” das agências), prevê a alteração do art. 9°, ampliando o rol de hipóteses de perda do cargo de diretor.

O artigo 3° do referido projeto de lei assim dispõe:

Art. 3° - O art. 9 da Lei n° 9.986, de 18 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 9° - A exoneração dos Conselheiros e dos Diretores poderá ser promovida pelo Chefe do Poder Executivo em qualquer época, observando o disposto neste artigo.

§ 1° - Constituem motivos para a exoneração de dirigentes das Agências, em qualquer época a prática de ato de improbidade administrativa; a condenação penal transitada em julgado, o descumprimento injustificado do contrato de gestão, e a não observância das políticas determinadas pelo Ministério ou Órgão Superior.

§ 2° - A lei de criação da Agência poderá prever outras condições para a perda do mandato.

Trata-se de alteração importante para garantir a autonomia das agências, tendo em vista que o rol contemplado pela legislação vigente é muito genérico, não dispondo sobre que infrações autorizariam a instauração de processo judicial ou administrativo. Vale dizer, embora o PL 413/2003 “limite” a autonomia das agências reguladoras, aumentando a enumeração legal autorizadora da demissão, ao mesmo tempo, é reforçada a garantia contra a demissão “ad nutum” de seus dirigentes, ao se afastar a possibilidade de demissão arbitrária fundada nas hipóteses genéricas da atual redação do art. 9°.

Note-se, contudo, que tal alteração serviria apenas para reforçar a função primordial das agências, qual seja, implementar as políticas públicas de seu setor, conforme determinam as respectivas leis instituidoras.

Por derradeiro, é de se ressaltar que o referido projeto ampara-se em uma justificativa falsa.

A Deputada Telma de Souza considera o instituto como um “modismo” introduzido no direito brasileiro por conta da “ideologia neoliberal”, incompatível com o regime constitucional brasileiro. No tocante ao regime jurídico dos dirigentes das agências, aduz que mandato fixo e a estabilidade dos dirigentes das agências seriam “inovações franca e irremediavelmente inconstitucionais”. Confirma-se o seguinte trecho do projeto: “a suposição de que auxiliares menores do Chefe do Poder Executivo, dirigentes de autarquias, não possam ser por ele livremente nomeados e exonerados é incompatível com o regime presidencialista.”

A Deputada entende que, por conta do art. 84, II, da Constituição Federal, que estabelece que é da competência privativa do Presidente da República o exercício da direção superior da administração pública federal, estaria vedada a manutenção dos dirigentes de agências reguladoras em seus cargos além de um mesmo período governamental. Ainda, afirma-se que na ADIn n° 1.949-0, na qual o STF reconheceu a constitucionalidade da impossibilidade de livre demissão dos dirigentes, não teria sido discutido o texto do art. 84, II, da CF.

Entretanto, não se pode concordar com tal entendimento, pois, admitindo-se a livre exoneração de um dirigente nomeado pelo governante anterior, a autonomia das agências será prejudicada.

Comentando o projeto de lei, PEDRO DUTRA afirma que a análise do referido dispositivo deve ser feita em conjunto com art. 37 da Carta, que insere o princípio da legalidade na administração pública. O autor explica que:

as normas que criaram os órgãos reguladores são conforme o Direito, inclusive a estipulação de mandato e de estabilidade a seus dirigentes, como decidiu o Supremo Tribunal Federal. Portanto, sua obediência é obrigatória ao agente administrativo, situado em qualquer nível hierárquico.⁹⁸

Note-se, ainda, que a garantia contra a demissão imotivada destina-se a proteger o administrador da agência contra ingerências externas, vinculando a possibilidade de demissão pelo governante aos casos previstos em lei. Isso porque as decisões tomadas pela direção podem contrariar interesses políticos ou de grupos econômicos apoiados pelo governo, o que poderia acarretar a demissão imotivada do administrador. Imagine-se o risco de demissão do administrador que toma uma decisão tecnicamente correta, mas contrária à opinião pública. Ora, é uma excelente oportunidade para o governante populista, que quer se manter no poder a qualquer custo, demitir o administrador, sem justo motivo.

Todavia, a vedação à livre demissão não se destina a proteger propriamente o indivíduo titular do cargo de direção, mas sim, o interesse público, tendo em vista que a relevância das atribuições desempenhadas pelas agências reguladoras está diretamente ligada à realização do bem comum.

Conforme ensina MARÇAL JUSTEN FILHO:

⁹⁸ **Agências Reguladoras: Reforma ou Extinção?** *RDPE*, Belo Horizonte, v. 3, p. 204, jul./set. 2003.

em última análise, o que se visa é reduzir o risco de que o temor de conseqüências pessoais negativas afete as decisões atinentes à regulação desempenhada pela agência. Mas a tutela se funda no princípio da supremacia do interesse público. Protege-se mediatamente o bem comum por meio da garantia direta aos ocupantes dos cargos diretivos da agência.⁹⁹

Enfim, a garantia contra a livre demissão pretende assegurar uma atuação técnica, eficiente e imparcial das funções de direção da agência, através da tomada de decisões que busquem a realização do interesse público da melhor maneira possível.

2.10.1. O vôo 3054 da TAM e a ANAC: uma breve reflexão acerca da autonomia orgânica das agências em face de sua composição

Apesar de o presente estudo tratar das agências reguladoras como um todo, o recente acidente com o vôo 3054 da TAM colocou a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC no foco das atenções da mídia nacional, razão pela qual serão tecidos alguns comentários sobre o assunto.

Tal episódio trágico trouxe consigo calorosa discussão sobre o papel exercido pelas agências reguladoras, sobretudo em relação à estabilidade de seus dirigentes. Segundo as Leis nº 11.182/2005 (Lei da ANAC) e nº 9.986/2000, os diretores somente perderão o mandato em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado, ou de pena demissória decorrente de processo administrativo disciplinar, restando afastada, a princípio, a possibilidade de demissão do atual Presidente da ANAC, Milton Zuanazzi.

Em virtude disso, muitos têm pedido a alteração das leis das agências, para o fim de permitir a demissão de seus dirigentes em caso de má gestão. Trata-se de alteração importante, mas que já estaria contemplada implicitamente nas leis das agências, como visto acima. Ademais, já existe o projeto de lei 413/2003 nesse sentido.

Outros, porém, requerem a inclusão de dispositivo que permita a livre exoneração dos dirigentes das agências pelo Presidente da República ou pelo Senado Federal. Conforme explanado, tal alteração acabaria enfraquecendo a autonomia das agências, tornando-as vulneráveis às ingerências políticas e afastando os investimentos privados nos setores regulados.

Confira-se trecho de reportagem da FSP sobre o assunto:

⁹⁹ **Op. cit.** p. 463.

Para Haroldo Lima, diretor-geral da ANP (Agência Nacional do Petróleo), a estabilidade dos diretores é importante, mas não é absoluta, e o governo pode aproveitar a votação do projeto que consolida a lei das agências reguladoras para estabelecer regras para a demissão de diretores. "A independência das agências é importante para que elas não fiquem ao sabor dos governo de plantão. Mas não considero que a estabilidade dos diretores seja absoluta", disse. "É preciso agilidade. Se estiver funcionando, se mantém. Se não estiver, é preciso flexibilidade para mudar", afirmou o diretor-geral da ANP. Segundo ele, além dos casos já previstos em lei (renúncia, condenação definitiva em processo judicial ou processo administrativo), seria preciso criar uma regra que permitisse um recurso ao Senado para demitir um diretor de agência em situações excepcionais. "Mas teria de ser algo com regras bem definidas e com votação com quórum qualificado [aprovação de dois terços dos senadores]. Se ficar uma coisa muito instável vai ser um erro", afirmou Lima. O diretor-geral da ANP também ratificou o raciocínio de que o fim da estabilidade poderia afastar investimento privados. "Acho que transmitir a idéia de instabilidade afasta o investimento privado", disse.¹⁰⁰

Entretanto, o principal problema não é a ausência de dispositivo que autorize expressamente a dispensa de dirigente que não cumpra suas funções satisfatoriamente, e sim, a questão relativa à nomeação dos diretores das agências reguladoras.

Isto porque a autonomia das agências em face da esfera política é diretamente proporcional ao grau de conhecimento técnico de seus dirigentes, ou seja, quanto melhor a qualificação técnico-profissional dos dirigentes nomeados, maior a liberdade de atuação regulatória da entidade.

Ora, está mais que evidente que as nomeações dos dirigentes das agências, como no caso da ANAC, têm sido feitas com base em critérios políticos, sem a observância dos requisitos exigidos pela lei, o que acaba desvirtuando o objetivo para o qual foram criadas as agências, qual seja, a regulação eficiente e técnica de determinado setor da economia, sem ingerências políticas.¹⁰¹¹⁰²

¹⁰⁰ Matéria de Humberto Medina, intitulada "Diretores querem estabilidade nas agências". Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc3007200705.htm>>

¹⁰¹ Basta conferir o currículo do atual Presidente da ANAC para notar o caráter político de sua nomeação: "Natural de Bom Jesus, região dos Campos de Cima da Serra Gaúcha, Milton Zuanazzi é Engenheiro Mecânico e pós-graduado em Sociologia, com ênfase em Análise Política. O diretor-presidente da ANAC exerceu, de 2003 a 2006, o cargo de Secretário Nacional de Políticas de Turismo do Ministério do Turismo. No Rio Grande do Sul, entre outras atividades, foi Secretário de Estado de Turismo, Esporte e Lazer (1999 – 2002), suplente da Bancada Federal (1996), vereador da capital Porto Alegre (1992 – 1996) e presidente da Companhia Riograndense de Telecomunicações – CRT (1991 – 1992). No Ministério do Turismo, por diversas vezes, Milton Zuanazzi assumiu, interinamente, o cargo de ministro do Turismo. Coordenou a elaboração e execução do Plano Nacional de Turismo (PNT) que estabeleceu a atual política de turismo para o Brasil e suas metas até o ano de 2007. Entre várias realizações destaca-se a coordenação do Programa de Regionalização do Turismo que resultou no 1º Salão do Turismo – Roteiros do Brasil, realizado em São Paulo, de 1º a 5 de junho de 2005 no Expo Center Norte. Participou, também, do Plano de Marketing Nacional com a descentralização de recursos a todos os estados e a coordenação do Programa Cores do Brasil. Ainda no ministério, Zuanazzi atuou como Secretário Executivo do Conselho Nacional de Turismo (CNT), foi representante do Brasil na Reunião Especializada de Turismo (RET) do Mercosul e representante do Brasil no comitê de finanças da Organização Mundial do Turismo (OMT). Na atividade acadêmica, lecionou na graduação em Turismo na UNICEUB – Centro Universitário de Brasília, e em cursos de extensão universitária na Universidade de Caxias do Sul/RS

Destarte, de nada adiantaria a previsão de demissão por descumprimento das diretrizes previstas nas leis de criação das entidades reguladoras se tal atuação agrada os interesses políticos do Chefe de Poder Executivo, o qual possui a competência para demitir o diretor.

Sobre o procedimento de investidura no cargo de direção das agências, ver item 2.5 deste capítulo.

2.11. Competência para demissão

O ato de demissão possui natureza jurídica de ato administrativo, razão pela qual a competência para a demissão dos dirigentes das agências reguladoras é de titularidade do chefe do Poder Executivo. Outrossim, não se trata de ato complexo, pois a conjugação de competências do Executivo e do Legislativo para aperfeiçoamento de um ato deve estar prevista ou autorizada pela Constituição.

A primeira conclusão decorre da análise do art. 59¹⁰³ da Carta, que estabelece um rol taxativo de espécies normativas integrantes do processo legislativo, dentre as quais não se enquadra o ato de dispensa do ocupante do cargo de administrador da agência. Portanto, trata-se de ato administrativo, de competência exclusiva do chefe do Poder Executivo, cabendo sua edição ao Presidente, Governador ou Prefeito, conforme se trate de agência reguladora federal, estadual ou municipal/distrital, respectivamente.

A segunda conclusão decorre da interpretação dos incs. III e XI do art. 52 da CF. Não se pode admitir que o ato de demissão seja ato complexo, ou seja, que para se

(UCS), Campus de Canela e Bento Gonçalves, e na UNIFRA – Centro Universitário Franciscano, em Santa Maria/RS.” Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/anac/diretoria.asp#>>

¹⁰² A respeito da importância da nomeação de pessoas qualificadas para a composição da cúpula diretiva das agências reguladoras, confira-se a esclarecedora lição de LEILA CUÉLLAR: “‘Nem todas as agências desfrutam de autonomia. Algumas têm um pouco mais de independência do que outras, dependendo da forma de composição, a vinculação que têm com o chefe do Executivo e a própria formação técnica do corpo de dirigentes’, afirma a advogada Leila Cuéllar, Procuradora do Estado do Paraná, mestre e doutora em Direito, pós-graduada em Regulação Pública pela Universidade de Coimbra. **‘Quanto melhor o conhecimento técnico dos dirigentes, mais independentes elas são, pois a partir do momento que os diretores têm uma formação adequada, fica muito mais fácil tomar decisões sem efeito político. Ao que parece, a ANAC é uma das agências que têm várias falhas e uma delas é justamente a questão da composição’**, diz. De acordo com a advogada, contar com os melhores especialistas também é imprescindível para que as agências alcancem a eficiência almejada. **‘Muitas vezes esse critério não é respeitado. O Poder Legislativo, que deve aprovar o nome indicado pelo Executivo, não tem dado a devida importância para esse controle inicial. É nesse momento que se verifica se a pessoa tem realmente a formação exigida ou se corre o risco de se submeter à influência externa’**, explica.” (grifo nosso) (As Agências Reguladoras Exercem seu Papel com Autonomia? Jornal da Ordem. n.º 109. Ago/2007. p. 13. Disponível em: <http://www.oabpr.com.br/jornal/jornal_ago_07.pdf>).

¹⁰³ BRASIL. CF. art. 59: “O processo legislativo compreende a elaboração de : I – emendas à Constituição; II – leis complementares; III – leis ordinárias; IV – leis delegadas; V – medidas provisórias; VI – decretos legislativos; VII – resoluções.”

aperfeiçoar, dependa da aprovação do Poder Legislativo, tal como ocorre no ato de nomeação. Isso porque, se para a nomeação há previsão constitucional para o Senado Federal aprovar previamente, por voto secreto, após argüição pública, a escolha de “titulares de outros cargos que a lei determinar”, hipótese na qual se enquadra o ato de nomeação de dirigente de agência reguladora, para a exoneração ou demissão a CF prevê que compete ao Senado aprovar apenas a exoneração do Procurador-Geral da República. Assim, não é possível dizer que o ato de nomeação e de exoneração/demissão possuem a mesma natureza jurídica, pois que, enquanto aquele é ato complexo, este é ato simples.

Este foi o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Medida Liminar na ADIn nº 2.095-1 que questionava o art. 8º Lei Estadual que criou a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul. AGERGS, o qual determinava que os dirigentes da agência poderiam ser destituídos por decisão da Assembléia Legislativa do Estado. O STF concedeu liminar para suspender a eficácia do dispositivo.

2.12. Estágio probatório

A autonomia das agências reguladoras, garantida pela estabilidade provisória de seus diretores, foi enfraquecida pela previsão, em alguns diplomas, de um estágio probatório *sui generis* durante os primeiros meses do mandato, durante o qual é permitida a demissão imotivada.

Foi o que estabeleceram as leis referentes à ANVISA, à ANS, à ANA e à ANEEL, que permitem a livre demissão durante os quatro primeiros meses do mandato.

No entanto, esta previsão torna praticamente inútil a garantia dos diretores em face da demissão sem justo motivo, uma vez que é possível que o governante não permita que nenhum diretor atinja a estabilidade provisória.

Por essa razão, assevera LEILA CUÉLLAR que:

esta previsão deve ser criticada e combatida, visto que o estabelecimento de um mandato fixo e a previsão da impossibilidade de demissão injustificada durante o período do mandato configuram garantias fundamentais para a manutenção da independência das agências. Durante o período do mandato, por conseguinte, os diretores das agências somente poderão ser exonerados de forma motivada, desde que sejam respeitadas as circunstâncias estabelecidas em lei e obedecidos os requisitos procedimentais exigidos.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Quadro Jurídico das Agências Reguladoras... pp. 432-433.

2.13. Hipóteses de perda do cargo

2.13.1. A Lei 9.986

Como visto, a Lei 9.986 prescreve, em seu art. 9º, que o diretor perderá o cargo no caso de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou decisão em processo administrativo disciplinar, além de outras hipóteses previstas em lei.

As duas primeiras hipóteses não geram maiores dúvidas. A primeira questão que se coloca é em relação aos casos em que a decisão em processo administrativo disciplinar acarretará a perda do cargo. A matéria deverá ser disciplinada por lei, sob pena de se transformar em uma panacéia utilizada pelo governante para demitir imotivadamente os diretores. Outra questão relevante é a disposição do parágrafo único do art. 9º, que permite que outras hipóteses de perda do cargo sejam previstas por lei. Novamente, corre-se o risco de que a matéria seja relegada a uma lei que estabelece condições gerais para a demissão dos administradores das agências. Portanto, o diploma legal que regular a matéria devera trazer um elenco taxativo de hipóteses de perda do cargo, limitando a discricionariedade do governante.

Sobre o tema, MARÇAL JUSTEN FILHO explica que a demissão está submetida à estrita legalidade, na medida em que as condutas incompatíveis com o cargo deverão estar identificadas na enumeração legal. Adverte que até se admite a interpretação extensiva, desde que sejam excluídas as avaliações subjetivas da realidade, através da aplicação do princípio da proporcionalidade, vale dizer, a subsunção dos fatos à hipótese normativa deve ser feita com vistas à realização do interesse público, de modo que eventos irrelevantes e destituídos de maior significação não possam autorizar a demissão.¹⁰⁵

2.13.2. Outras Hipóteses

Além das três hipóteses previstas no art. 9º da Lei 9.986/2000, as leis que disciplinam as agências estabelecem outras causas de demissão, dentre as quais estão as seguintes: prática de ato de improbidade administrativa; violação de regras de incompatibilidade para exercício da função, prática de atos lesivos aos interesses ou ao patrimônio da agência reguladora; descumprimento injustificado do contrato de gestão da autarquia; descumprimento manifesto de suas atribuições.¹⁰⁶

¹⁰⁵ **O direito das agências...** p. 464.

¹⁰⁶ Ver arts. 12 e 13 da Lei nº 9.782/1999 (Lei da ANVISA); arts. 8º e 9º da Lei nº 9.961/2000 (Lei da ANS); arts. 10 e 11 da Lei nº 9.984.2000 (Lei da ANA); arts. 6º ao 9º da Lei nº 9.427/1996 (Lei da ANEEL); art. 30,

2.14. Procedimento da demissão

É importante notar que a demissão deve ser precedida do devido processo legal, possibilitando o exercício do contraditório e da ampla defesa por parte do diretor, em consonância com a garantia constitucional inserida pelo art. 5º LV da CF.¹⁰⁷

parágrafo único, da Lei 9.472/1997 (Lei da ANATEL); arts. 56 e 57 da Lei nº 10.233/2001 (Lei da ANTT e ANTAQ).

¹⁰⁷ Art. 5º, LV – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

CAPÍTULO IV – CONCLUSÃO

As agências reguladoras são entidades originárias do direito norte-americano, introduzidas no Brasil em decorrência de dois fatores principais: primeiro, em razão das privatizações, que ocorreram em larga escala a partir da década de 90; depois, e como decorrência do primeiro fator, para dar segurança aos investidores estrangeiros, pois a desestatização se deu em um ambiente de grande instabilidade política.

A Constituição de 1988 atribuiu ao Estado o dever de preocupar-se com o bem-estar social, tendo por fundamento a dignidade da pessoa humana e a realização dos valores inerentes à ela. Isso gerou um maior acúmulo de atribuições ao Estado, tornando a prestação dos serviços ineficiente, o que demandou uma nova reforma administrativa.

A criação das agências reguladoras justifica-se, portanto, pela necessidade de uma regulação eficiente da economia, o que demanda a atuação de entes autônomos, com corpo técnico altamente qualificado e livre das ingerências políticas.

Em virtude disso, as agências foram instituídas sob a forma de autarquias de regime especial, o qual é caracterizado por: atribuição de competências de regulação e fiscalização de atividades econômicas em sentido amplo; direção colegiada; qualificação técnica dos dirigentes; ausência de subordinação hierárquica; e mandatos fixos e descoincidentes, vedada a livre demissão pelo chefe do Poder Executivo.

Todavia, a doutrina tem questionado a constitucionalidade da garantia contra a demissão imotivada atribuída às agências reguladoras.

A inconstitucionalidade da vedação à exoneração *ad nutum* é defendida com base nos seguintes fundamentos:

(i) A Constituição Federal dispõe, em seu art. 37, II, que:

a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Daí decorreriam dois regimes jurídicos compatíveis com a Constituição: os cargos e empregos providos através de concurso público; e os cargos em comissão. No primeiro caso, a investidura no cargo seria por prazo indeterminado, podendo ser impostas certas restrições à

exoneração; enquanto que no segundo caso, tanto a investidura quanto a exoneração seriam livres e sem qualquer requisito ou restrição. Este entendimento deu origem à Súmula nº 25 do STF, hoje cancelada, que determinava que: “a nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo de dirigente de autarquia”. Destarte, estaria excluído um terceiro regime jurídico, em que a investidura no cargo fosse através de nomeação, a prazo certo e com garantia contra a demissão imotivada.

(ii) Em decorrência da instituição de mandatos descoincidentes, haveria violação ao princípio republicano, por manter-se no cargo pessoa nomeada pelo governante anterior. Ademais, a manutenção do administrador nomeado pelo governante anterior no exercício de suas funções configuraria uma ofensa ao próprio povo, partindo-se do princípio de que a legitimação democrática para o cargo adviria apenas da nomeação. Segundo essa doutrina, a periodicidade dos mandatos políticos implicaria a substituição dos administradores anteriores das agências por outros que sejam nomeados pelo governante eleito. Assim, seria flagrantemente inconstitucional a imposição de vedação à livre exoneração dos dirigentes das agências pelo governante eleito.

(iii) A garantia da estabilidade provisória dos dirigentes das agências mesmo após findo o mandato do Chefe do Poder Executivo que os nomeou violaria, igualmente, o princípio democrático, por implicar extensão do governo anterior no tempo. Isso engessaria a liberdade administrativa do futuro governo, pois este ficaria vinculado às políticas de seu predecessor.

Contudo, não se pode concordar com tal entendimento, pelas razões a seguir expostas:

(i) A despeito de se tratar de cargo em comissão, é perfeitamente compatível com a Constituição a imposição de restrições e limites à nomeação e à exoneração. Isso porque a própria Constituição prevê cargos em comissão em que não há total liberdade de nomeação, como nos casos previstos no art. 84, XIV, o que demonstra que essa liberdade é apenas relativa. Note-se, ainda, que a Carta estabelece, em seu art. 37, V, que os cargos em comissão devem ser preenchidos nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei. Seguindo a mesma lógica, a imposição de restrições à exoneração dos ocupantes de cargos em comissão não os descaracterizariam como tal, ainda que estabelecidas por lei. Ademais, a concepção de que os cargos em comissão não admitem a imposição de quaisquer exigências ou restrições ao provimento ou à exoneração acaba confundindo discricionariedade com arbitrariedade. Destarte, é plenamente compatível com o regime constitucional vigente que a

lei fixe critérios para provimento e exoneração de cargos em comissão em que o desempenho da função exija conhecimentos técnico-científicos ou habilidades especiais.

(ii) De outro lado, a nomeação para esses cargos pautada tão-somente na confiança do governante é flagrantemente inconstitucional, pois acaba por desvirtuar a própria finalidade das agências reguladoras, qual seja, regular determinado setor da economia de forma eficiente, através de uma atuação técnica de seus diretores.

(iii) A instituição de mandatos descoincidentes é um instrumento de reforço da autonomia orgânica das agências, visto que instaura um controle interno entre os diretores. Com isso, garante-se uma atuação democrática dos administradores, calcada no pluralismo político, inibindo a predominância de determinada opinião política na tomada das decisões, o que poderia comprometer o desempenho da agência.

(iv) O mandato a prazo certo dos dirigentes de autarquias é uma garantia de defesa do administrador contra influências políticas. A garantia contra a demissão imotivada destina-se a proteger o administrador da agência contra ingerências externas, vinculando a possibilidade de demissão pelo governante aos casos previstos em lei. Isso porque as decisões tomadas pela direção podem contrariar interesses políticos ou de grupos econômicos apoiados pelo governo, o que poderia acarretar a demissão imotivada do administrador.

(v) A garantia contra a livre demissão pretende assegurar uma atuação técnica, eficiente e imparcial das funções de direção da agência, através da tomada de decisões que busquem a realização do interesse público da melhor maneira possível. Mas, no exercício do cargo, deve o diretor observar as diretrizes e políticas públicas fixadas pelo Governo, conforme determinam as leis criadoras dessas entidades. Destarte, o descumprimento injustificado do contrato de gestão, bem como, a não observância das políticas determinadas pelo Ministério ou Órgão Superior devem ser consideradas como causas de demissão de dirigente de agência reguladora, ao lado das hipóteses arroladas pelo art. 9º da Lei 9.986/2000¹⁰⁸, conforme preconiza o art. 3º do PL 413/2003. É de se ressaltar, ainda, que essas causas não precisariam sequer estar enumeradas no art. 9º para se autorizar a demissão do dirigente que não cumpre satisfatoriamente suas funções, tendo em vista que as leis criadoras das agências reguladoras determinam às entidades a implementação das diretrizes e políticas públicas fixadas para o setor.

¹⁰⁸ Art. 9º - “Os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.” Parágrafo único - “A lei de criação da Agência poderá prever outras condições para a perda do mandato.”

(vi) As normas que criaram os órgãos reguladores são conforme o Direito, inclusive a estipulação de mandato e de estabilidade a seus dirigentes, como decidiu o Supremo Tribunal Federal, na ADIn nº 1.949-0. Portanto, sua obediência é obrigatória ao agente administrativo, situado em qualquer nível hierárquico.

(vii) As agências reguladoras são autarquias vinculadas ao Ministério do setor da economia que regulam, em virtude do disposto na própria lei que as instituiu. Essa vinculação se reflete, sobretudo, no dever de implementação das políticas públicas traçadas pelo Poder Executivo. Ou seja, as agências devem atuar em estrita consonância com o plano de governo e com as diretrizes fixadas pelo poder central, sob pena de ilegalidade. Em virtude disso, deve-se reputar cabível o recurso hierárquico impróprio quando a atuação da agência reguladora extrapolar a competência regulatória que lhe foi atribuída por lei, ainda que não haja previsão legal para tanto.

Logo, conclui-se que não há inconstitucionalidade na vedação à exoneração “ad nutum” dos dirigentes das agências reguladoras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. **Currículo do atual Presidente da ANAC**. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/anac/diretoria.asp#>>
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. A Aparente Autonomia das Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. (Org.) **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002. pp. 39-57.
- BARROSO, Luis Roberto. **Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática**. *RDA*, Rio de Janeiro, v. 229, pp. 285-311, jul./set. 2002.
- Apontamentos Sobre as Agências Reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. (Org) **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002. pp. 109-131.
- BINENBOJM, Gustavo. (Coord.) **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BOCKMANN MOREIRA, Egon. Agências Administrativas, Poder Regulamentar e o Sistema Financeiro Nacional. In: CUÉLLAR, Leila e BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. pp. 136-137.
- Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e a “Elaboração Processual de Normas”. In: CUÉLLAR, Leila e BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. pp. 161-204.
- O Direito Administrativo da Economia e a Atividade Interventiva do Estado Brasileiro. In: **Direito administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. pp. 847-868.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 413/2003**. Altera a redação do inciso VI do art. 3º, da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, do § 2º do art. 8º, inclui inciso ao art.18 e altera a redação do art. 24 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, do art. 9º e seu parágrafo único, da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000. Visa restringir a autonomia das Agências Reguladoras, dando poderes ao Presidente da República para exonerar Conselheiros e Diretores. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>
- BUCHÉB, José Alberto. **A Autonomia das Agências Reguladoras e a Estabilidade de seus Dirigentes**. *RDA*, Rio de Janeiro, v. 232, pp. 83-103, abr./jun. 2003
- CUÉLLAR, Leila. Abuso de Posição Dominante no Direito de Concorrência Brasileiro. In: **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- Apontamentos acerca do Poder Normativo das Agências Reguladoras Norte-Americanas. In: CUÉLLAR, Leila e BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. pp. 99-131.
- **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

- e ALMEIDA, João Carlos de. **As Agências Reguladoras Exercem seu Papel com Autonomia?** *Jornal da Ordem dos Advogados do Paraná*. n.º 109. Ago/2007. p. 11-13. Disponível em: <http://www.oabpr.com.br/jornal/jornal_ago_07.pdf>
- Quadro Jurídico das Agências reguladoras Brasileiras. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.) **Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. pp. 419-446.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo Brasileiro**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- DUTRA, Pedro. **Agências Reguladoras: Reforma ou Extinção?** *RDPE*, Belo Horizonte, v. 3, pp. 187-208, jul./set. 2003
- FERRAZ, Sérgio. Agências Reguladoras: do Teórico ao Concreto. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.) **Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. pp. 713-726.
- GUERRA, Sérgio. **Controle das Agências Reguladoras por meio da Supervisão Ministerial**. *RDPE*, Belo Horizonte, v. 10, pp. 205-221, abr./jun. 2005
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Agências Reguladoras e Democracia: Existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente”?** *RDPE*, Belo Horizonte, v. 2, pp. 273-301, abr./jun. 2003.
- **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.
- LEITE, Eduardo de Oliveira de. **A Monografia Jurídica**. 6.ed. São Paulo: RT, 2003.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Há um déficit democrático nas agências reguladoras?** *RDPE*, Belo Horizonte, v. 5, pp. 163-224, jan./mar. 2004.
- MATA, Ismael, **Los entes reguladores de los servicios públicos**. El derecho administrativo argentino, hoy. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración, 1996, p. 115.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes. **Agências Reguladoras e as suas Características**. *RDA*, Rio de Janeiro, v. 218, pp. 71-91, out./dez. 1999.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Autonomia Decisória, Discricionariedade Administrativa e Legitimidade da Função Reguladora do Estado no Debate Jurídico Brasileiro**. *RDPE*, Belo Horizonte, v. 12, pp. 169-195, out./dez. 2005
- MEDINA, Humberto. **Diretores querem estabilidade nas agências**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc3007200705.htm>>
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros. 2007.
- **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. São Paulo: RT, 1968.

- MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. pp. 99-139.
- MENEZES, Roberta Fragoso de Medeiros. **As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro**. *RDA*, Rio de Janeiro, v. 227, pp. 47-68, jan./mar. 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MORAIS, Alexandre de. Agências Reguladoras. In: MORAIS, Alexandre de. (Org.) **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002. pp. 13-38.
- MOREIRA, Vital. **Administração Autônoma e Associações Públicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- MOREIRA, Vital e MAÇÃS, Maria Fernanda. **Autoridades reguladoras independentes**. Coimbra: Coimbra, 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. Barueri: Manole. 2003.
- NUNES, Edson. **Agências Regulatórias: Gênese, Contexto, Perspectivas e Controle**. *RDPE*, v. 2, pp. 163-220, abr./jun. 2003
- SILVA, Fernando Quadros da. **Agências Reguladoras: A Sua Independência e o Princípio do Estado Democrático**. Curitiba: Juruá, 2002.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Agências Reguladoras**. *RDA*, Rio de Janeiro, v. 216, pp. 125-162, abr./jun. 1999
- SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002. pp. 17-38.
- SUSTEIN, Cass R. **As Funções das Normas Reguladoras**. *RDPE*, v.3. pp. 33-65, jul./set. 2003.
- TÁCITO, Caio. Presença norte-americana no direito administrativo brasileiro. In: TÁCITO, Caio. **Temas de direito público: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ÍNDICE

SUMÁRIO.....	3
RESUMO	4
INTRODUÇÃO.....	5
CAPÍTULO I – ORIGEM, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	6
1. Origem do instituto: Estados Unidos da América.....	6
2. O Surgimento do Instituto no Brasil	8
2.1. Origens opostas	8
2.2. Reforma do Estado Brasileiro	8
3. As Formas de Atuação do Estado no Domínio Econômico	12
4. As Agências Reguladoras Brasileiras	14
4.1. Introdução	14
4.2. Conceito	15
4.3. Natureza Jurídica.....	17
4.3.1. Autarquias	17
4.3.2. Autarquias especiais	18
4.4. Agências reguladoras criadas no direito brasileiro	19
4.5. Características	20
4.5.1. Autonomia.....	20
4.5.2. Autonomia econômico-financeira	21
4.5.3. Autonomia funcional	22
4.5.4. Autonomia estrutural	22
4.5.4.1. As agências reguladoras são criadas por lei	23
4.5.4.2. As agências estão inseridas do Poder Executivo	23
4.5.4.3. Regime jurídico de pessoal peculiar	24
5. As Entidades Similares.....	24
5.1. Entidades que compõe o Sistema Financeiro Nacional: Banco Central do Brasil – BACEN, Conselho Monetário Nacional – CMN e Comissão Nacional de Valores Mobiliários – CVM.....	25
5.1.1. Conselho Monetário Nacional – CMN.....	25
5.1.2. Banco Central do Brasil – BACEN	26
5.1.3. Comissão de Valores Mobiliários – CVM.....	26
5.2. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE	27
5.3. Universidades Públicas.....	27
5.4. Conselhos Profissionais	28
5.5. Agências Executivas.....	28
CAPÍTULO II – A AUTONOMIA ORGÂNICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS EM FACE DO PODER EXECUTIVO	30
1. Breves considerações sobre a inserção das agências reguladoras no Poder Executivo	30
2. O controle das agências reguladoras	31
3. Auto-tutela e tutela administrativa	32
4. Supervisão ministerial	34
5. Recurso hierárquico impróprio	36
CAPÍTULO III – A DIREÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E A IMPOSSIBILIDADE DE LIVRE DEMISSÃO DOS DIRIGENTES DAS AGÊNCIAS.....	42
1. A disciplina legal da estrutura organizacional das agências.....	42

1.1. Aplicação analógica às agências estaduais, municipais e distritais	43
2. A direção das agências	43
2.1. O modelo colegiado.....	43
2.2. Regime jurídico dos cargos de administração da agência	44
2.3. Cargos em comissão	44
2.4. A solução consagrada na Lei nº 9.986/2000.....	47
2.5. Procedimento de investidura.....	48
2.5.1. Nomeação.....	48
2.5.2. Nomeação do Presidente da agência reguladora	49
2.5.3. Requisitos	49
2.5.3.1. Nacionalidade brasileira.....	50
2.5.3.2. Reputação ilibada.....	50
2.5.3.3. Formação universitária e elevado conceito na área de atuação	50
2.5.3.4. Os requisitos e a aprovação do Senado Federal	51
2.6. Regime de incompatibilidades	52
2.6.1. Impedimentos	52
2.6.2. Quarentena	53
2.7. Mandatos descoincidentes	55
2.8. Mandato fixo.....	57
2.9. Deveres dos administradores da agência	57
2.9.1. Dever de diligência especial.....	57
2.9.2. Dever de máxima eficiência.....	58
2.9.3. Dever de lealdade	58
2.9.4. Dever de transparência.....	58
2.9.5. Responsabilidade dos administradores	59
2.10. Dispensa: impossibilidade de demissão “ad nutum”.....	59
2.10.1. O voo 3054 da TAM e a ANAC: uma breve reflexão acerca da autonomia orgânica das agências em face de sua composição	65
2.11. Competência para demissão.....	67
2.12. Estágio probatório	68
2.13. Hipóteses de perda do cargo	69
2.13.1. A Lei 9.986.....	69
2.13.2. Outras Hipóteses.....	69
2.14. Procedimento da demissão.....	70
CAPÍTULO IV – CONCLUSÃO	71
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	75
ÍNDICE	78