

MARIANA ANDREOLA DE CARVALHO SILVA

O CONTROLE DOS ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof.^a Dra. Angela Cassia Costaldello.

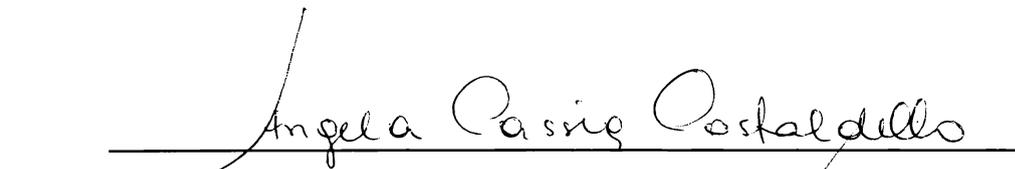
**CURITIBA
2003**

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIANA ANDREOLA DE CARVALHO SILVA

O CONTROLE DOS ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

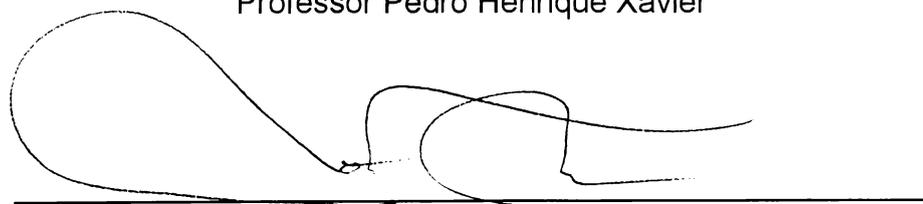
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Professora Doutora Ângela Cássia Costaldello



Professor Pedro Henrique Xavier



Professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho

SUMÁRIO

RESUMO	v
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1 – A REFORMA DO ESTADO	4
1.1. A Reforma do Estado, privatização e agências reguladoras.....	4
1.2. O surgimento das agências reguladoras brasileiras.....	11
CAPÍTULO 2 - CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	18
2.1. Aspectos gerais sobre a experiência das agências norte-americanas.....	18
2.2. A natureza jurídica das agências reguladoras brasileiras: autarquias sob regime especial.....	22
CAPÍTULO 3 – O CONTROLE DOS ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	33
3.1. Noções sobre o controle das agências reguladoras no Direito norte-americano.....	33
3.1.1. Controle exercido pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo.....	34
3.1.2. Controle judicial.....	39
3.2. Considerações iniciais sobre o controle exercido sobre os atos das agências reguladoras brasileiras.....	40
3.2.1. Controle exercido pelo Poder Executivo.....	42
3.2.2. Controle exercido pelo Poder Legislativo.....	44
3.2.3. Controle exercido pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público.....	45
3.2.4. A atuação dos Tribunais de Contas no controle das agências.....	48
3.2.5. Controle social.....	50
3.2.6. Os contratos de gestão como mecanismos de controle.....	57
3.2.7. O procedimento como técnica de controle.....	60
CONCLUSÕES	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66
ANEXO	70

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo a análise dos mecanismos de controle dos atos das agências reguladoras, a fim de ressaltar a importância da existência de instrumentos eficientes de controle que assegurem a transparência de seus atos e, conseqüentemente, a satisfação do interesse público. Verifica que o nascimento das agências reguladoras brasileiras está intimamente ligado ao processo de Reforma do Estado que se operou em nosso país a partir da década de 90. Através desta reforma, o Estado vem reduzindo o seu campo de atuação na execução de serviços públicos e de determinadas atividades econômicas relevantes para a sociedade, que passam a ser desempenhadas pela iniciativa privada. Com isso, surge a necessidade de fortalecimento de sua função reguladora e fiscalizadora, buscando garantir aos cidadãos eficiência na prestação dos serviços. Através do estudo de algumas leis instituidoras das agências reguladoras brasileiras, busca-se definir o seu conceito, como também a sua natureza jurídica. Parte da análise do modelo das agências reguladoras norte-americanas, bem como dos instrumentos de controle de seus atos, visando demonstrar que, muito embora, as agências brasileiras tenham sido influenciadas pelo modelo norte-americano, é preciso estar atento às profundas diferenças existentes entre os ordenamentos jurídicos, evitando-se, assim, a adoção de características incompatíveis com o nosso sistema. O estudo aponta as diferentes formas de controle a que estão sujeitos os atos das agências reguladoras no cenário jurídico brasileiro, destacando a relevância da existência de instrumentos que propiciem um controle efetivo e que possibilitem a participação popular, consoante ocorre em países como os EUA.

Palavras- chave: Reforma do Estado, agências reguladoras, controle, eficiência, transparência, interesse público.

INTRODUÇÃO

O crescimento desmesurado do Estado brasileiro, resultante da política intervencionista desenvolvida até o início da década de 90, levou-o a buscar mecanismos de reestruturação do aparelho estatal.

Implanta-se, desse modo, o chamado “processo de Reforma do Estado” que visa, dentre outras coisas, recolocar, bem como fortalecer a Administração Pública na estrutura econômica brasileira.

Através desta reforma, o Estado vem reduzindo seu campo de atuação na execução de serviços públicos e de determinadas atividades econômicas relevantes para a sociedade, que passam a ser desempenhados, cada vez mais, pelos particulares.

Com isso, surge a necessidade de fortalecimento de sua função reguladora e fiscalizadora, buscando garantir aos cidadãos eficiência na prestação dos serviços.

Neste contexto surgem as agências reguladoras, como instrumentos destinados a exercer o controle dos serviços públicos e de atividades economicamente relevantes, editando normas regulamentares, reprimindo condutas abusivas e até resolvendo conflito entre agentes, envolvidos na prestação de determinada atividade.

No entanto, após o início do mandato do novo Presidente da República tais entes passaram a ser alvo de severas críticas.

Afirma-se que as agências são dotadas de muita autonomia, que são ineficientes e que extrapolam suas funções. Em razão disso, sugeriu-se a criação de um controle externo, fato que deu origem ao projeto de lei nº 38/2003, em trâmite perante o Congresso Nacional. Ademais, está sendo submetido à consulta pública um anteprojeto de lei, apresentado pelo Governo no último mês de setembro, que pretende modificar aspectos relativos à gestão, à organização e ao controle social das agências.

Sabe-se, todavia, que o principal motivo desencadeador das críticas, refere-se à alta carga de poder atribuído às agências, que lhes confere maior independência, impedindo, inclusive, a demissão *ad nutum* de seus dirigentes.

Se por um lado, muito se tem discutido acerca de sua independência e da necessidade de controle externo de seus atos, de outro, pouco ou quase nada se tem falado acerca dos controles já existentes e os motivos pelos quais não são

devidamente postos em prática.

No entanto, isso não significa dizer que é desnecessária a criação de novos mecanismos de controle de sua atuação. Aliás, é preciso reconhecer que o anteprojeto de lei traz significativo avanço no tocante ao controle social.

Porém, o mais importante é buscar ao lado da criação de novos instrumentos de controle, dar efetividade àqueles já previstos constitucionalmente e nos dispositivos infralegais.

Desta forma, em virtude da atualidade e da relevância do debate, este trabalho tem por objetivo analisar os instrumentos de controle das agências reguladoras, enfatizando a necessidade de dar efetividade a eles, a fim de tornar a atividade das agências mais transparente e satisfatória, alheia às ingerências políticas.

O presente estudo está dividido em três capítulos, além desta introdução, conclusão e referências bibliográficas.

Primeiramente, serão verificados alguns fatores que conduziram à Reforma do Estado, a maneira pela qual tem se manifestado na esfera jurídica brasileira e a sua relação com o surgimento das agências reguladoras. Em seguida, serão mencionadas algumas características atinentes às agências federais¹, buscando com isso a formulação de um conceito acerca dos entes reguladores. Destaca-se, todavia, que a sua criação não representou uma inovação totalmente desconhecida em nosso ordenamento, haja vista que muitas de suas características já podiam ser detectadas em entidades anteriores.

No capítulo segundo, pretende-se de forma sucinta analisar os aspectos gerais da experiência das agências reguladoras norte-americanas, que influenciaram o modelo instaurado no Brasil, ressaltando a impossibilidade de se transplantar para o nosso sistema todas as características por eles adotadas, em virtude das profundas diferenças existentes entre os ordenamentos jurídicos. Após, passa-se a analisar o significado do regime especial enquanto natureza jurídica atribuída pelas leis instituidoras aos entes reguladores.

O capítulo terceiro dispõe acerca das formas de controle a que se submetem as agências reguladoras. Inicialmente, faz-se uma breve exposição acerca de alguns mecanismos de controle norte-americanos, no intuito de identificar elementos

¹ Por opção metodológica, apesar da possibilidade de instituição de agências reguladoras em âmbito estadual, o presente trabalho terá por objeto as agências reguladoras federais.

importados pelo nosso ordenamento jurídico, bem como mecanismos por eles utilizados que conferem legitimação democrática às autoridades independentes. Em um segundo momento, desenvolve-se o estudo das formas de controle dos atos das agências reguladoras brasileiras, visando demonstrar que a independência a elas conferida não lhes tornam imunes aos mecanismos de controle. Para tanto, faz-se o estudo do controle exercido pelo Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como daquele realizado pelo Tribunal de Contas e pelo Ministério Público. Destaca-se, ainda, a relevância de se buscar um aperfeiçoamento no controle social, como uma forma de conduzir à legitimidade das decisões das agências, reduzindo-se assim o “déficit democrático” que envolve a sua atuação. Nesse sentido, busca-se demonstrar os aspectos positivos trazidos, recentemente, pelo anteprojeto de lei apresentado pelo Governo no que se refere à efetivação e ampliação do controle social na atuação das agências. Pretende-se, por fim, analisar o controle realizado pela figura dos contratos de gestão e a função de controle desempenhada pela processualização da atividade regulatória.

CAPÍTULO 1 – A REFORMA DO ESTADO

1.1 A Reforma do Estado, privatização e entes reguladores

O nascimento das agências reguladoras no Brasil está intimamente ligado ao chamado “processo de Reforma do Estado”, que se operou a partir da década de 90.

Como é notório, o intervencionismo estatal foi o traço marcante do final do século XIX e início do século XX. Porém, a política do Estado intervencionista, ocasionou graves conseqüências, como o crescimento desmesurado do aparelho administrativo estatal, sobretudo de empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias e o esgotamento da capacidade de investimento do setor público, ocasionando a deterioração dos serviços públicos em geral².

Esse panorama traduzia a crise pela qual passava o modelo de Estado, o que levou o Governo a buscar mecanismos de reestruturação da máquina estatal.

Surge, com isso, o chamado “Estado Subsidiário”, que na concepção de Juan Carlos CASSAGNE consiste numa organização binária que exerce funções indelegáveis, como justiça, defesa, seguridade, relações exteriores, legislação e funções desenvolvidas por um conjunto de organizações menores que cumprem uma missão supletiva da atividade privada (educação, saúde, serviços públicos) com direcionamento para o bem comum, de sorte que se identifica o Direito Público “nas estruturas e procedimentos das funções indelegáveis” e na “atividade supletiva” dos entes privados ou mistos, conforme o fim almejado³.

Vale dizer: reservam-se ao Estado apenas as atividades que lhe são próprias como ente soberano, consideradas indelegáveis ao particular, ao passo que as atividades sociais (educação, saúde, pesquisa, cultura, assistência) e econômicas (indústria, comerciais, financeira) devem ser regidas pelo princípio da

² Luiz Carlos Bresser PEREIRA sustenta que a crise no Brasil abrange três aspectos principais: uma crise fiscal, uma crise de modo de intervenção do Estado e uma crise da forma burocrática pela qual o Estado era administrado (PEREIRA, L. C. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Editora 34, 1998, p. 31).

³ CASSAGNE, J. C. *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1994. p. 110

subsidiariedade, ou seja, o Estado só deverá exercê-las em caráter supletivo da iniciativa, quando verificar deficiências na prestação dos serviços⁴.

Assim, o Estado passou a reduzir seu tamanho, redimensionando sua participação no capital e na gestão de empresas públicas, revisando suas estruturas administrativas e a subsistência das diferentes regulações e monopólios que impediam a livre iniciativa e a livre concorrência dos particulares no mercado. Além disso, a aplicação do princípio da subsidiariedade gerou a necessidade de ampliação da atividade administrativa de fomento, através do incentivo estatal à iniciativa privada de interesse público, bem como o crescimento das técnicas de fomento e dos instrumentos de parceria do setor público com o privado.

Neste cenário, ganha espaço a “desregulação”, processo que abrange “certas medidas liberalizadoras, tendentes à eliminação de restrições à atuação no campo econômico”⁵. Através dela ampliou-se a liberdade dos cidadãos no domínio econômico, permitindo a atuação de empresas privadas em regime de competição, em setores antes monopolizados.

Há o que Arinõ ORTIZ chamou de *despublicatio*⁶- fenômeno definido como sendo a revisão da necessidade da *publicatio* de uma atividade – ou seja, há uma diminuição da intervenção estatal no domínio econômico, ocasionando a modificação da titularidade de alguns serviços, que deixam de ser públicos e passam a ser enquadrados na categoria de atividade econômica em sentido estrito⁷. No Brasil, esse fenômeno assumiu a denominação genérica de “privatização”.

Ressalte-se, todavia, que desregular não significa “não regular”. Conforme De La Serna BILBÃO desregular compreende ao “conjunto de medidas que têm por objeto a diminuição não somente do volume, mas também da importância das normas jurídicas em uma determinada atividade”⁸. Desse modo, reduz-se

⁴ CUÉLLAR observa que se passa a aplicar o princípio da subsidiariedade no intuito de promover a atuação estatal “somente em setores qualificados como essenciais, justificando-se a intervenção do Estado na economia apenas de forma subsidiária, complementar” (*As agências reguladoras e o seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 56).

⁵ Mateo, Ramón Martín. *Liberalización de la economía: más Estado, menos Administración*, Madrid: Trivium, 1988. p. 47, apud CUÉLLAR, Op. cit., p. 59.

⁶ ORTIZ, G. A. *Economía y Estado: crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons, 1993. p. 239-240.

⁷ Segundo CUÉLLAR, “a liberalização da economia se verifica, igualmente, por meio da desestatização e desmonopolização, que são técnicas utilizadas para promover a *despublicatio*” (Op. cit., p. 59).

⁸ BILBÃO, M. N. de la S. *La privatización em Espana: fundamentos constitucionales y comunitarios*. Pamplona: Aranzade, 1995. p. 40.

qualitativamente e quantitativamente a regulação estatal em relação às atividades econômicas privadas, ampliando-se a liberdade de atuação dos particulares.

Pode-se afirmar que o processo de privatização, entendido de forma ampla⁹, visa reduzir o âmbito de atuação estatal no domínio econômico, através da transferência de titularidade da prestação de serviços públicos para os particulares, bem como por meio de medidas liberalizadoras, como a desregulação e a desmonopolização¹⁰.

No entanto, Caio TÁCITO observa que “o programa de privatização de empresas estatais não se resume à abstenção do Estado em áreas até então ocupadas que reverterem à iniciativa privada”, mas representa “uma evolução nas relações entre o serviço público e a iniciativa que passam a se associar no objetivo final de prestação de serviços à comunidade.”¹¹.

No Brasil, a falta de recursos públicos para promover os investimentos necessários à manutenção e à atualização dos serviços até então prestados pelo Estado, sobretudo nas áreas de infra-estrutura, foi o principal argumento enumerado em favor das privatizações. Isso porque, crescia, sem perspectiva de solução, o chamado Custo Brasil, expressão que sintetiza a obsolescência da infra-estrutura nacional, bem como os desafios impostos pela burocracia do setor público. Vale lembrar, que o Custo Brasil representava, e ainda representa, um obstáculo à competitividade dos produtos nacionais, principalmente em um quadro em que a maior inserção externa da economia nacional é um dos objetivos da política de Governo.

⁹ DI PIETRO sustenta que, em sentido “bem amplo”, privatização abrange as medidas que visam reduzir o tamanho do Estado, tais como: a desregulação, a desmonopolização, venda de ações de empresas estatais ao setor privado, concessão de serviços públicos e os *contracting out* (acordos de colaboração do setor privado, como convênios e contratos de obras e prestação de serviços – terceirização). Em sentido amplo, a autora engloba todas as técnicas com o intuito de “reduzir a atuação estatal e prestigiar a iniciativa privada, a liberdade de competição e os modos privados de gestão das atividades sociais e das atividades econômicas a cargo do Estado”. Já, em sentido estrito, o processo de privatização englobaria apenas as hipóteses de transferência (transmissão ou devolução) da titularidade ou da gestão de atividades ou bens do setor público ao setor privado, pressupondo a retirada do Estado das atividades econômicas de produção de bens e serviços. (*Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 15-17).

¹⁰ CUÉLLAR, Op. cit., p. 59.

¹¹ O autor acrescenta que “o pêndulo que favorecia o domínio público sobre a economia, em áreas qualificadas, reverte um benefício da exploração privada de atividades produtivas (...). Assim, em tempos contemporâneos o direito público passa a refletir (...) duas vertentes especiais: a política de privatização e de desburocratização da máquina estatal e o fortalecimento da associação entre a iniciativa privada e o serviço público” (TÁCITO, C. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. o exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 202, p. 1-10, out./dez. 1995. p. 7).

Em razão disso, as privatizações atingiram, principalmente, os setores de telefonia, energia elétrica, petróleo, vigilância sanitária, nos quais o Estado não possuía condições de realizar os investimentos necessários para modernizá-los, de forma a atender às necessidades básicas dos consumidores¹².

Portanto, a incapacidade do Poder Público resolver adequadamente os problemas sociais e econômicos, a ineficiência dos serviços públicos, o desenvolvimento da globalização, bem como a limitação do crescimento do setor público, foram alguns dos fatores que influenciaram o processo de reforma estatal¹³.

Em nosso país, a reforma administrativa ganhou forte impulso após a eleição do Presidente Fernando Henrique Cardoso, que a justificou nos seguintes termos:

A perda progressiva da capacidade de investimento do Estado brasileiro em infraestrutura tem implicações preocupantes. Compromete a qualidade da prestação dos serviços públicos e causa desequilíbrios econômicos pela elevação do 'custo Brasil'(...). Agora, cabe ao setor privado atender à convocação para recolocar o Brasil na trilha do crescimento econômico sustentado. No modelo proposto, o desenvolvimento será financiado pela iniciativa privada, a qual caberá o papel de agente executor dos serviços públicos, em vez de ter como base principal os recursos orçamentários. Ao Governo compete, como missão irrevogável e fundamental, a regulamentação e fiscalização dos serviços, representando e defendendo os usuários e os interesses da sociedade.¹⁴

Note-se que a reforma administrativa realizada no Brasil, assemelha-se em diversos aspectos com as demais reformas ocorridas ao redor do mundo. Segundo Paulo MODESTO as principais semelhanças seriam: a) aplicação de novas técnicas de coordenação de serviços e atividades entre esferas políticas diversas; b) estímulo à privatização de serviços econômicos competitivos sustentáveis em regime de mercado; c) transferência de funções do poder central para entes intermediários e locais; d) ampliação dos controles de produtividade e de economicidade; e) fortalecimento da autonomia das entidades personalizadas da administração indireta. A partir de tais tarefas é possível extrair os objetivos práticos que servem de *base finalista* aos projetos de Reforma do Estado: a) objetivo econômico: diminuir o

¹² MATTOS, M. R. G. de. Agências Reguladoras e as suas características. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 218, p. 71-91, out./dez. 1999, pp.71-72.

¹³ MOTTA ressalta, ao citar Germà Bel i Queralt, que o processo de privatização que se desencadeou, sobretudo, na América Latina, não visava uma melhor qualidade de prestação dos serviços públicos, mas, apenas, atender às exigências de credores internacionais. (QUERALT, G. B. i. *Privatización, desregulación y competencia*. Madrid: Civitas, 1996, p. 20 apud MOTTA, P. R. F. Agência Reguladora de serviços públicos. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado, Curso de pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, maio/2000, pp. 16-17).

¹⁴ CARDOSO, F. H. Prefácio. In: WALD, A. de M.; MORAES, L. R. de e WALD, A. *O direito de parceria e a nova lei de concessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, pp. 7-8.

'déficit' público, ampliar a poupança pública e a capacidade financeira do Estado para concentrar recursos em áreas em que é indispensável a sua intervenção direta; b) objetivo social: aumentar a eficiência dos serviços sociais oferecidos ou financiados pelo Estado; c) objetivo político: ampliar a participação da cidadania na gestão da coisa pública; d) objetivo gerencial: aumentar a eficácia e efetividade do núcleo estratégico do Estado, que edita leis, recolhe tributos e define as políticas públicas¹⁵.

O Governo¹⁶, visando reordenar a Administração Pública na estrutura econômica brasileira, implantou o Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 8.031/90, reformulado pela Lei nº 9.491/97), tendo como uma de suas metas transferir à iniciativa privada todas as atividades que por ela pudessem ser bem executadas, deixando ao Poder Público a responsabilidade, principalmente, pelo atendimento das necessidades fundamentais da população¹⁷.

Porém, a proposta de uma nova concepção de Administração Pública foi prevista no "Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado", que definiu objetivos e estabeleceu diretrizes para a Reforma da Administração Pública brasileira. Esse plano, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE), foi aprovado em 21 de setembro de 1995, com a finalidade de implementar políticas públicas, até então limitadas pela rigidez e ineficiência da máquina administrativa, permitindo, em última análise, a criação de um novo modelo de desenvolvimento para o País¹⁸.

Como consequência dessa mesma política editaram-se as Emendas nº 5/95 e nº 8/98, possibilitando a abertura dos serviços públicos ao regime privado¹⁹. Esse

¹⁵ MODESTO, P. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 136, p. 315-325, out./dez. 1997, p.316.

¹⁶ Conforme expõe MOTTA "A Reforma do Estado brasileiro começa, de fato e de direito, durante o governo de FERNANDO COLLOR DE MELLO, por meio da Medida Provisória nº 155, editada em 15 de março de 1990, rapidamente aprovada e transformada na Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990" (Op. cit., p. 18).

¹⁷ AZEVEDO, E. de A. Agências Reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 213, jul./set. 1998, p. 141.

¹⁸ Nesse sentido observa Marcos Juruena Villela SOUTO: "o Plano Diretor da Reforma do Estado, visa, entre outros objetivos, a aumentar a capacidade do Estado intervir efetivamente na sociedade e no mercado, dispondo de meios administrativos e financeiros (...). Não se trata apenas de reestruturar o Estado, cuida-se de substituir o modelo burocrático de gestão (que enfatiza a legalidade e a racionalidade técnica) pelo modelo gerencial. Daí se falar em avaliação de desempenho (...), medição de resultados, de custos e da satisfação do usuário" (SOUTO, M. J. V. Agências Reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 216, p. 125-162, 1999, p. 126)

¹⁹ Enquanto a Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1998, dispõe sobre a concessão ou permissão nos serviços de telecomunicações, a Emenda Constitucional nº 9, refere-se

processo conduz à Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, que atribuiu nova redação a oitenta preceitos da Constituição Federal e acrescentou sete novos artigos, “tendo como objetivos essenciais a maior eficiência no desempenho da atividade pública, bem como a valorização da produtividade dos serviços públicos e o estímulo à participação popular, visando à plenitude de resultados no funcionamento da máquina administrativa”.²⁰

A Emenda 19/98, também conhecida popularmente como emenda da reforma administrativa, representou um marco na Administração Pública brasileira, visto que procurou viabilizar a implantação da concepção da Administração Gerencial em nosso ordenamento. Através dela, acrescentou-se o princípio administrativo da eficiência àqueles já expressos constitucionalmente (como o da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade), bem como foi ampliada a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos da administração direta e indireta, por meio de contratos de desempenho, nos quais são fixadas metas de desempenho a serem alcançadas²¹.

Implanta-se, dessa forma, uma nova concepção de Administração Pública, com objetivos de transformar uma administração burocrática, rígida e ineficiente, totalmente voltada para si própria e para o controle interno, em uma administração gerencial, flexível e eficiente, destinada a satisfazer os interesses dos cidadãos.

Esta nova visão da atuação do Estado na economia, com a diminuição de sua participação direta na prestação de serviços, impõe, por outro lado, a necessidade de fortalecimento de sua função reguladora e fiscalizadora.

Conforme sustenta Marçal JUSTEN FILHO “a regulação incorpora a concepção da subsidiariedade”, retratando uma redução da intervenção estatal no domínio econômico. O Estado deve ser visto como “instrumento dos particulares à

à extinção do monopólio estatal de exploração do petróleo, admitindo o acesso de empresas privadas. (TÁCITO, A reforma do Estado e a modernidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 1-7, jan./mar. 1999, p. 2).

²⁰ TÁCITO, Op. cit., p. 3.

²¹ Adilson Abreu DALLARI observa que “recentemente, por força da Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98, popularmente conhecida como emenda da reforma administrativa, procurou-se transformar o modelo da Administração Pública com a adoção do chamado modelo gerencial, em função do qual os agentes administrativos deveriam ser dotados de maior liberdade de atuação pelo abrandamento dos controles de procedimentos administrativos, supostamente compensado pelo correspondente fortalecimento dos controles de resultados” (DALLARI, A. A. Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 141, jan.mar. 1999. p. 80).

realização de valores fundamentais”²². Admite-se, portanto, a substituição do Estado-Prestador pelo Estado-Regulador dos serviços públicos.

Assim, com a desvinculação do Poder Público das suas responsabilidades de executar obras e serviços públicos²³, a fim de assegurar proteção, principalmente, aos interesses dos cidadãos, o Estado buscou assumir a elaboração e execução da política regulatória dos setores da economia em que as empresas estatais transferiam a execução de suas atividades à iniciativa privada.

Nesse sentido observa Juan Carlos CASSAGNE que “el fenómeno de la privatización al abarcar la transferencia al sector privado de la gestión de los servicios públicos que antes prestaban empresa estatales, há generado la correlativa necesidad de regular esas actividades para proteger debidamente los intereses de la comunidad”²⁴.

Um processo de regulação implica, tipicamente, consoante leciona VITAL MOREIRA, na formulação das orientações da regulação; definição e operacionalização das regras (como leis, regulamentos, códigos de conduta); implementação e aplicação das regras (autorizações, licenças, injunções e, no Brasil, cite-se, ainda, as concessões); controle da aplicação das regras; sancionamento dos transgressores; decisão dos recursos. Tendo poderes normativos, executivos e parajudiciais, a regulação deve ficar a cargo de comissões reguladoras independentes²⁵.

A definição de regras estáveis é imprescindível para que se possa assegurar o aprimoramento no desempenho de serviços públicos, de tal sorte a torná-los mais eficientes, regulares e com preços moderados.

AGUILLAR observa que a delegação dos serviços públicos, não pode ser feita de qualquer forma, uma vez que não há convergência entre o interesse do particular que explora o serviço público e o interesse público de assegurar a satisfação de

²² JUSTEN FILHO, M. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 21-24.

²³ Segundo Luís Roberto BARROSO, a privatização das empresas estatais que exploravam serviços públicos acarretou drástica transformação no papel do Estado porque “em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passaram a ser as de planejamento, regulamentação e fiscalização das empresas concessionárias. É nesse contexto que surgem, como personagens indispensáveis, as agências reguladoras” (BARROSO, L. R. *Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos. Limites da fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de contas do Estado. Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, nº 25, p. 77, 1999).

²⁴ CASSAGNE, *La intervencion...*, p. 151.

²⁵ MOREIRA, V. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 1997, pp. 116 e ss.

seus usuários. Assim, a concentração regulatória normativa, o controle estatal, por exigência constitucional é a contrapartida necessária da desconcentração regulatória operacional em matéria de serviços públicos. “Ou seja, para que seja possível a outorga da prestação de serviços públicos aos particulares, se faz necessária a existência de mecanismos de regulação normativa”²⁶.

Dessa forma, surge a necessidade de criação de entes independentes²⁷, capazes de exercer o controle da execução dos serviços públicos e de atividades economicamente relevantes, editando normas regulamentares, reprimindo condutas abusivas, bem como resolvendo conflito entre agentes envolvidos na prestação de determinado serviço.

1.2 O surgimento das agências reguladoras brasileiras

No Brasil, a regulação só passou a ser atribuída a entes reguladores a partir de 1996, através de leis esparsas.

Tendo em vista a ausência de uma lei genérica que defina em que consistem as chamadas agências reguladoras, será feita uma breve análise de algumas das agências presentes no cenário brasileiro, para que se possa, a partir dos elementos contidos em suas leis instituidoras, definir um conceito de agência reguladora.

A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, instituída pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, foi a primeira agência reguladora criada no bojo do processo de privatização. Essa agência veio a substituir o DNAEE – Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica. Tem como finalidade “regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal”²⁸.

Compete a ela exercer o poder concedente do serviço público de energia elétrica, bem como do uso dos potenciais de energia elétrica. Para tanto, expede os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela

²⁶ AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. Max Limonad: São Paulo, 1999, p. 213.

²⁷ Nicole CECCOPMAN citado por JUSTEN FILHO destaca que “a criação de agências reguladoras deve ser enfocada como uma modalidade de desregulação, na medida em que se interprete a expressão no sentido de desengajamento do Estado central em proveito de modos de intervenção mais suaves” (CECCOPMAN N. *À Propôs des Autorités Administratives Indépendantes et de la Déréglementation em Les Transformations de la Régulation Juridique* (sous la direction de Jean Clam te Gilles Martin), Paris, LGDJ, 1998. p.249, apud JUSTEN FILHO, Op. cit., p. 45).

²⁸ Art. 2º da Lei 9.427/96.

Lei nº 9.074/95, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos.

Ademais, promove as licitações destinadas à contratação de concessionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidrelétricos. Celebra e gere os contratos de concessão ou permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, expede as autorizações, fiscaliza, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões a s prestação dos serviços públicos²⁹.

À ANEEL, também, compete a resolução de conflitos, no âmbito administrativo, entre concessionários, permissionários, autorizados e auto-produtores, bem como entre esses agentes e os usuários. Esta agência ainda deve zelar pela concorrência efetiva entre os agentes do setor, acompanhando suas práticas de mercado, em articulação com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, lavrar autos de infração e estabelecer multas administrativas aos concessionários e permissionários.

Em 16 de julho de 1997, foi instituída a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, através da Lei nº 9.472, caracterizando-se como a primeira agência reguladora advinda de expressa determinação constitucional³⁰.

Trata-se de entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações. Tem a função de órgão regulador das telecomunicações, detendo o controle sobre o funcionamento regular das prestadoras de serviços de interesse coletivo. Sua sede fica no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

À ANATEL cumpre implementar, na esfera de suas atribuições, a política nacional de telecomunicações. Expede normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público (art. 19, inc. IV, da Lei Geral de Telecomunicações). Celebra e gerencia contratos de concessão e fiscaliza a prestação do serviço, mediante a aplicação de sanções e a realização de intervenções. Também controla, acompanha e procede à revisão de tarifas dos

²⁹ Art. 3º da Lei 9.427/96.

³⁰ O monopólio das telecomunicações foi flexibilizado pela Emenda Constitucional nº 8/95, na qual se estabeleceu a necessidade de criação de um "órgão regulador" para o setor (ALVES, O. M. de M. Agências reguladoras e proteção do consumidor de serviços de telecomunicações. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 226, p. 219-229, 2001. p. 131).

serviços, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes. Compõe administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações e reprime infrações dos direitos dos usuários. Propõe a declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à implantação ou manutenção de serviço no regime público. Arrecada e aplica suas receitas. Adquire, administra e aliena seus bens. Decide em último grau sobre as matérias de sua alçada, sempre admitido recurso ao Conselho Diretor. Formula ao Ministério das Comunicações proposta de orçamento.

A Agência Nacional do Petróleo – ANP, foi criada pela Lei nº 9478, de 6 de agosto de 1997. Esta lei trata da implementação das políticas, da regulação do *upstream* (produção) e do *downstream* (refino, transporte e distribuição) ligados à atividade petrolífera.

Esta agência tem como escopo promover a regulação, a contratação e a fiscalização do setor (“do poço ao posto”), estimulando a competição, com a entrada de novos competidores e capitais. Deve, ainda, aumentar a arrecadação e supervisionar o poder de mercado, em conjunto com o Ministério da Justiça e com o Ministério da Fazenda.

Além disso, regula os serviços de geofísica e geologia aplicados à prospeção petrolífera. Elabora editais e promove as licitações para as concessões de exploração, desenvolvimento e produção; celebra os contratos decorrentes dessas licitações e fiscaliza sua execução; estabelece critérios para o cálculo de tarifas. Aplica sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato. Instrui processos de declaração de utilidade pública para fins de desapropriação de áreas necessárias à exploração, produção, construção de refinarias, dutos e terminais. Zela pelo uso racional do petróleo e pela preservação do meio ambiente. Estimula a pesquisa e a adoção de novas tecnologias, dentre outras atribuições.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVS, foi criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Por força da Medida Provisória nº 2.134-25, de 28 de dezembro de 2000, passou a denominar-se ANVISA.

Caracteriza-se por ser uma autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro no Distrito Federal, mas atuação em todo território nacional.

O parágrafo único do art. 3º da Lei de sua criação prevê que “A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada pela independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira”. Além disso, para que seja efetivamente uma entidade independente, o art. 4º da mesma Lei estabelece que são asseguradas “as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de suas atribuições”.

Sua finalidade consiste em promover a proteção da saúde da população. Para isto, deve implementar o controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias relacionados a tais produtos e serviços. Além disso, incumbe a ela o controle de portos, aeroportos e de fronteiras, nos aspectos ligados à vigilância sanitária.

A esta agência compete coordenar o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária; estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária; conceder registros de determinados produtos; exigir a certificação de produtos e serviços sob o regime de vigilância sanitária segundo sua classe de risco.

Em caso de violação de lei pertinente ou de risco iminente à saúde, a ANVISA pode interditar os locais de fabricação, controle, importação, armazenamento, distribuição e venda de produtos e de prestação de serviços relativos à saúde (art. 7º da Lei 9.872/99). Pode, também, proibir tais atividades, bem como cancelar a autorização de funcionamento de empresas.

Em 17 de julho de 2000, foi criada a Agência Nacional de Águas - ANA, através da Lei nº 9.984. Trata-se de uma autarquia sob regime especial, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de implementar, em sua esfera de atribuições, a Política Nacional de Recursos Hídricos, integrando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Sua atuação deve obedecer à Política Nacional de Recursos Hídricos e será desenvolvida em articulação com órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Compete a ele supervisionar, controlar e avaliar as ações e atividades decorrentes do cumprimento da legislação federal pertinente aos recursos hídricos.

Deve, ainda, arrecadar, distribuir e aplicar receitas auferidas por intermédio da cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União.

À ANA também incumbe planejar e promover ações destinadas a prevenir ou minimizar os efeitos de secas e inundações, em articulação com o órgão central do Sistema Nacional de Defesa Civil, em apoio aos Estados e Municípios.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS foi criada pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. É ela uma autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro. Atua em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

O parágrafo único do art. 1º da lei de sua criação estabelece que "A natureza de autarquia especial conferida à ANS é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes".

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

Dentre as suas competências estão: estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras; fixar os critérios para os procedimentos de credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviço às operadoras; estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços oferecidos pelas prestadoras.

Cabe a ela monitorar a evolução dos preços de planos de assistência à saúde, de seus prestadores de serviços, e respectivos componentes e insumos; autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem como autorizar sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário, ouvidos previamente os órgãos do sistema de defesa da concorrência.

Mais recentemente, foram criadas através da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), ambas submetidas ao regime autárquico especial e vinculadas ao Ministério dos Transportes, consoante dispõe o art. 21 da referida lei.

A partir da análise das respectivas leis instituidoras, é possível estabelecer características comuns às agências federais até então criadas na esfera jurídica brasileira³¹. São elas autarquias de natureza jurídica especial, razão pela qual gozam de autonomia financeira, administrativa, patrimonial, além de poderes normativos complementares à legislação própria do setor. São dotadas de amplos poderes de fiscalização, operando como instância administrativa final nos litígios sobre matéria de sua competência. Ademais, respondem pelo controle de metas de desempenho fixadas para as atividades dos prestadores de serviço, conforme estabelecem as diretrizes governamentais e em defesa da comunidade³².

Observa-se, todavia, que a fiscalização e regulação exercida pelas agências não se dá apenas em relação aos serviços públicos concedidos, autorizados ou permitidos (como telecomunicações e setor elétrico³³), mas também, sobre a atividade econômica monopolizada (petróleo³⁴), mercado de produtos e serviços, bem como aspectos a eles relacionados, submetidos à vigilância sanitária, operadoras setoriais de assistência suplementar e direito de uso de recursos hídricos³⁵.

Note-se que, a Agência Nacional do Petróleo, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária e a Agência Nacional de Saúde Suplementar, por exemplo, não regulam, controlam ou fiscalizam um serviço público, mas se relacionam a uma atividade econômica em sentido estrito³⁶.

³¹ Tais características serão melhor analisadas no Capítulo 2.

³² TÁCITO, Agências reguladoras da Administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 221, p.1-5, jul./set. 2000, p. 4.

³³ De acordo com as hipóteses dispostas, respectivamente, no artigo 21, incisos XI e XII, alínea 'b' da Constituição Federal de 1988

³⁴ Conforme hipóteses elencadas no artigo 177 da Constituição Federal

³⁵ Com fundamento constitucional previsto no artigo 21, XIII.

³⁶ Em que pese não ser objeto deste estudo a análise dos conceitos de "serviço público" e de atividade econômica em sentido estrito, convém mencionar o pensamento de alguns autores sobre o assunto. Para Eros Roberto GRAU atividade econômica em sentido estrito e serviço público são espécies do gênero atividade econômica, sendo serviço público atividade econômica em sentido amplo que o Estado pratica no intuito de promover um benefício individualizado e passível de utilização direta pelo cidadão (*A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 138). Segundo Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO "serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administradores, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob regime de Direito Público- portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo" (*Curso de Direito Administrativo*. 14ªed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 600). Já, atividade econômica em sentido estrito possui um tratamento diferenciado, uma vez que é desempenhada pelo Estado, em regra, em regime de concorrência com as demais empresas privadas. JUSTEN FILHO observa que a relevância da distinção da intervenção estatal que se faz pelo desempenho de atividade econômica ou através

Ante ao exposto, define-se agências reguladoras como sendo autarquias sob regime especial, que detêm competência para regulamentar, contratar, fiscalizar, aplicar sanções e atender às reclamações dos usuários de determinado serviço público ou atividade econômica em sentido estrito³⁷.

Mister ressaltar que a criação das agências reguladoras no cenário brasileiro, não representou inovações completamente originais ou totalmente desconhecidas em nosso sistema. Isso porque, muitas das características próprias dos entes reguladores já podiam ser observadas anteriormente no Direito brasileiro³⁸.

É o caso, por exemplo, do Banco Central do Brasil, do Conselho Monetário Nacional, da Comissão de Valores Mobiliários e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE³⁹.

Destaque-se, no entanto, que não havia preocupação doutrinária em delimitar quais seriam as qualidades diferenciadoras ou peculiaridades do regime jurídico de tais entidades. A questão só despertou maior interesse a partir do momento em que começaram a ser instituídas autarquias com a denominação de agências.

da prestação de serviço público refere-se à diversidade de regime jurídico a que cada qual se submete, pois "A atividade de natureza econômica sujeita-se a regime próximo do direito privado, ainda que os princípios gerais do direito público continuem aplicáveis. Já o desempenho de serviço público submete-se a regras inerentes ao direito público" (*Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 55). O desempenho de atividade econômica em sentido estrito está reservado à iniciativa privada, sendo possível a participação excepcional do Estado, subsidiária, conforme dispõe os artigos 170 e 173 da Constituição Federal (CUÉLLAR, Op. cit., p. 51).

³⁷ Cf. CUÉLLAR, Op. cit., p. 81.

³⁸ Consoante assinalou Paulo Roberto Ferreira MOTTA, "Muito embora, para alguns, estas entidades autárquicas, entes reguladores, possam parecer um novo instituto jurídico ou uma inovação em nosso ordenamento positivo, necessário frisar que autarquias com as mesmas funções já existem no Brasil há muito mais tempo do que se possa imaginar..." (MOTTA, Op. cit., p. 23).

³⁹ JUSTEN FILHO acrescenta outras instituições que desempenham suas atividades com autonomia e não sujeitas a intervenções externas, como o Conselho de Contribuintes da União, as Juntas Comerciais, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). (JUSTEN FILHO, *O Direito...*, p. 332-337). Para Villela SOUTO, existem ainda "funções regulatórias exercidas pelo setor privado", como é o caso do CONAR – Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária... (SOUTO, *Agências...*, p. 131).

CAPÍTULO 2 – CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

2.1 Aspectos gerais sobre a experiência das agências norte-americanas

O estudo das agências reguladoras norte-americanas é de grande importância, uma vez que os EUA foram o primeiro país a adotar esse modelo organizativo⁴⁰. Outro aspecto relevante, refere-se ao fato de que tais entes vêm inspirando a criação de institutos semelhantes ao redor do mundo, inclusive no Brasil. Porém, não sendo esta análise o objetivo do presente trabalho, cumpre-nos apenas trazer algumas idéias gerais acerca da experiência das agências norte-americanas.

Francisco de Queiroz Bezerra CAVALCANTI⁴¹ assevera que as agências norte-americanas representaram uma das maiores contribuições do “*Administrative Law*” norte-americano, juntamente com o instituto da procedimentalização, expresso no Federal APA de 1946, para o direito administrativo moderno, tanto europeu, como latino-americano.

Apesar das semelhanças entre o modelo de entes reguladores norte-americanos e o implantado em nosso País, não é possível fazer um mero transplante das noções por eles utilizadas, haja vista as profundas diferenças existentes entre os ordenamentos jurídicos.

Nos EUA a expressão ‘agência’ tem sentido amplo, abrangendo “qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais”⁴², consoante dispõe expressamente a Lei de Procedimento Administrativo (*Administrative Procedure*

⁴⁰ Sabe-se que as agências reguladoras surgiram no direito norte-americano, com a instituição da Intestate Commerce Commission, em 1887, tendo esse modelo servido de base para a criação de tais reguladores em outros países. (CUÉLLAR, *Agências...*, p. 66).

⁴¹ CAVALCANTI, F. de Q. B. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. *Revista de Direito Administrativo*, n. 219, p. 253-270, jan./mar. 2000. p. 253

⁴² “Constata-se, daí, que “as agências norte-americanas detêm poder de atuação muito maior do que as agências reguladoras brasileiras poderiam ter, uma vez que o nosso Direito Administrativo se encontra adstrito aos princípios constitucionais e legislação infraconstitucional, incompatíveis, com aquele grau de independência, isso sem falar na sua organização complexa, composta de órgãos interligados hierarquicamente, inspirada no modelo francês.” (CARVALHO, V. M. de. *Desregulação e reforma do Estado no Brasil: impacto sobre a prestação de serviços públicos*. In: DI PIETRO, M. S. Z. de. (Org.). *Direito regulatório*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003. p. 240).

Act)⁴³.

Lá, considera-se agência administrativa a entidade integrante da estrutura governamental encarregada em administrar e implementar determinada legislação, a fim de atender o interesse público nela definido.

Afirma-se que no direito estadunidense toda a organização administrativa se resume às agências, o que leva alguns autores a sustentar que “o direito administrativo norte-americano é o direito das agências”.⁴⁴

Para a doutrina norte-americana o conceito de direito administrativo envolve o conjunto de normas e princípios que determinam os poderes e a estrutura das agências administrativas, especificam as formalidades procedimentais a serem por elas adotadas, bem como estabelecem a validade das decisões por elas proferidas, fixando o papel a ser desempenhado pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário no controle dos atos dos entes reguladores⁴⁵.

O principal motivo que desencadeou o processo de criação das agências reguladoras no Direito norte-americano, relaciona-se à alta especialização de tais entes no seu campo de atuação. Acreditava-se, por conseguinte, que suas decisões seriam estritamente técnicas e as mais eficientes sobre o problema tratado, de tal sorte a melhorar a prestação do serviço e a sua fiscalização⁴⁶.

As agências norte-americanas caracterizam-se pela multiplicidade e heterogeneidade, sendo que cada uma possui um modelo estrutural próprio. Podem ser classificadas sob diferentes critérios, dentre eles: (a) agências reguladoras (*regulatory agencies*) e agências não reguladoras (*non regulatory agencies*), conforme tenham ou não poderes normativos e decisórios, delegados pelo Congresso, para baixar normas que incidam sobre a situação jurídica dos cidadãos, afetando direitos, liberdades ou atividades econômicas; (b) agências executivas (*executive agencies*) e agências independentes (*independent regulatory agencies or*

⁴³ “Por outras palavras, excluídos os três poderes do Estado, todas as demais autoridades públicas constituem agências. Nos EUA, falar em Administração Pública significa falar nas agências, excluído do conceito o Poder Executivo” (DI PIETRO, *Parcerias ...*, p. 133).

⁴⁴ Cf. CARBONELL., Eloísa, MUGA, José Luis. *Agencias y procedimiento administrativo en estados Unidos de America*. Madri: Marcial Pons, Edicionaes Jurídicas y Sociales, 1996. p. 22.

⁴⁵ CUÉLLAR, Op. cit., p. 67. No entanto, Bernard SCHWARTZ adverte que “o direito administrativo norte-americano não abrange qualquer agência que possua poderes executivos, mas somente aquelas cuja autoridade atinja direitos e obrigações dos particulares” (*Administrative Law*. 3. ed. Boston: Little, Brow and Company, [s.d.], p. 4 apud CUÉLLAR, Op. cit., p. 67).

⁴⁶ FIGUEIREDO, L. V.. Curso de direito administrativo. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 139.

comissions), dependendo da estabilidade conferida aos dirigentes. Nas agências executivas os dirigentes podem ser livremente demitidos pelo chefe do Poder Executivo, ao passo que nas agências independentes a perda do cargo ocorre somente em virtude de razões expressamente previstas em lei⁴⁷.

Todos os entes reguladores são criados por lei, com funções “quase-legislativas” e “quase-judiciais”.

Dito em outras palavras, a uma única agência podem ser outorgadas as mais diversas e importantes atividades estatais, tais como a edição de normas com força de lei e amplo, bem como decisivo impacto sobre toda a sociedade; a condução de investigações de certas condutas irregulares e a conseqüente fixação de penalidades aos particulares responsáveis por elas; o julgamento de certos litígios inerentes à atividade objeto de regulação, dependendo da regulamentação específica de cada agência.

Verifica-se, portanto, que no referencial norte-americano, as agências reguladoras têm autoridade legislativa para limitar direitos e impor obrigações, bem como autoridade judicial para resolver definitivamente eventuais controvérsias oriundas da regulação.

Todavia, os poderes “quase-legislativo” são objeto de polêmica, pois conforme acentua Lúcia Valle FIGUEIREDO “as agências não teriam sido eleitas pelo povo, tal como os membros do Poder Legislativo, portanto, não sendo elas detentoras da delegação popular, seu poder regulatório poderia ser discutido”⁴⁸.

Em princípio, os Tribunais sustentaram que o poder legislativo, conferido ao Congresso pela Constituição não poderia ser delegado. Mas, aos poucos a jurisprudência passou a entender que as delegações são necessárias, em razão da proliferação das atividades das agências em setores extremamente diversos entre si. O Congresso, em virtude disso, não possuiria os conhecimentos técnicos suficientes para bem legislar. No entanto, a delegação de poderes normativos deve estar condicionada a uma “diretriz legislativa suficientemente clara e concreta, para que a agência atue segundo a vontade do legislador, com a mínima discricionariedade”⁴⁹.

Já, em relação à delegação de poderes jurisdicionais o debate nunca foi intenso, por não representar uma ameaça ao princípio da separação de poderes,

⁴⁷ DI PIETRO, *Parcerias...*, p. 133.

⁴⁸ FIGUEIREDO, *Op. cit.*, p. 138.

⁴⁹ CARBONEL, *Op. cit.*, p. 26.

uma vez que as decisões das agências se submetem a maior controle por parte do Judiciário.

Enquanto no Brasil, propaga-se o modelo das agências reguladoras, fenômeno denominado de “agencificação”⁵⁰, nos EUA as agências passam por inúmeras modificações⁵¹. Tais mudanças ocorreram, sobretudo, em razão do aumento do controle realizado pelos três Poderes sobre seus atos.

As principais alterações nos instrumentos de controle norte-americanos, que acabaram reduzindo a neutralidade e a independência das agências reguladoras, foram: a) a obrigatoriedade de controle prévio por parte do Executivo, antes de iniciar-se o procedimento de elaboração de normas imposto pela Lei de Procedimentos Administrativos (APA); b) a criação de agências legislativas que controlam as agências administrativas, além de, em determinadas hipóteses exercerem o poder de veto sobre os projetos das agências; c) a ampliação do controle judicial, que passou, aos poucos, a examinar a motivação, os fatos, a razoabilidade das normas elaboradas pelos entes reguladores⁵².

⁵⁰ Expressão utilizada pela Prof. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, no livro *Direito Regulatório*.

⁵¹ “A eleição de Ronald Reagan em 1980 simboliza o início o início do chamado ‘avanço conservador’ nos Estados Unidos. Tem início um processo de desregulação da economia, representada pela mitigação do poder de intervenção das agências de regulação em relação aos agentes privados. Tal diminuição no poder das agências se deu através da flexibilização das regras estipuladas para os setores regulados pelas agências. Dessa forma, os setores mais rígidos são substituídos por uma maior dosagem de concorrência” (CARVALHO, R. L. M. de. *As agências de regulação norte-americanas e sua transposição para os países da civil law*. In: DI PIETRO, M. S. Z. de. (Org.). *Direito Regulatório*, p. 413).

⁵² As questões relativas ao controle das agências serão melhor abordadas no Capítulo 3.

Por fim, cumpre ressaltar que além dos Estados Unidos da América, vários outros países adotaram o modelo jurídico-administrativo das agências reguladoras, cite-se como exemplo a França⁵³, Inglaterra⁵⁴, Argentina⁵⁵ e Itália⁵⁶.

2.2 A natureza jurídica das agências reguladoras brasileiras: autarquias sob regime especial

Após breves considerações acerca do modelo de agências norte-americano, verifica-se que o exame das agências reguladoras brasileiras deve ser feito com cautela, a fim de evitar a adoção de características incompatíveis com o sistema pátrio.

Não há dúvidas de que são inúmeras as diferenças existentes entre os ordenamentos jurídicos. Enquanto nos EUA as leis são ricas em *standards*, conceitos indeterminados, diretrizes, a serem preenchidos pelas normas baixadas pelas agências, no Brasil o que se observa é uma série de conceitos determinados. Entre nós, o princípio da legalidade impõe a necessidade do ato legislativo disciplinar extensamente a matéria, não se admitindo que a lei estabeleça um

⁵³ Na França, tais entes adotaram a denominação de “autoridades administrativas independentes”, possuindo algumas peculiaridades em relação aos demais países, entre as quais destaca-se a ausência de personalidade jurídica, bem como o fato de não se limitarem, ao contrário de muitos países, como o próprio Brasil, à regulação de setores econômicos ou de serviços públicos delegados a particulares, abrangendo também funções de proteção de direitos fundamentais e de proteção dos cidadãos frente à Administração Pública, “não sendo, portanto, no seu conjunto, vinculadas exclusivamente à desestatização e à liberalização de setores da economia”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências independentes – algumas desmistificações à luz do direito comparado. *Revista de Informação Legislativa*, n. 155, p. 293-317, jul./set. 2002. p. 302).

⁵⁴ Na Inglaterra, “as agências reguladoras independentes não possuem uma peculiaridade que as distinga dos demais corpos administrativos, uma vez que a Administração Pública inglesa é caracterizada por seu fortíssimo policentrismo e pela autonomia de seus órgãos, denominados *Quase Autonomous non Governmental Organizations-Quangos, boards ou quasi tribunias* (ARAGÃO, Op. cit., p. 294).

⁵⁵ A exemplo das nossas agências reguladoras, os chamados “entes reguladores” argentinos “possuem a condição jurídica própria das entidades autárquicas, tratando-se de descentralizações jurídicas do Estado, de cuja natureza pública participam, pertencendo, na realidade, à sua organização administrativa, apesar de possuírem personalidade jurídica diferenciada” (CASSAGNE, p.152, 1996). Tais entes, no entanto, distinguem-se das agências reguladoras brasileiras em virtude da possibilidade de exoneração *ad nutum* dos dirigentes da maior parte delas e em razão da possibilidade de interposição de recurso de *alzada*, que corresponde ao nosso recurso hierárquico impróprio. (ARAGÃO, Op. cit., p. 312)

⁵⁶ Na Itália, as agências denominam-se autoridades administrativas independentes, possuindo independência funcional em relação ao ministérios governamentais relacionados com os setores de sua atuação. São criadas através de lei que define suas características básicas. Detêm autonomia orçamentária e independência funcional, porém não possuem personalidade jurídica. (CARVALHO, R. L. M. L. de. As agências de regulação norte-americanas e sua transposição para os países da civil law. In: DI PIETRO, *Direito regulatório...*, p. 423).

padrão abstrato, preenchível pelos mais variados conteúdos.

Ademais, nos EUA, vigora o princípio do *stare decisis*, ou seja, da força obrigatória dos precedentes judiciais. Lá, a jurisprudência também é responsável pela produção normativa. Ressalte-se, ainda, que a elaboração de normas pelas agências norte-americanas está sujeita obrigatoriamente a um procedimento imposto pela Lei de Procedimentos Administrativos, no qual a participação do cidadão é obrigatória, outro aspecto que não ocorre no direito brasileiro, exceto “de forma embrionária e sem caráter de obrigatoriedade, faltando o principal elemento que confere legitimidade às normas editadas pelas agências norte-americanas”⁵⁷.

Como já mencionado, autarquias com funções reguladoras não são novidade no direito brasileiro. Apenas o vocábulo com o qual foram designadas (“agência”), inspirado no direito norte-americano, é que é novo no Brasil.

Em nosso País, não há lei geral que defina o que seja agência administrativa ou agência reguladora. Vale dizer, não há parâmetros legais que estabeleçam precisamente o que é uma agência administrativa.

O que se observa é uma série de leis que empregam a expressão “agência” em diversas acepções. Egon Bockmann MOREIRA afirma que “ora ela é usada em sentido vulgar (agência de telegráfica, agência do correio), ora em sentido específico (Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel, Agência Nacional do Petróleo – ANP e Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa) e também em sentido técnico indefinido (Agência Espacial Brasileira, Agência de Águas)”⁵⁸.

Da análise da lei de criação de algumas agências reguladoras brasileiras, realizada no Capítulo 1, foi possível extrair elementos comuns que servem de base à elaboração de um conceito.

Assim, conceitua-se agências reguladoras como órgãos autônomos e independentes de Direito Público, criadas por lei específica, de natureza autárquica especial, dotadas de competência para regulamentar, contratar, fiscalizar, aplicar

⁵⁷ DI PIETRO, *Direito regulatório...*, p.417. Tendo em vista as sensíveis diferenças entre os ordenamentos, JUSTEN FILHO adverte que “nenhuma solução pode ser adotada simplesmente por ter existido um precedente histórico em outras ordens estatais. Toda e qualquer inovação deve ser incorporada às características nacionais, não apenas jurídicas, mas também culturais – até porque, assim, não o sendo, a inovação tenderá a ser meramente nominal” (*O Direito ...*, p. 287)

⁵⁸ MOREIRA, E. B. Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 218, p. 93-112, out./dez. 1999, p. 94.

sanções e atender às reclamações dos usuários de determinado serviço público ou atividade econômica em sentido estrito⁵⁹.

Extraí-se, portanto, que às agências reguladoras compete regular a atividade fiscalizada (poder normativo para a criação de regras gerais, mas exclusivas do objeto da regulação); controlar e fiscalizar a atividade regulada; arbitrar controvérsias inerentes à atividade; promover a escolha de agentes privados executores da atividade regulada (contratação mediante licitação); realizar a divulgação pública da atividade e assegurar proteção ao consumidor da atividade privatizada e regulada.

Resta agora definir a natureza jurídica das agências reguladoras no cenário jurídico brasileiro, ou seja, o significado da expressão “autarquia sob regime especial”, utilizada inclusive pela lei⁶⁰ para defini-las. Como se sabe, não é o *nomen iuris* que determina sua natureza jurídica, mas sim o seu regime⁶¹.

Celso Antônio Bandeira de MELLO define autarquia⁶² como pessoa jurídica de Direito Público com capacidade exclusivamente administrativa, caracterizando-se por ser criada e extinta somente por lei; submeter-se à tutela e ao controle exercido pelo Tribunal de Contas; responder pelos próprios atos, com a responsabilidade subsidiária do Estado⁶³.

José Cretella Júnior observa a natureza etimológica da palavra autarquia –

⁵⁹ Nesta mesma linha, JUSTEN FILHO define agências reguladoras independentes como sendo “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”. (Op. cit., p. 344).

⁶⁰ É o caso, por exemplo, da Lei nº 9782/99, que cria a ANVISA. O art. 3º tem a seguinte redação: “Fica criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro no Distrito Federal, prazo de duração indeterminado e atuação em todo território nacional. Parágrafo único. A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada pela independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.”

⁶¹ As leis instituidoras não definem o que seria este regime, mas já há referência antiga a autarquias sujeitas a regime especial no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive quanto a universidades públicas. “Neste contexto, o regime especial significa que as universidades têm, em relação à Administração Direta, uma autonomia mais acentuada do que aquela experimentada pelas demais autarquias” (PAIXÃO, L. A. Aspectos jurídico-institucionais do setor elétrico brasileiro. In: DI PIETRO, (Org.). *Direito regulatório*, p. 383).

⁶² Maria Sylvania Zanella DI PIETRO faz um breve histórico do instituto, ressaltando que o vocábulo autarquia foi utilizado pela primeira vez na Itália, em 1897, por Santi Romano ao transcorrer sobre o tema “decentramento administrativo”, publicado na Enciclopédia Italiana, para substituir o termo “ente autônomo” referente às comunas, províncias e entes públicos existentes nos Estados Unitários (*Direito administrativo*. 12 ed., São Paulo: Atlas, 2000, p.353/358).

autós (próprio) e arquia (direção, governo, comando), significando auto-governo, comando próprio⁶⁴.

A primeira definição legal de autarquia constou no Decreto-lei nº 6.016, de 22 de novembro de 1943, como sendo “o serviço estatal descentralizado, com personalidade de direito público, implícita ou explicitamente criado por lei.” Atualmente é definida no art. 5º, inciso I, do Decreto-Lei nº 200/67, como “o serviço autônomo criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receitas próprias, para executar atividades típicas da administração pública que requeiram, para seu funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

Observa-se, portanto, que o referido enunciado normativo não se refere à natureza pública das autarquias, fator pelo qual é criticado pela maioria da doutrina⁶⁵.

A Constituição Federal de 1967, no art. 163, § 2º, inseriu as autarquias entre os sujeitos às normas de direito privado, mas, a Emenda Constitucional nº 1/69 excluiu-as desse regime.

Já, a Constituição de 1988, em seu art. 173, § 1º, incluiu-as dentre as entidades sujeitas ao regime privado e exploradoras de atividades econômicas. No entanto, a Emenda Constitucional nº 19/98 as retirou desse regime.

Atualmente, as autarquias aparecem no novo Código Civil, no art. 41, inciso IV, dentre as pessoas jurídicas de direito público.

Para Hely Lopes MEIRELLES as autarquias não agem por delegação, mas por direito próprio nos limites estabelecidos pela lei que as criou. Assim, “como pessoa jurídica de Direito Pública interno, a autarquia traz ínsita, para a consecução de seus fins, uma parcela do poder estatal que lhe deu vida”⁶⁶.

⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 14ª ed. Refundida, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional 35, de 20.12.2001. Malheiros, São Paulo, 2002, p. 139 e ss.

⁶⁴ CRETELLA, JR, José. *Administração indireta brasileira*. Revista Forense, 1980. p. 353.

⁶⁵ AZEVEDO verifica que a definição legal “peca por deixar de explicitar que a personalidade jurídica é de direito público – característica básica da autarquia – mas deixa claro que se destina a exercer atividades típicas da Administração de forma descentralizada, que exijam autonomia administrativa e financeira” (Op. cit., p. 142).

⁶⁶ MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo brasileiro*. 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995. Juan Carlos CASSAGNE sustenta que as “entidades autárquicas” caracterizam-se por realizar competências administrativas (não industriais ou comerciais) com um regime essencial de direito público. (Op. cit, p. 311). Enrique SAYÁGUES LASO “vê, na autarquia, a capacidade especial de direito público, consistente em administrar os próprios interesses, sendo que estes são também do Estado” (*Tratado de derecho administrativo*. V. I, 1953, pp. 233-234 apud Cretella Júnior, Direito administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 133).

As autarquias surgiram para estabelecer regimes diferentes, técnicos, administrativos e jurídicos, adaptados às exigências de cada órgão, a fim de realizar suas funções fora dos padrões comuns ao exercício da Administração Pública. Esse é o motivo pelo qual atendem a fins específicos – transporte, indústria, comércio, bancos, seguros, previdência, etc, diferenciando-se dos tipos comuns dos órgãos administrativos que integram o serviço permanente, essencial, próprio do Estado⁶⁷.

Para se compreender a noção de autarquia é fundamental distinguir seu conceito no âmbito das manifestações estatais. Com efeito, há atividades que devem ser desenvolvidas pelo Estado diretamente, através de seus órgãos e agentes, ou indiretamente, por meio de outros sujeitos por ele criados, dotados de personalidade jurídica de direito público (como é o caso das autarquias) ou de direito privado. As autarquias diferem-se da Administração direta, em virtude da ausência de capacidade política, constituindo pessoa distinta do Estado; por serem criadas por lei, na qual são estabelecidas as suas finalidades e as limitações de sua liberdade administrativa, e pelo fato de possuírem recursos e patrimônios próprios, submetendo-se ao controle administrativo.

Ademais, as autarquias distinguem-se de outras entidades criadas com o escopo de realizar, indiretamente, atividades administrativas de competência do Estado, como sociedades de economia mista e empresas públicas, pelo fato de que estas consistem em manifestações privadas, que não detêm personalidade de direito público e capacidade exclusivamente administrativa⁶⁸.

Ante ao exposto, pode-se afirmar que as autarquias caracterizam-se pelos seguintes aspectos⁶⁹:

a) são criadas por lei: essa exigência já estava prevista no Decreto-Lei 6.016/43, repetida no Decreto 200/67 e no art. 37, inciso XIX, da Constituição Federal;

b) têm personalidade jurídica pública, ou seja, são pessoas jurídicas distintas da entidade que as criou, possuindo direitos e obrigações próprios, natureza pública, pois se submetem ao regime jurídico de direito público quanto à criação, extinção, prerrogativas e controle;

⁶⁷ CAVALCANTI, Themístocles. Pareceres. *Revista de Direito Administrativo*, n. 59, p. 333.

⁶⁸ CUÉLLAR, Op. cit., pp. 128-129.

⁶⁹ Cf. ROCHA, R. B. Órgãos reguladores no Brasil. In: DI PIETRO, *Direito regulatório...*, p. 248-249.

c) têm capacidade de auto-administração em relação às matérias específicas que lhes foram destinadas por lei e, para tanto, detêm patrimônio próprio;

d) possuem especialização quanto aos fins ou atividade, isto é, têm capacidade específica para prestação de serviços determinados. Esta característica originou o princípio da especialização, que impede as autarquias de exercerem atividades diversas daquelas para as quais foram instituídas;

e) submetem-se ao controle administrativo ou tutela. Sendo assim, perante a Administração Pública as autarquias têm o dever de executar eficientemente os serviços para os quais foram criadas e pelos quais têm responsabilidade, na forma da lei. Por outro lado, detêm o direito de executá-los sem a ingerência da entidade que as instituiu, mas, sempre, respeitados os limites normativos.

No tocante às agências reguladoras, CUÉLLAR⁷⁰ aponta quatro aspectos que determinam a especialidade do regime autárquico conferido a elas, quais sejam: independência administrativa, autonomia financeira, ausência de subordinação hierárquica e previsão de estabilidade e mandato fixo para seus dirigentes. Como se pode notar, destas características, as três primeiras são inerentes à natureza de toda e qualquer autarquia, distinguindo-se, apenas, pelo maior grau com que se fazem presentes no regime jurídico das agências reguladoras.

Assim, o que efetivamente as distingue das autarquias clássicas é somente o fato de possuírem maior independência em relação ao Poder Executivo⁷¹, em razão da previsão de estabilidade e mandato fixo para seus dirigentes.

A atribuição de regime especial às agências decorreu, sobretudo, da necessidade de se encontrar novos caminhos para escapar de restrições genéricas que, buscando coibir determinados abusos, acabaram emperrando a entidade descentralizada. Assim, a criação das autarquias sob regime especial, foi a solução encontrada para superar estes entraves, reduzindo a burocratização e conferindo maior flexibilidade na prestação dos serviços.

Segundo DI PIETRO, as agências estão sendo criadas como autarquias de regime especial porque “sendo autarquias, sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade”⁷². Para a autora o regime especial encontra-se definido nas respectivas leis instituidoras, referindo-se à maior autonomia em

⁷⁰ Op. cit., p. 93.

⁷¹ CUÉLLAR, Op. cit., p. 130.

⁷² DI PIETRO, *Direito administrativo*, p.390.

relação à Administração Direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, sendo permitido o afastamento somente nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade de exoneração *ad nutum* e ao caráter final de suas decisões, que não se submetem à apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública.

Frise-se que a especialidade de cada agência está caracterizada e delimitada na lei de sua criação. Isso porque não há norma genérica que defina em que consiste o regime especial, devendo-se observar as peculiaridades previstas nas leis instituidoras de cada agência⁷³. Todavia, há que se ressaltar que, com a edição da Lei nº 9986/2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências, o legislador baixou normas aplicáveis a todos esses entes, sendo possível, também, extrair deste dispositivo alguns elementos caracterizadores do regime autárquico especial.

Desta análise, pode-se dizer que as principais diferenças entre as agências reguladoras e as autarquias clássicas residem nos seguintes aspectos⁷⁴:

1) estabilidade dos seus dirigentes, que são nomeados por ato do Chefe do Executivo, com a aprovação do Senado, garantida a estabilidade pelo mandato determinado, afastada a exoneração *ad nutum* (comum ao cargo em comissão), o que constitui exceção à regra do art. 37, inciso II, parte final, da Constituição Federal. Vale dizer, o seu dirigente só perderá seu mandato mediante destituição motivada, circunscrita a situações estabelecidas em lei e desde que cumpridos os requisitos procedimentais necessários.

Entre as hipóteses ensejadoras da destituição do mandato estão: a condenação transitada em julgado, a decisão em procedimento administrativo disciplinar, a prática de ato de improbidade administrativa, a violação de regras de incompatibilidade de exercício de funções (art. 37, inc. XVI) e a prática de atos lesivos aos interesses ou patrimônio das agências.

Aspecto polêmico diz respeito à possibilidade ou não dos mandatos dos dirigentes perdurarem após o término daquele do Chefe do Executivo que os

⁷³ Celso Antônio Bandeira de MELLO acrescenta que “Não havendo lei alguma que defina genericamente o que se deva entender por tal regime, cumpre investigar, em cada caso, o que se entende com isso. A idéia subjacente continua a ser a de que desfrutariam de uma liberdade maior do que as demais autarquias” (Op. cit., p. 139).

⁷⁴ Cf. ROCHA, R. B. Órgãos reguladores no Brasil. In: DI PIETRO, *Direito regulatório...*, p. 248-249.

nomeou. Em virtude da abrangência do tema que não é objeto do presente estudo, far-se-á apenas um breve comentário acerca de algumas posições doutrinárias e do entendimento exposto pelo Supremo Tribunal Federal.

Arnaldo WALD e Luiza Rangel de MORAES defendem a permanência dos dirigentes das autarquias, por estarem os seus mandatos estabelecidos em lei, com o intuito de garantir a efetiva independência decisória desses dirigentes. Por outro lado, há autores como, Celso Antônio bandeira de MELLO e Leila CUÉLLAR que sustentam ser incompatível a permanência dos dirigentes, sob o argumento de que se estaria ferindo o princípio democrático, uma vez que o povo, mudando o Chefe do Executivo, altera, também, a orientação política e administrativa do País.

Apesar de ser um tema recente, o impasse já foi levado aos Tribunais. Isso ocorreu na ADIN nº 1949-0-RS, em que o Supremo Tribunal Federal examinou o pedido de suspensão de dispositivos da lei de criação da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados (AGERGS).

Na oportunidade, o Governador do Estado do Rio Grande do Sul impugnou dispositivos da Lei Estadual nº 10.931, de 9 de janeiro de 1997, que criou a ACERGS. Esta agência, à semelhança das agências federais, é dirigida por um colegiado composto por conselheiros com mandato fixo e que devem ser previamente aprovados pelo Legislativo (no caso, pela Assembléia do Estado do Rio Grande do Sul).

Em apreciação da liminar, o STF, por maioria, preservou as normas que vedavam a demissão imotivada dos conselheiros da ACERGS pelo Governador, sustentando que isto não viola as competências do Chefe do Poder Executivo, bem como admitindo que a exoneração, nestes casos, pode-se dar, somente, por justa causa e mediante o prévio procedimento administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa, ou se advier a mudança da lei criadora da agência independente.

Não obstante as opiniões contrárias, compartilha-se do entendimento exposto pelo STF, que impede a exoneração *ad nuttum*, permitindo que o mandato dos dirigentes das agências exceda o período de governo da autoridade que procedeu às nomeações. Pois, esta é a principal forma de garantir uma maior independência às agências, dificultando a prevalência de direcionamentos políticos.

Deve-se ter em mente que a atuação das agências reguladoras é eminentemente técnica. As normas por ela editadas devem se restringir a aspectos

estritamente técnicos, não podendo contrariar a normatização legal existente sobre determinado assunto, nem distorcer-lhe o sentido.

É claro que, dentro de uma atuação técnica, pode-se abrir espaço à política. O que aqui se está a dizer, entretanto, é que a atuação das agências não permite que elas formulem políticas nacionais, o que é, certamente, reservado aos representantes eleitos pelo povo.

Assim, no intuito de evitar que as agências extrapolem suas competências, é imperiosa a existência de controles efetivos de sua atuação que assegurem a eficiência e transparência de seus atos.

2) Outro aspecto distintivo das autarquias em regime especial, está na maior discricionariedade de que gozam, já que fiscalizam, punem, normatizam atividades das concessionárias, dirimem conflitos (entre os usuários e concessionárias). Exercem, porém, suas atribuições dentro dos limites constitucionais e infraconstitucionais e são norteadas pelos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, moralidade e finalidade.

Aliás, a independência a elas conferidas decorre justamente do alto grau de discricionariedade técnica dos atos regulamentares. Tal característica foi objeto de discussões nos Estados Unidos, pois percebeu-se que os atos técnicos, a princípio, restritos a decisões de casos concretos (*adjudications*), passaram a se estender a imposição de verdadeiras normas (*rulemaking*), em que havia nítida opção política se sobrepondo à técnica⁷⁵.

No Brasil, as agências não detêm competência para atuar além do marco de especialidade conferida pelas leis instituidoras. Porém, o princípio da especialidade, tem sido alvo de críticas, porque na prática, nem sempre, torna-se clara a imparcialidade das decisões proferidas pelas agências, o que acaba colocando em dúvida a sua própria atuação⁷⁶.

⁷⁵ MENEZES, R. F. de M. As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 227, p. 47-68, jan./mar. 2002, p. 58.

⁷⁶ Para a autora Roberta F. de Medeiros MENEZES o princípio da especialidade “vem sendo questionado pela doutrina, porque as entidades de regulação do setor terminam por ser ‘capturadas’ pelas empresas reguladas. Os dirigentes das agências, escolhidos devido à especialização de conhecimentos, atuaram no mercado que passaram a regular, levantando dúvidas em relação à imparcialidade de suas decisões, que, em alguns casos, poderão representar mais os interesses das empresas reguladas do que o interesse público” (Op. cit., p. 56). Outro problema que aqui se coloca diz respeito às agências multissetoriais, existentes em alguns Estados-membros, como a ARCON Agência Estadual de Regulação e Controle de Serviços Públicos no Pará (Lei estadual nº 6.099/97) e a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados, no Rio Grande do Sul – AGERGS (Lei estadual nº 10.931/97). Se um dos pressupostos essenciais a criação das agências é a

Daí, a necessidade de um controle intenso e amplo das decisões adotadas pelas agências reguladoras, a fim de evitar que a formulação de uma escolha, seja ocultada sob o argumento da neutralidade técnica.

3) Outro traço comum das autarquias sob regime especial refere-se à independência financeira. O legislador buscou dar maior autonomia financeira às agências reguladoras ao prever, além das dotações orçamentárias gerais, fontes de receita próprias, tais como⁷⁷: (a) arrecadação de taxas de fiscalização sobre os serviços ou atividades econômicas regulados; (b) produtos de multas, emolumentos e retribuição de serviços prestados a terceiros; (c) rendimentos de operações financeiras; (d) recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados; (e) doações, legados, dentre outros recursos que lhe forem destinados; (f) valores apurados na venda ou aluguel de bens móveis ou imóveis de propriedade das agências.

Suas decisões não se submetem à apreciação de outros órgãos ou entidades da Administração Pública – seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo. A estabilidade outorgada a seus dirigentes confere maior independência em relação às autarquias comuns, haja vista que possuem maior poder de decisão, sem o risco da exoneração *ad nutum*⁷⁸.

Logo, a especialidade do regime autárquico atribuída às agências reguladoras reside no seu maior grau de independência financeira, administrativa, ausência de subordinação hierárquica e, principalmente, na estabilidade e impossibilidade de

sua especialidade no que concerne ao seu campo de atuação, como admitir que os dirigentes de tais agências sejam especialistas em todos os setores? Aqui, Roberta MENEZES observa mais uma vez a “avidez pelo empréstimo de modelos alienígenas, sem que tenha havido, contudo, o acurado estudo prévio relativo aos institutos em debate...” (Op. cit., p. 57).

⁷⁷ Os exemplos são de CUÉLLAR, Op. cit., p. 136.

⁷⁸ O artigo 8º, §2º, da Lei nº 9472/97, que instituiu a ANATEL, prescreve que a sua natureza de autarquias especial é caracterizada pela independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira. Art. 1º do Anexo I do Decreto 2.335/97 (ANEEL): “É constituída a Agência nacional de Energia Elétrica – ANEEL, autarquia sob regime especial, com personalidade jurídica de direito público e autonomia patrimonial, administrativa e financeira, vinculada ao Ministério de Minas e Energia,...”. Art. 1º do Decreto 2.455/98 (ANP): “Fica implantada a Agência Nacional do Petróleo – ANP, autarquia sob regime especial, com personalidade jurídica de direito público e autonomia patrimonial, administrativa e financeira, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com prazo de duração indeterminado, como órgão regulador da indústria do petróleo,...”. Art. 3º, parágrafo único da Lei nº 9.782/99 (ANVISA): “A natureza de autarquia especial conferida à Autarquia é caracterizada pela independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira”. Art. 1º, parágrafo único da Lei nº 9.961/2000 (ANS): “A natureza de autarquia especial conferida à ANS é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes”, Art. 3º, caput, da Lei nº 9.984/2000 (ANA):

exoneração *ad nutum* de seus dirigentes.

CAPÍTULO 3 – O CONTROLE DOS ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

3.1 Noções sobre o controle das agências reguladoras no direito norte-americano

Não é objetivo desse estudo versar profundamente sobre o controle realizado sobre as agências norte-americanas. Uma notícia sobre o tema, no entanto, é útil para que se possa identificar alguns mecanismos próprios do modelo norte-americano trazidos para o nosso ordenamento jurídico, como também as maneiras por eles encontradas para tornar cada vez mais rígidos os instrumentos de controle sobre as agências.

Enquanto nos EUA existem mecanismos de controle bem definidos e efetivos, no Brasil isso ainda não ocorre, porque além de reduzidos, os instrumentos aqui existentes não são devidamente postos em prática.

Consoante já mencionado no Capítulo 2, a criação de inúmeros instrumentos de controle ao longo do tempo, foram responsáveis por profundas alterações na estrutura das agências norte-americanas⁷⁹.

Isso demonstra a preocupação de países democráticos, como os EUA, em assegurar que a independência atribuída às agências reguladoras não represente um mecanismo de afronta aos princípios democráticos, sobretudo, ao princípio da separação dos poderes.

A seguir far-se-á uma análise sucinta sobre as diferentes formas de controle a que se submetem as agências no direito norte-americano.

⁷⁹ O acirrado controle sobre as agências reguladoras norte-americanas, traz à tona discussões acerca de sua autonomia, eis que atualmente encontram-se “sob estrita fiscalização de inúmeras instituições”. (JUSTEN FILHO, *O Direito...*, p. 80).

3.1.1 Controle exercido pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo

Nos EUA é bastante intenso o controle exercido pelo Poder Executivo sobre a atuação das agências reguladoras.

As agências estão sujeitas ao *Office of Management and Budget* (OMB), vinculado à Presidência, que dispõe de poderes para reduzir, aumentar e aprovar o orçamento da agência, assim como para manifestar-se acerca de modificações nas competências atribuídas a ela⁸⁰. Ademais, o OMB é o órgão encarregado de aprovar o projeto básico das agências acerca de novos regramentos de cunho abstrato (*rulemaking*).

A partir dos anos 80, com a constatação de sérios defeitos na atuação das agências reguladoras norte-americanas, foram introduzidas diversas formas de controle, que impuseram limites a sua atuação.

Em razão disso, criou-se a *Executive Order* nº 12.498 (1985), através da qual os entes reguladores passaram a ser obrigados a apresentar uma proposta anual dos objetivos a atingir. Buscava-se com isso mecanismos que possibilitassem dimensionar a eficiência das agências no exercício de suas funções.

Em 1995, adotou-se o *Unfunded Mandate Reform Act* (UMRA), submetendo-as à observância de regras procedimentais extremamente rigorosas para a produção de novas regras de cunho regulatório, sobretudo quando expressivos os efeitos financeiros.

Aliás, a maioria dos diplomas legais elaborados após 1980, preocuparam-se em estabelecer restrições à edição de novas regulações, visando também controlar os efeitos econômicos das decisões adotadas pelos entes reguladores.

No tocante ao controle exercido pelo Legislativo sobre a atividade das agências reguladoras norte-americanas, podemos classificá-lo em formal e informal.

Através do controle formal o Congresso tanto pode criar legislação que restrinja ou revogue autoridade anteriormente delegada à agência, como também pode vetar os atos exarados pelas agências⁸¹.

Desde 1993, o Congresso é competente para aprovar os projetos e atividades

⁸⁰ Porém, existem algumas agências com competência para definir seu próprio orçamento, trata-se de casos muito excepcionais, como o da *Consumer Product Safety Commission*. (JUSTEN FILHO, Op. cit., p. 82).

⁸¹ SILVA NETO, O. C. da. Noções gerais sobre o controle das agências regulatórias no direito norte-americano. In: DI PIETRO, (Org.). *Direito regulatório...*, p. 438.

das agências, assim como o seu orçamento.⁸²

Na concepção de Warren, há quatro formas de fiscalização da atuação das agências pelo Congresso norte-americano, o qual possui poderes para: “1) criar e organizar agências administrativas; 2) controlar o orçamento das agências; 3) investigar as atividades das agências; 4) controlar a atuação das agências, através da aprovação de leis que condicionem o exercício da atividade, fixando coordenadas, como é o caso do APA”⁸³.

A Lei de Procedimento Administrativo (*Administrative Procedure Act- APA*) foi editada em 1946, com o objetivo principal de estabelecer normas uniformes de procedimento, em garantia dos administrados. Esta lei representou uma tentativa de racionalização do trabalho das agências, a fim de viabilizar o controle.

O APA foi, na verdade, o mecanismo encontrado pelos norte-americanos para a inadequação dos processos judicial e legislativo, diante das novas necessidades econômicas, visando afastar influências políticas perniciosas através de procedimentos que limitassem a discricção administrativa.

Quanto aos regulamentos, existem dois procedimentos de controle, quais sejam: controle prévio (*rules review*), que consiste no exame do projeto, antes de iniciar-se o procedimento regulatório, para verificação de sua conformidade com os fins contidas na lei e o controle *a posteriori* (*legislative veto*).

O controle *a posteriori*, realizado por meio do veto legislativo, consiste na possibilidade de o Congresso aprovar, alterar ou vetar o regulamento apresentado pela agência..

Esse veto, permite inclusive o exame do regulamento no que diz respeito a sua oportunidade, com a consequência de que a agência, pelo prazo de um ano, não poderá aprovar qualquer outro projeto sobre a mesma matéria⁸⁴.

No entanto, este mecanismo teve a sua ilegalidade declarada pela Suprema Corte, no caso *INS v. Chadha* (462 U.S. 919,1983), o que limitou fortemente o controle legislativo⁸⁵.

⁸² DI PIETRO. *Parcerias...*, p. 138.

⁸³ WARREN, K. F. *Administrative law in the political system*. Detroit: Gale, 1999, p. 157, apud CUÉLLAR, *O Poder normativo...*, p. 172.

⁸⁴ DI PIETRO, *Direito regulatório...*, p. 138-139.

⁸⁵ Estava em vigor o *Immigration na Nationality Act*, que dispunha que uma decisão de um estrangeiro poderia ser derrubada por voto de uma das Casas do Congresso ou deste reunido. No caso específico, apenas a Câmara Baixa (House of Representatives) exerceu este direito, e a Suprema Corte entendeu que tal ato era um exercício de Poder Legislativo, e, nesta qualidade,

Os principais fundamentos utilizados pelos doutrinadores norte-americanos para sustentar a inconstitucionalidade do veto legislativo referem-se, em geral, aos seguintes argumentos: "1) violação ao princípio da separação de poderes; 2) desrespeito ao procedimento constitucional de aprovação de leis (bicameralismo, veto presidencial); 3) violação ao princípio da participação dos particulares, vez que pode o Congresso introduzir modificações no regulamento, após a manifestação do público"⁸⁶.

Apesar das constantes críticas, em 1996, o recente *Congressional Review Act* (CRA), criou um amplo sistema para controle legislativo de atos das agências, fixando mecanismos através dos quais o Congresso pode, em tese, rever e desaprovar todas as regras emanadas pelas agências federais. Conforme dispõe o CRA, as agências devem submeter aos dois órgãos representativos do Congresso norte-americano e ao Comptroller General (CG) a proposta das regras, acompanhada de sua descrição e seus motivos, e a data da proposta para o início de sua vigência.

Vale ressaltar que, havendo anulação de uma dessas novas regras pelo Congresso, seus efeitos serão retroativos, de tal sorte a atingir fatos pretéritos, o que também é alvo de severas críticas, haja vista a incerteza jurídica que gera.

O Congresso pode ainda corrigir erros em regulamentos existentes e exigir que sejam submetidos ao controle do Congresso (*Corrections Calendar 1995 e Small Business Regulatory Enforcement Fairness, 1996*).

Além deste controle direto formal, o Congresso também exerce o controle orçamentário. A principal maneira de exercício desse controle ocorre através da dotação anual de recursos⁸⁷. Dessa forma, o Congresso pode, através do corte de verbas, impedir que as agências efetivem determinadas medidas, como também pode incentivá-las a implementar determinadas políticas, mediante ampliação da previsão orçamentária.

O Congresso, ainda, exerce amplo controle informal sobre os atos das agências. Isso se dá, por exemplo, através dos instrumentos de investigação utilizados pelo Congresso para verificar a implementação de programas previstos em

violava o art. I, § 7º da Constituição que dispõe que nenhuma Lei será válida sem que tenha passado – e sido aprovada- por ambas as casas e promulgada pelo Presidente. (SILVA NETO, Op. cit., p. 439.)

⁸⁶ CUÉLLAR, *O poder...*, p. 173.

⁸⁷ SILVA NETO, Op. cit., p. 440.

leis pelas agências e para descobrir atividades administrativas não eficientes ou autoridades administrativas corruptas.

A responsabilidade primária pelas investigações é dos *House and Senate Government Operations Committees* - comitês da Câmara e do Senado especializados em fiscalização governamental⁸⁸.

Ademais, as agências submetem ao Congresso relatórios, geralmente anuais, acerca de suas atividades. Dentre os órgãos fiscalizatórios que auxiliam o Congresso, o mais significativo é o *General Accounting Office*, que inicialmente exercia função contábil, passando a exercer papel relevante na análise dos programas das agências.

Ressalte-se, todavia, que a doutrina estadunidense impõe limites ao controle informal, preservando o direito que as agências detêm de não fornecer informações confidenciais ao Congresso.

Outro mecanismo, é o chamado *casework* do Congresso. Por meio deste instrumento, o Congresso verifica o atendimento dado pelas agências aos individuais. Esta forma de fiscalização também é utilizada pelo Congresso para posteriores sugestões de novas formas de controle sobre a atividade das agências.

Outra peculiaridade do processo decisório-regulamentar das agências norte-americanas, é a chamada *notice-and-comment rulemaking*, ou seja, o procedimento legal por elas observado desde a proposição até a final adoção de uma determinada regulamentação. Aqui, os elementos-chave são a transparência e a interação com a sociedade, .

Através desse procedimento a agência promove estudos, consulta *experts* e prepara um relatório acerca da necessidade daquela regulamentação, antes de adotar uma norma regulamentar de algum aspecto da atividade incluída no seu âmbito de atuação. Em seguida, publica toda a documentação e os planos concernentes à regulamentação almejada no órgão oficial de divulgação governamental (*Federal Register*), conclamando a população, os *experts* e as pessoas interessadas na matéria a emitirem suas considerações a respeito, num determinado período de tempo. Ultrapassado o prazo estipulado e examinadas as

⁸⁸ Porém, tais investigações podem ser realizadas por diversos outros órgãos legislativos que tenham competência sobre aspectos específicos das atividades das agências. (SILVA NETO, Op. cit., p. 440).

observações vindas do público, a agência edita a regulamentação⁸⁹.

Ressalte-se que, nos EUA, as audiências públicas são realizadas freqüentemente, em virtude de decisão das próprias agências e não por imposição legal propriamente dita. Isso porque o APA apenas determina que se viabilize a submissão do material escrito (v.g. proposta de regulamento) ao controle popular, sem exigir que se realize audiência pública formal.

Na verdade, cabe às agências norte-americanas fixar a forma e a extensão da participação popular. Não há restrições à participação pública, vale dizer “a legitimidade para participar do procedimento normativo das agências é ampla, sendo reconhecida pelos tribunais norte-americanos aos cidadãos cujos interesses sejam afetados, ainda que incidentalmente, e a suas associações, precipuamente nas áreas da saúde, previdência, meio ambiente e consumo”⁹⁰.

Tendo em vista que o APA somente determina que as agências avaliem os aspectos mais relevantes das formulações e observações realizadas pelos cidadãos, os Tribunais estadunidenses têm exigido que as agências apreciem todas as questões levantadas e elaborem expediente contestando as alegações dos particulares que forem rejeitadas, a contar expressamente no preâmbulo do regulamento.

CUÉLLAR observa, no entanto, que à semelhança do que ocorre em diversos países “a participação se restringe a uma parcela pequena da população e abrange principalmente grupos de indivíduos que possuam capital, conhecimentos técnicos, tempo”⁹¹.

Porém, em que pese ser possível questionar a quantidade e a natureza daqueles que realmente participam das decisões das agências norte-americanas, não há dúvidas acerca da relevância desse procedimento, na medida em que permite uma maior participação pública.

⁸⁹ As leis instituidoras de algumas das agências reguladoras brasileiras buscaram introduzir o notice-and-comment rulemaking das suas congêneres norte-americanas, através das consultas públicas. Cite-se, por exemplo, o art. 42 da Lei da Anatel (9.472/97), o qual estipula que “as minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca”. Já o artigo 44 da mesma Lei, com o objetivo de fomentar a participação da sociedade no processo decisório da Anatel, estabelece que “qualquer pessoa terá o direito de peticionar ou de recorrer contra ato da Agência no prazo máximo de trinta dias, devendo a decisão da Agência ser conhecida em até noventa dias”.

⁹⁰ CUÉLLAR, L. Poder Normativo das agências reguladoras norte-americanas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 229, 2003, p. 171.

⁹¹ Op. cit., p. 172.

3.1.2 Controle judicial

A extensão do controle judicial norte-americano sobre os atos das agências, variou sensivelmente ao longo da história.

As chamadas questões mistas, foram responsáveis por restringir substancialmente a distinção tradicional entre questões de fato (de apreciação privativa das agências) e questões de direito (passíveis de apreciação pelos Tribunais). Rosa Comella DORDA, calcada na lição de Louis JAFFE, sustenta que as questões mistas

supõem a aplicação de um conceito jurídico indeterminado a um pressuposto de fato e requerem, portanto, uma interpretação inicial do significado do conceito e uma posterior subsunção do pressuposto de fato no rol das atuações abrangidas pelo conceito, que alcança, assim, uma determinação precisa. Aliás, as decisões discricionárias (que não se distinguem conceitualmente dos conceitos jurídicos indeterminados) são revistos em função de critérios como a 'racionalidade' da decisão, que casam dificilmente com a separação entre revisão de consideração de fato e de direito⁹².

Em razão dessa evolução, o Judiciário passou a examinar não apenas o procedimento, bem como a razoabilidade das decisões dos fatos e a proporcionalidade da medida em relação aos fins contidos na lei. Mas, para que esse controle fosse possível, foi necessário que se passasse a exigir ampla motivação e transparência dos atos das agências⁹³.

Em relação à aplicação de uma norma pela agência, a jurisprudência norte-americana tem se pautado pelo princípio da interpretação razoável. Primeiramente, a corte deve verificar se o assunto em questão já foi abordado pelo Congresso, uma vez analisado, observar-se-á se a intenção do Congresso foi respeitada. Porém, se o Congresso não tiver se manifestado, a corte deverá examinar se a interpretação dada pela agência foi razoável.

Os tribunais, a fim de evitar que fossem levados a aplicar suas próprias visões políticas, ao invés da análise puramente jurídica, criaram mecanismos que os permitissem exercer um controle das normas e do seu processo de elaboração, sem a emissão de valores políticos. Dentre tais procedimentos destaca-se o *hard look review* – através do qual, a corte analisa os documentos pertinentes, verificando

⁹² DORDA, R. C. *Limites del poder regulamentario em el derecho administrativo de los Estados Unidos*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1997. p. 137, apud DI PIETRO, *Parcerias...*, p. 136)

⁹³ "Esse tipo de controle de razoabilidade, inicialmente feito apenas em relação à *adjudication*, passou a fazer-se também em relação ao *rulemaking*" (DI PIETRO, *Parcerias...*, p. 137).

quais foram os principais aspectos de políticas públicas contemplados e as razões que levaram as agências a considerarem de determinada maneira. Se esta reação for razoável, a norma e seu processo de criação serão válidos, salvo se contrários à norma que delega mandato à agência ou à Constituição (regra inicialmente criada em *Automotive Parts & Accessories Association v. Boyd*, 407, E 2nd 330 (D. C. Circuit, 1968).

Porém, mesmo diante da existência da *hard look review*, as Cortes admitiram que seria muito difícil para elas auferirem a racionalidade de uma norma elaborada por uma agência naquelas áreas em cuja regulação é extremamente técnica. Desenvolveu-se para estes casos, um mecanismo diferente, cujo *leading case* foi *Ethil Corp, v. EPA*, 541 F 2nd Circuit (D.C. Circuit 1976). “Neste caso, o Tribunal federal de Washington, D.C. decidiu pela validade de norma da agência de proteção ambiental obrigando a redução do uso de aditivos à base de chumbo na gasolina, baseada em riscos à saúde, criados por estes aditivos”⁹⁴. Assim, embora este mecanismo não signifique uma abdicação do Judiciário ao seu poder de exame de normas (nem mesmo normas técnicas), significa que, para regulamentação extremamente técnicas, o escrutínio judicial deverá ser menos rigoroso e deverá ter maior consideração com a decisão técnica.

O Poder Judiciário pode, ainda, exercer o controle sobre os atrasos das agências nas tomadas de decisões, bem como nos casos em que houver omissão.

A partir dessa análise, verifica-se a preocupação dos Tribunais em exercer um controle incisivamente mais efetivo sobre as decisões das agências nos EUA.

3.2 Considerações iniciais sobre o controle dos atos das agências reguladoras brasileiras

Conforme já mencionado, o papel das agências e o controle de seus atos têm sido alvo de severas críticas pelo atual Governo. Se por um lado, muito se tem discutido acerca da autonomia das agências e da necessidade de um controle externo de seus atos, por outro, pouco ou quase nada se tem falado acerca dos controles já existentes.

A leitura de jornais e revistas, não raro, deixa a impressão de que a atual

⁹⁴ SILVA NETO, Op. cit., p. 451.

estrutura das agências não se submete às formas de controle conferidas aos entes da Administração Pública indireta.

Neste aspecto, é preciso ter cautela, pois a independência dos entes reguladores não é, nem nunca foi absoluta. Todos eles se submetem às formas de controle da Administração indireta, como também permitem, em determinadas situações, a participação da população, nos termos da lei instituidora.

No entanto, as críticas merecem ser bem analisadas, em virtude da ausência de mecanismos bem definidos e eficazes de controle que tornem mais transparente e democrática a atuação das agências reguladoras no cenário brasileiro.

JUSTEN FILHO pondera que “a necessidade de autonomia no desempenho das funções regulatórias não pode imunizar a agência reguladora de submeter-se à sistemática constitucional”⁹⁵. Isso porque, é imprescindível que a atuação das agências seja fiscalizada, a fim de garantir à sociedade que os órgãos titulares de poder político não atuarão fora dos limites conferidos pela lei.

As agências reguladoras brasileiras são órgãos que devem possibilitar o exercício das competências regulatórias estatais com maior transparência e controle por parte da sociedade.

Portanto, é inexorável a existência de mecanismos eficientes de controle dos atos das agências, sem que seja retirada a parcela de autonomia necessária para o bom desempenho de suas funções.

Em virtude de toda a problemática suscitada em torno do papel das agências, recentemente, o Governo colocou em debate um anteprojeto de lei que pretende promover modificações relativas à gestão, à organização e ao controle social das Agências Reguladoras, elaborado com base nas conclusões do relatório final do grupo de trabalho formado por representantes da Casa Civil, Ministérios da Justiça, Fazenda, Planejamento, Saúde, Meio Ambiente, Comunicações, Minas e Energia, Defesa, Transportes e Advocacia-Geral da União.

Este anteprojeto, embora criticável - visto que torna as agências mais suscetíveis às ingerências políticas - possui aspectos positivos no que concerne ao controle social. Além de tornar obrigatória para todos os entes reguladores a realização de audiências e consultas públicas, confere maior efetividade à participação popular, assegurando às associações que incluam, entre suas

⁹⁵ Op., cit., p. 584.

finalidades, a proteção ao consumidor, à ordem econômica ou à livre concorrência, o direito de indicar representante portador de notória especialização no objeto da consulta pública, para acompanhar o processo decisório e prover assessoramento qualificado à entidade e seus associados.

Assim, ante a atualidade do tema e em razão da relevância do debate, passar-se-á ao estudo do controle dos atos das agências reguladoras brasileiras.

3.2.1 Controle exercido pelo Poder Executivo

Como autênticas autarquias, as agências submetem-se ao “poder de supervisão e tutela, exercido pelo Poder Executivo, na medida em que estão vinculadas a algum Ministério ou Secretaria, conforme se instalem em nível federal, estadual ou municipal”⁹⁶.

No que diz respeito à ANATEL, o art. 38 da Lei nº 9.472/97 prevê que a atividade da agência será juridicamente condicionada pelos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade, em suma, submete-se (como não poderia deixar de ser) a todos os princípios que regem a Administração Pública. Ademais, todos os seus atos devem conter fundamentação, de tal sorte que seja dada ampla informação de todos eles, sem qualquer formalidade, por meio da Biblioteca que, em virtude da lei, é órgão de divulgação integrante de sua estrutura⁹⁷.

No âmbito interno o acompanhamento do desempenho dos servidores da agência será exercido pela Corregedoria, que determinará a abertura de inquéritos e julgará os processos disciplinares⁹⁸.

A ANATEL, ainda, tem a obrigação de encaminhar ao Ministério das Comunicações o relatório anual de suas atividades⁹⁹.

O mesmo ocorre com a ANP a qual se submete, conforme o art. 17 da Lei nº 9.478/97, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, sujeitando-se a todos os controles administrativos inerentes aos órgãos de sua categoria estrutural.

⁹⁶ WALD; MORAES, *Agências...*, p. 164.

⁹⁷ Art. 39 da Lei nº 9.472/97.

⁹⁸ Art. 46 da Lei 9.472/97.

⁹⁹ “Também o Congresso Nacional terá conhecimento do relatório de atividades, que lhe é remetido por intermédio da Presidente da República” (WALD, MORAES, *Op. cit.*, p. 164).

As agências não mantêm vínculo hierárquico ou decisório com a Administração direta ou com qualquer órgão governamental¹⁰⁰. sequer há previsão de recurso hierárquico impróprio, contra suas decisões, dirigido à Administração direta¹⁰¹.

Em geral, a ausência de previsão legal acerca do cabimento de recurso hierárquico, autoriza a conclusão de que ele não é cabível. Nesse sentido, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO ressalta que “o controle administrativo ou tutela administrativa, segundo generalizada lição doutrinária, exerce-se nos limites da lei. Não se presume, existirá quando, como e na forma prevista em lei”.¹⁰²

Desse modo, veda-se o controle administrativo pela via do recurso hierárquico impróprio, sendo, em princípio, inadmissível aos agentes políticos (Ministro ou Secretário de Estado) revisar ou modificar as decisões tomadas pelas agências.

Assim, os entes reguladores funcionam como última instância administrativa para o julgamento dos recursos de seus atos (art. 19, XXV, da Lei nº 9.472/97; art. 15, VII, § 2º da Lei 9.782/99; art. 3º, V, Lei 9.427/96).

Tudo indica que essa opção do legislador tem como objetivo assegurar a independência dos órgãos reguladores, a fim de evitar que a existência de subordinação e, conseqüentemente, as pressões políticas venham a prejudicar o desempenho de suas atividades¹⁰³.

Portanto, o controle do Executivo sobre as agências reguladoras deve limitar-se, em regra, à escolha de seus dirigentes, sob pena de se ofender a autonomia que lhes é assegurada pelas leis instituidoras.

¹⁰⁰ Art. 8º, § 2º da Lei da Anatel, art. 1º, parágrafo único, da Lei da ANS.

¹⁰¹ O recurso hierárquico consiste na “petição dirigida à autoridade imediatamente superior à que proferiu a decisão questionada, postulando sua reforma ou supressão (...) os recursos administrativos são propostos na intimidade de uma mesma pessoa jurídica; por isto são chamados de recursos hierárquicos. Se, todavia, a lei previr que da decisão de uma pessoa jurídica cabe recurso para autoridade encartada em outra pessoa jurídica, o recurso será, em tal caso, denominado de recurso hierárquico impróprio” (BANDEIRA DE MELLO, Op. cit., p. 129).

¹⁰² Op. cit., p. 129.

¹⁰³ Luiz Roberto BARROSO afirma que “a subordinação seria incompatível com a implementação eficiente da regulação de atividades que mobilizam interesses múltiplos do Estado, como empresário, arrecadador de tributos ou agente social. Mas a questão não é tão simples. É 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. É possível mesmo vislumbrar um cenário no qual a multiplicação das agências, cada qual dotada de completa independência em relação ao Executivo, acabaria por esvaziar o espaço decisório que lhe cabe constitucionalmente” (BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 229, p. 285-311, jul./set. 2002, p. 302).

3.2.2 Controle exercido pelo Poder Legislativo

A par de toda discussão travada em torno da necessidade, ou não, de se criar um controle externo dos atos das agências, a ser exercido pelo Poder Legislativo, através de Comissões, é necessário destacar que o Congresso Nacional sempre deteve competência para fiscalizar os atos praticados pelos entes reguladores, conforme se extrai do artigo 49, inciso X da Constituição Federal, que determina ser de competência exclusiva do Congresso Nacional “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração”.

Ademais, cabe ao Congresso exercer o controle financeiro, orçamentário e contábil, com o auxílio do Tribunal de Contas, nos termos do artigo 70 e seguintes do Texto Constitucional.

Por conseguinte, a agência não pode se eximir de prestar contas ao Congresso Nacional a pretexto de possuir competência própria e exclusiva para determinados assuntos.

O controle parlamentar abrange, de forma ilimitada, toda a atividade desenvolvida pela agência, incluindo aquela prevista para ser realizada em momento posterior. Deve-se questionar não apenas a gestão interna da agência, mas também a justificativa para as decisões de cunho regulatório.

Sabe-se, todavia, que apenas a previsão constitucional da competência fiscalizatória não é capaz de tornar efetivo o controle parlamentar. Daí, a importância da criação de processos jurídico-formais de controle parlamentar em face da atuação das agências¹⁰⁴.

Nesse sentido, atualmente, discute-se a aprovação do projeto de lei nº 38/2003, que propõe a criação de uma Comissão especial para o controle e fiscalização das agências, composta pelos líderes da maioria e da minoria no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, e pelos presidentes das Comissões de Infra-Estrutura de ambas as casas do Governo Federal¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Seguindo essa linha de raciocínio, o prof. Marçal JUSTEN FILHO assevera que “É fundamental que se adote essa estrutura fiscalizatória estável, inclusive para gerar a consciência de que as decisões praticadas pelas agências serão submetidas a efetivo controle. A certeza da fiscalização gera um efeito de aperfeiçoamento no desempenho das atribuições funcionais, evitando a tentação de praticar atos indevidos na esperança da ausência da descoberta” (Op. cit., p. 586).

¹⁰⁵ Projeto de Lei do Senado nº 38, de 2003: art. 1 A Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, que “dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras

No entanto, tendo em vista o conturbado cenário político brasileiro e a delicada situação econômico-financeira pela qual o País vem passando, é preciso que a sociedade esteja atenta às modificações que virão a ser introduzidas na estrutura das agências, a fim de evitar que tais entes percam sua independência e passem a ser órgãos de manipulação política.

É fundamental que as agências preservem sua independência, já que esta é a única forma de assegurar que suas decisões fiquem imunes a interesses políticos contrários aos anseios sociais.

Logo, é imprescindível que o controle a ser exercido pelo Congresso Nacional não interfira na atividade das agências no sentido de satisfazer a interesses políticos em detrimento do interesse público. Este é, sem dúvida, o aspecto mais importante a ser considerado antes da criação do controle externo das agências, através de comissões específicas do Congresso Nacional, nos moldes previstos no projeto de lei nº 38/2003.

3.2.3 Controle exercido pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público

Não restam dúvidas de que os atos emanados das agências reguladoras são atos administrativos que se submetem ao regime jurídico-administrativo e que, por sua vez, sujeitam-se ao controle judicial, “podendo ser objeto de mandado de segurança individual ou coletivo, ação civil pública e ação popular, além das ações ordinárias e cautelares”¹⁰⁶.

Portanto, ao Poder Judiciário também compete o controle dos atos das agências, tarefa a ele cometida em caráter indeclinável pelo inciso XXXV do art. 5º da CF, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, inexistindo qualquer modalidade de controle originário, como

providências”, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos: Art.10-A. As Agências Reguladoras terão suas atividades submetidas ao exame e sugestões do órgão competente de controle externo. Art. 10-B. O controle e fiscalização externos das atividades das Agências Reguladoras serão exercidos pelo Poder Legislativo na forma a ser estabelecido em ato do Congresso Nacional. §1º Integrarão o órgão de controle externo das atividades das Agências Reguladoras os líderes da maioria e da minoria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, assim como o presidente da Comissão de Infra-Estrutura do Senado Federal e o presidente da congênere Comissão Permanente da Câmara dos Deputados. §2º o ato a que se refere o Caput deste artigo definirá o funcionamento do órgão de controle e a forma de desenvolvimento dos seus trabalhos com vistas ao controle e fiscalização dos atos decorrentes da execução das atividades das Agências Reguladoras. Art. 2º esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

¹⁰⁶ WALD, MORAES, Op. cit., p.164-165.

ocorre no direito administrativo francês¹⁰⁷.

Conforme já mencionado, as agências exercem competências decisórias, resolvendo conflitos no âmbito administrativo entre os agentes econômicos que atuam no setor e entre eles e os consumidores. Esta competência, em geral, encontra-se prevista nas leis instituidoras das agências. Veja-se, por exemplo a Lei da ANATEL, na qual o art. 19, XVII, determina que ela comporá administrativamente os conflitos de interesses entre as prestadoras dos serviços de telecomunicações; a Lei da ANEEL atribui a essa agência o poder de dirimir divergências entre os delegatários, bem como entre eles e seus consumidores (art. 3º, V); a Lei da ANP contém previsões nessa mesma linha (art. 18).

Esta competência traz à tona uma série de questões relativas ao limite da atuação jurisdicional no controle de tais decisões.

Alguns autores entendem que o exercício da atividade jurisdicional deverá restringir-se ao exame de questões relativas à validade da decisão. Isto é, deve-se averiguar, por exemplo, se a decisão obedeceu aos princípios constitucionais, como o da moralidade, da publicidade e da isonomia. Porém, em se tratando de questões técnicas, a atuação do Poder Judiciário há que ser cautelosa, de modo a evitar decisões subjetivas que representem ofensa à independência das agências¹⁰⁸.

¹⁰⁷ O jurista francês Jean-Louis AUTIN teoriza que, ao contrário do tradicional contencioso administrativo francês, resolvido no âmbito do Conselho de Estado – o Poder Judiciário (que exerce o contencioso jurisdicional) pode, por suas diversas instâncias jurisdicionais (até o Conselho Constitucional) suscitar questionamentos sobre as atividades das autoridades administrativas independentes, assim chamados os entes regulatórios no França. O efetivo controle dessas autoridades, no entanto, é exercido pelo *Conseil D'Etat*, recorrendo-se à intervenção da autoridade judiciária como fiscal e controlador da regularidade da atividade administrativa independente, desde que o Judiciário seja provocado a tanto. De qualquer modo, um eventual litígio de entendimento entre o Conselho de estado e a autoridade judiciária (seja no domínio consultivo ou da construção de texto normativo, legislativo ou regulamentar) traz uma importante dificuldade de fundo, diante de concepções pouco conciliáveis entre o controle Administrativo e o controle jurisdicional. AUTIN conclui que se noção de autoridade administrativa independente tende a se impor sobre a autoridade administrativa tradicional, cumpridora dos deveres inerentes à Administração Direta, uma nova conceituação deve ser operada em favor da expressão “instância de regulação”. Esses novos organismos manifestam uma irrecorrível especificidade em reporte às clássicas categorias institucionais da organização do Estado francês, detonando a revisão de todos os conceitos sobre legalidade e constitucionalidade das ações administrativas praticadas e sua ampla fiscalização. (AUTIN, J. L. Le contrôle des Autorités Administratives Indépendantes Par Le Conseil D'État – II Pertient? *Revue du Droit Public et de la science politique em France et a l'étranger*, 1991, p. 1533-1566 apud GARCIA, Op. cit., p. 353).

¹⁰⁸ Nesse sentido Luiz BARROSO afirma que “A posição do judiciário deve ser de relativa auto-contenção, somente devendo invalidá-las quando não possam resistir aos testes constitucionalmente qualificados, como os de razoabilidade ou moralidade, (...), ou outros, como os da isonomia e mesmo da dignidade da pessoa humana. Notadamente no que diz respeito a decisões informadas por critérios técnicos, deverá agir com parcimônia, sob pena de se cair no domínio da incerteza e dos subjetivismo” (Op. cit., p. 306).

JUSTEN FILHO ao enfrentar o tema, destaca que o exercício de competências vinculadas é passível de ampla investigação pelo Judiciário, ao qual compete, inclusive, controlar a discricionariedade, sem que haja invasão do núcleo de autonomia decisória inerente à discricionariedade¹⁰⁹.

Assim, permite-se que o Judiciário verifique se a autoridade administrativa adotou todas as providências necessárias ao desempenho satisfatório de uma competência discricionária. Podendo-se invalidar a decisão administrativa, quando se evidencie ter sido adotada sem as cautelas necessárias, impostas pelo conhecimento técnico-científica. “A ausência de procedimento prévio, apto a assegurar a ponderação de todos os interesse submetidos à gestão da agência, pode conduzir à invalidação da decisão adotada”¹¹⁰.

Não se admite, todavia, que o Poder Judiciário produza uma norma geral e abstrata substitutiva daquela editada invalidamente pela agência.

A atuação das agências, não raro, envolve conhecimentos técnico-científicos. Vale dizer, os juízos e avaliações em que se fundam as suas decisões, em geral, exteriorizam um conhecimento especializado, cujo controle pelo Poder Judiciário gera uma série de controvérsias. Não obstante, a relevância da matéria, não nos aprofundaremos em razão dos limites impostos a este estudo.

Importa ressaltar, todavia, que nestes casos o controle judicial torna-se ainda mais questionável, pois a solução adotada pela agência não será contralável através do bom senso, nem da aplicação de princípios lógicos derivados de um conjunto de princípios normativos abstratos. “Em quase todas as hipóteses, poderá ocorrer até mesmo a impossibilidade fática de um indivíduo não titular de conhecimento especializado chegar compreender a dimensão do problema enfrentado”.¹¹¹

Conseqüentemente, o controle jurisdicional de atos das agências que contenham tais características deve ser cuidadoso, devendo sempre que necessário recorrer à manifestação de um especialista de notória especialização.

¹⁰⁹ Conforme assevera Sérgio Varella BRUNA, “não parece correto considerar discricionário o ato apenas em razão de haver mais de uma solução compatível com a norma de competência, diante do caso concreto. (...) há, de fato, hipóteses em que a autoridade conta com certa liberdade para agir, mas, mesmo assim, exige-se que as ações por ela adotadas sejam justificadas com base numa ordem de valores objetivamente reconhecidos, não se admitindo decisões pautadas exclusivamente por critérios subjetivos, julgados por ela própria, autoridade. Existem, inclusive, circunstâncias em que essa liberdade resulta de possibilidade de escolha entre duas ou mais normas a aplicar, as quais podem não compreender a atribuição de poderes discricionários” (Op. cit., p. 263).

¹¹⁰ JUSTEN FILHO, Op. cit., pp. 590/591.

¹¹¹ JUSTEN FILHO. *O Direito...*, p. 592.

Frise-se que o Judiciário poderá, e quando muito, apontar a incorreção técnico-científica da decisão emanada pela agência, ou a irregularidade da justificação de sua adoção em face do conhecimento especializado ou dos objetivos previstos na própria atuação anterior da agência. No entanto, não cabe ao Judiciário substituir-se à autoridade administrativa, sob pena de estar invadindo sua competência discricionária.

Por fim, importante mencionar a possibilidade do exercício do controle dos atos das agências pelo Ministério Público, especialmente no que diz respeito à instauração do inquérito civil público, no qual caberá a colheita de provas e informações relativas ao desempenho das funções próprias das agências reguladoras. Além disso, o Ministério Público detém legitimidade ativa para o ajuizamento de ação popular e ação civil pública.

3.2.4 A atuação dos Tribunais de Contas no controle das agências

A atividade das agências também se submete ao controle do Tribunal de Contas¹¹², em atenção ao disposto nos artigos 70 e 71 da Constituição Federal¹¹³.

Na esfera federal o controle será exercido pelo Tribunal de Contas da União, ao passo que no âmbito estadual e municipal este controle será feito pelos Tribunais de Contas e pelos Conselhos Municipais.

Luís Roberto BARROSO sustenta que a doutrina é uníssona ao afirmar que são três os campos em que se desenvolve a atuação dos Tribunais de Contas:¹¹⁴ “a)

¹¹² Além da previsão constitucional, o art. 6º do Dec. 2.338/97 (ANATEL) determina que “a prestação de contas anual da administração da Agência, depois de aprovada pelo Conselho Diretor, será submetida ao Ministro de Estado das Comunicações, para remessa ao Tribunal de Contas da União- TCU, observados os prazos previstos em legislação específica”.

¹¹³ “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, (...). Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta...”

¹¹⁴ “No que tange ao controle contábil, (sic) significa um mero controle técnico, ou seja, a contabilidade, entrada e despesa, numericamente relacionadas sem maior novidade...A fiscalização financeira opera-se em relação a gastos e receitas públicas fazendo-se através desse instrumento da contabilidade esse possível controle (...) o controle operacional quer me parecer dar uma idéia de modus procedendi da despesa pública e portanto é possível controlar-se a forma pela qual se chega a uma despesa, a uma receita, seja na coleta do dinheiro ou seja no gasto que se efetue; fala também o preceito em controle patrimonial, controle que deve estabelecer-se entre os bens, as coisas

auditoria financeira e orçamentária; b) julgamento das contas dos administradores e responsáveis por bens e valores públicos; e c) emissão de parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Executivo”.¹¹⁵

Assim, cabe ao Tribunal de Contas apreciar os atos de admissão de pessoal, de concessão de aposentadoria e de pensão dos servidores das agências; realizar auditorias nas agências, por iniciativa própria ou decorrente de solicitação do Congresso Nacional, a fim de verificar a regularidade nas áreas contábil, financeira, patrimonial e orçamentária, bem como fiscalizar a administração dos recursos geridos em determinado exercício¹¹⁶.

Oportuno salientar, que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato pode apresentar denúncia ao Tribunal de Contas acerca de possíveis irregularidades ou ilegalidades ocorridas na atuação das agências.

Benjamin ZIMLER¹¹⁷, no entanto, entende que a atuação dos Tribunais de Contas no controle das agências reguladoras não se restringe a aspectos jurídico-formais. Busca, também, o exame dos resultados por elas alcançados no exercício de suas missões institucionais.

Sob esta perspectiva, também, caberia ao Tribunal de Contas avaliar se as agências estão fiscalizando de forma adequada os contratos firmados. ZIMLER arremata, afirmando que o Tribunal, agindo desse modo, não estará substituindo as agências, mas apenas zelando pela “atuação pronta e efetiva dos entes reguladores, para assegurar a adequada prestação de serviços públicos à população”¹¹⁸.

Contudo, esse entendimento é visto com ressalvas por boa parte da doutrina. JUSTEN FILHO¹¹⁹, por exemplo, adverte que o controle realizado pelo Tribunal de Contas sobre a atividade das agências, deve restringir-se à fiscalização sobre a gestão administrativa em sentido próprio. Vale dizer: o Tribunal de Contas não

que pertencem ao Poder Público (...)” (OLIVEIRA, R. F. de. Fiscalização financeira e orçamentária. *Revista de Direito Administrativo*, n. 96, p. 213.)

¹¹⁵ Op. cit., p. 303.

¹¹⁶ A título de exemplo da atuação dos Tribunais de Contas, cite-se o caso das outorgas das bandas C, D e E, em que o Tribunal identificou erro nas fórmulas das planilhas que calculavam o preço mínimo dessas outorgas. A correção desse erro realizado pela ANATEL resultou em um acréscimo de cerca de R\$ 1,6 bilhão em relação ao valor inicialmente estipulado. (ZIMLER, B. O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras. In: Brasil. Tribunal de Contas da União. *O controle externo da regulação de serviços públicos*. Brasília: TCU, p. 17-36, 2002. p. 29).

¹¹⁷ ZIMLER, Op. cit., p. 23.

¹¹⁸ Ibid, p. 28.

¹¹⁹ Op. cit., p. 589.

possui competência para investigar o conteúdo das decisões regulatórias. Caberá a ele, somente, verificar os dispêndios, licitações e contratações produzidos, os atos atinentes a pessoal e sua remuneração.

Logo, escapa às atribuições do Tribunal de Contas o exame de atividades das autarquias especiais que não envolvam dispêndio de recursos públicos. Almeja-se, dessa forma, preservar a independência conferida aos entes reguladores.¹²⁰

Assim, a atividade-fim do ente regulador não é passível de controle pelo Tribunal de Contas, sob pena de violação do princípio da separação de Poderes e afronta à independência das agências.

Portanto, conclui-se que o controle exercido pelos Tribunais de Contas¹²¹ deve limitar-se aos aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial das autarquias sob regime especial.

3.2.5 Controle social

O sucesso do modelo das agências reguladoras, está intimamente relacionado a maior institucionalização da participação de representantes da sociedade.

É inexorável para a legitimação da atuação das agências, que existam mecanismos através dos quais se assegure a participação efetiva do usuário na sua fiscalização e controle.

Há muito GORDILLO observa que “já não basta o império da autoridade de quem exerce ocasionalmente o poder; já não satisfaz a voz de comando, seja quem for aquele que manda. Agora se pretende conseguir uma sociedade participativa no mais pleno sentido da palavra: participação nos benefícios da sociedade, participação na tomada de decisões do poder.”¹²²

¹²⁰ “Dessa forma, o Tribunal de Contas não é competente para obter informações a respeito de deveres dos concessionários, atividades que, a par de não envolverem dispêndio de dinheiro público, constituem a razão da criação da própria agência reguladora” (JUSTEN FILHO, Op. cit., p. 589).

¹²¹ A título exemplificativo, cite-se a Decisão nº 402/2000 do TCU, na qual foi realizada auditoria da ANATEL, visando ao conhecimento da organização, dos sistemas, das operações, das atividades e das peculiaridades da entidade. Coleta de subsídios para a elaboração e implementação de novas técnicas, procedimentos e papéis de trabalho para realização de atividades de fiscalização das concessões, permissões e autorizações de serviços públicos referentes ao setor de Telecomunicações, abrangendo a outorga e a execução contratual.

¹²² GORDILLO, A. *Princípios gerais de direito público*. (tradução de Marco Aurélio Greco). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 39.

O controle estatal coexiste em permanente tensão com o controle social. Dessa forma, quanto maior for o controle estatal, menor será o controle social e vice-versa. O controle social pleno e absoluto consiste na negação da capacidade do Estado de interferir nas questões de interesse da sociedade, ao passo que a falta de controle social permite um domínio regulatório absoluto do Estado das atividades sociais. No entanto, o ideal é que exista uma permeabilidade entre a sociedade e o Estado, uma vez que num Estado democrático a legitimação do Estado ocorrerá na medida em que se permitir a participação da população no exercício do poder constituído¹²³.

A participação popular na Administração Pública brasileira¹²⁴ direta e indireta, encontra-se consagrada no texto constitucional¹²⁵. Logo, a existência de instrumentos destinados à participação popular é imprescindível para dar efetividade às disposições constitucionais, além de propiciar a estruturação democrática¹²⁶.

Destarte, para que o controle social, exercido através da participação popular, cumpra seus objetivos, é necessário que tenha espaço institucional. Não basta a manifestação espontânea dos interesses da população, é preciso que o aparelho

¹²³ Existem várias dificuldades para implementação de controle da Administração Pública. Mariano Baena de ALCÁZAR elenca as principais dificuldades na implantação de mecanismos de participação popular: de um lado, os políticos que estão no poder não têm interesse no surgimento de novos grupos participativos, pois isto significaria consagrar o estabelecimento de poderes rivais aos seus próprios; normalmente, reclamam a sua criação e se utilizam desses órgãos enquanto estão na oposição, porém perdem todo o interesse neles quando chegam ao poder. Além disso, os grandes grupos organizados, as pequenas organizações e associações privadas, e mais ainda o cidadão não integrado nesses grupos estão mal preparados para participar, do mesmo modo que as estruturas administrativas não estão estruturadas para isso, principalmente as do modelo continental europeu de tradição francesa. Assim, as grandes decisões que afetam a vida pública continuam sendo adotadas pelos políticos e grupos burocráticos, em conveniência com os grupos ou setores poderes da sociedade. (ALCÁZAR, M. B. *Curso de Ciencia de la Administración*. Madrid: Editorial Tecnos, 1985. p. 392).

¹²⁴ “O tema – participação popular na Administração Pública – poderia ser intitulado de maneiras diversas, como ‘exercício privado da função pública’ ou ‘colaboração do popular com a Administração Pública’. Aparentemente, têm todas as expressões o mesmo significado, mas as utilizamos para designar estágios diferentes da evolução da Administração Pública, nos quais, com fundamentos diferentes, foi diversa a forma pela qual o particular, de alguma forma, colaborou com a Administração Pública no desempenho de suas funções. (DI PIETRO, *Participação popular...*, p. 26).

¹²⁵ § 3º, art. 37 da CF. “A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração direta e indireta, regulando especialmente: I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.”

¹²⁶ Marçal JUSTEN FILHO assevera que a “participação permanente de determinados sujeitos assegura uma atuação congruente, dotada de racionalidade. Evita-se, desse modo, que o princípio do devido processo legal se transforme num conjunto de formalidades destituídas de utilidade” (Op. cit., p. 586).

jurídico estatal proporcione meios adequados para que se efetive a participação da sociedade.

Nesse aspecto, o recente anteprojeto de lei apresentado pelo Governo que pretende alterar aspectos relativos à gestão, à organização e ao controle social dos entes reguladores, representa um avanço, pois torna obrigatória a realização de consultas ou audiências públicas para todas as agências, sempre que suas decisões afetarem interesses de agentes econômicos ou de consumidores. Além disso, pretende assegurar às associações que incluam, entre suas finalidades, a proteção ao consumidor, à ordem econômica ou à livre concorrência, o direito de indicar representante portador de notória especialização no objeto da consulta pública, para acompanhar o processo decisório e prover assessoramento qualificado à entidade e seus associados, cabendo à agência arcar, observadas as disponibilidades orçamentárias e os limites e requisitos fixados em regulamento, com as despesas decorrentes¹²⁷.

Outro dispositivo que, certamente, contribuirá para tornar mais efetivo o controle social, refere-se ao artigo 6º do referido anteprojeto. Este dispositivo determina que “os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação dos interessados na decisão deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado, sendo que a participação na consulta pública confere o direito de obter da agência resposta fundamentada”¹²⁸.

Desse modo, os entes reguladores serão obrigados a expor os motivos que os levaram a optar por determinada decisão, tornando mais transparente o processo decisório, à semelhança do que ocorre com as autoridades independentes norte-americanas.

Todavia, conforme será visto a seguir, as audiências e consultas públicas já são previstas pelas leis instituidoras de algumas agências, de modo que o

¹²⁷ Art. 4º, § 5º do anteprojeto.

¹²⁸ O art. 4º do anteprojeto estabelece que “Antes da tomada de decisão sobre questão relevante, as Agências Reguladoras deverão realizar consultas públicas ou audiência pública para manifestação dos interessados e formação de juízo das autoridades envolvidas no processo. § 1º São objetos de consulta pública as minutas de atos normativos, as alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados, devendo tais documentos permanecer à disposição do público em local especificado. § 2º Sempre que possível, as audiências públicas serão realizadas em cada uma das capitais dos Estados, ou, pelo menos, em uma das capitais situadas nas regiões geográficas atingidas pela decisão, dando-se ampla divulgação do evento. § 3º A abertura do período de consultas e audiências públicas será precedida de despacho motivado publicado no Diário Oficial da União e outros meios de comunicação”.

anteprojeto apenas amplia a sua obrigatoriedade e busca melhor definir questões relevantes para o aprimoramento da participação popular.

Na atual sistemática das agências, são previstas sessões públicas para as deliberações, dos respectivos Conselhos Diretores das agências, que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos e entre estes e consumidores e usuários de bens e serviços do setor regulado. Permite-se a gravação das sessões por meios eletrônicos e confere-se aos interessados o direito de delas obter transcrições¹²⁹.

Ademais, as leis instituidoras da ANEEL, da ANP, da ANVISA e da ANA prevêm audiências públicas, que deverão preceder o processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor regulado ou dos consumidores, decorrente de ato administrativo da respectiva agência ou de anteprojeto de lei por ela proposto. Tais audiências têm como objetivo recolher subsídios e informações para o processo decisório, propiciar aos agentes e consumidores a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos, opiniões e sugestões, como também para dar publicidade à ação regulatória¹³⁰.

Segundo Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO a audiência pública “é um instituto de participação administrativa aberto a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando à legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação consensual”¹³¹.

No entanto, há que se evitar que as consultas e audiências públicas sejam manobradas pela autoridade como armadilhas, ou como meras simulações voltadas à legitimação formal de decisões preconcebidas.

Para que isso não ocorra, é fundamental que o ente regulador disponibilize aos interessados todas as informações relevantes de que disponha, tal como ocorre,

¹²⁹ Isso encontra-se previsto no parágrafo 2º do art. 21 da Lei nº 9.472/97 e no art. 32 do Dec. 2.338/97 (ANATEL); no art. 22 do Dec. 2.335/97 (ANEEL); no art. 18 da Lei nº 9.472/97 e no art. 21 do Dec. 2.455/98 (ANP); no art. 31 do Dec. 3.029/99 (ANVISA); e no art. 31, do Dec. 3.327/2000 (ANS).

¹³⁰ A este respeito dispõem os art. 21 do Dec. 2.335/97 (ANEEL); art. 22 do Dec. 2.455/98 (ANP); arts. 32 e 33 do Dec. 3.029/99 (ANVISA); arts. 32 e 33 do Dec. 3.327/2000 (ANS); e art. 11, II, do Dec. 3.692/2000 (ANA).

¹³¹ MOREIRA NETO, D. de F.. Tendências da administração pública. In: *Direito administrativo na década de 90: estudos jurídicos em homenagem ao prof. Cretella Junior* (coordenação de Antonio A. Queiroz Telles, Edmir Netto Araújo), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 96.

por exemplo, nos EUA. De outro modo, o procedimento torna-se ineficaz, já que não será dada aos particulares a oportunidade de saber exatamente quais seriam as verdadeiras pretensões da autoridade.

Veda-se, também, a possibilidade de a autoridade, sem aviso prévio, promover modificações radicais na norma inicialmente proposta, descaracterizando-a. Haja vista que, dessa forma, restaria inviabilizada a participação efetiva dos interessados, que só seriam ouvidos em relação ao texto original e não sobre aquele modificado¹³².

Na estrutura da ANEEL e da ANATEL também estão presentes as Ouvidorias, que significam no direito brasileiro a tradução e adaptação do *ombudsman*.

A figura do *ombudsman* é na concepção de Manuel Eduardo Alves Camargo e GOMES "um instituto de direito administrativo de natureza unipessoal e não-contenciosa, funcionalmente autônomo e formalmente vinculado ao Legislativo, destinado ao controle da administração, e nessa condição, voltado para a defesa dos direitos fundamentais do cidadão. Nesse sentido, possui duas características: a facilidade de acesso da população aos seus escritórios e a utilização de formas não-convencionais de atuação"¹³³.

As Ouvidorias são responsáveis pela centralização de sugestões, pedidos de informação e reclamações dos usuários, provendo as informações ou diligenciando para que essas cheguem ao destinatário, além de iniciar o procedimento cabível para a apuração das denúncias¹³⁴.

A existência de uma estrutura orgânica específica encarregada da defesa da

¹³² No entanto, "essa circunstância não significa que a autoridade esteja impedida de modificar a norma inicialmente proposta, uma vez que se fosse ela imutável não haveria qualquer razão para realizar-se consulta pública alguma. Conseqüentemente, devem ser admitidas as modificações que possam ser consideradas como uma decorrência lógica da proposta, analisadas as circunstâncias de cada caso concreto. Modificações radicais também podem ser efetuadas, mas exigem a realização de nova consulta, para que sobre elas os interessados tenham a oportunidade de manifestar-se" (BRUNA, *Agências...*, p. 273).

¹³³ GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. A institucionalização do *ombudsman* no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, n. 167, p. 1-21, jan./mar. 1987. p. 1.

¹³⁴ Nesse sentido dispõe o art. 45, par. único da Lei. Nº 9.472/97: art. 45. "O ouvidor será nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos, admitida uma recondução, parágrafo único. O ouvidor terá acesso a todos os assuntos e contará com o apoio administrativo de que necessitar, competindo-lhe produzir, necessitar, competindo-lhe produzir, semestralmente ou quando oportuno, apreciações críticas sobre a atuação da Agência, encaminhando-as ao Conselho Diretor, ao Conselho Consultivo, ao Ministério das Comunicações, a outros órgãos do Poder Executivo e ao Congresso Nacional, fazendo publicá-las para conhecimento geral." (WALD, MORAES, *Op. cit.*, p. 163).

comunidade, a quem sejam atribuídas competências de fiscalização interna, garante autonomia contra injunções provenientes da própria entidade.

Assim, a fim de que exista individualização da responsabilidade por essa atuação, é necessário que esta competência seja atribuída a uma pessoa ou a um conjunto de pessoas específicas e determinadas. Desse modo, não basta a instituição de um endereço eletrônico, para o qual sejam encaminhadas mensagens de insatisfação. O acompanhamento deve ser realizado através de um sujeito determinado, encarregado formalmente da função de defender os interesses da comunidade.

Na ANEEL, a Ouvidoria é exercida pelo Diretor, incumbido de atender as reclamações de agentes e consumidores e responsável final pela cobrança da correta aplicação das medidas destinadas a corrigir os problemas suscitados¹³⁵.

Já, na ANATEL, a Ouvidoria possui outro regime. O Ouvidor é nomeado pelo Presidente a um mandato de dois anos. Caberá a ele participar de todas as sessões da Agência e terá acesso a todos os documentos disponíveis. Além disso, compete a ele produzir e divulgar apreciações críticas periódicas sobre a atuação da Agência. Sua independência em relação ao Executivo e à iniciativa privada é protegida pelos mesmos princípios aplicáveis aos Conselheiros.

Uma vez aprovado o anteprojeto que visa alterar aspectos relativos à gestão, à organização e ao controle social das agências, todas elas deverão possuir um Ouvidor, que será nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos, admitida uma recondução. Conforme dispõe o seu artigo 15, parágrafo 1º “o Ouvidor deverá zelar pela qualidade, receber, apurar e solucionar as reclamações dos usuários, seja contra a atuação da agência, seja contra a atuação dos entes regulados”.

Alguns regulamentos das agências ainda prevêm as Corregedorias, que têm como escopo fiscalizar as atividades funcionais dos servidores, dos órgãos e das unidades das agências, apreciar as representações sobre a atuação dos servidores e emitir parecer sobre o desempenho dos mesmos. Também são responsáveis pela correção nos órgãos e unidades, sugerindo as medidas necessárias à racionalização e eficiência dos serviços, bem como instaurando sindicâncias e

¹³⁵ Art. 8º, § 1º, da Lei da ANEEL.

processos administrativos disciplinares¹³⁶.

Existem ainda disposições legais acerca dos Conselhos Consultivos, como é o caso do Conselho Consultivo da ANATEL. Trata-se de um órgão opinativo, composto por doze membros, dois indicados pelo Senado Federal, dois pela Câmara dos Deputados, dois pelo Poder Executivo, dois pelas entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações, dois pelas entidades representativas dos usuários e dois pelas entidades representativas da sociedade. Cada conselheiro detém mandato de três anos e é indicado pelo Chefe do Poder Executivo com base em listas oferecidas pelas entidades competentes, de acordo com as regras do Regulamento.

Dentre as funções desempenhadas pelo Conselho Consultivo estão: a de opinar sobre as propostas de políticas governamentais na área de atuação da agência, apreciar relatórios da Diretoria Colegiada, requerer informações e propor diretrizes e recomendações à Diretoria.

Fernando Herren AGUILLAR¹³⁷ destaca que, embora, os Conselhos Consultivos tenham função meramente opinativa e de encaminhamento de idéias, eles constituem a mais importante inovação jurídica em matéria de controle social, pois permitem a participação de diferentes setores da sociedade, sem privilegiar a representação política.

Na estrutura da ANS encontra-se a Câmara de Saúde Suplementar, “de caráter consultivo”, integrada por “um representante das entidades (...): a) de defesa do consumidor; b) de associações de consumidores e planos privados de assistência à saúde”¹³⁸.

Ademais, as autarquias de regime especial devem observar as disposições previstas na Lei nº 9.874 de 29/01/99, que estatui a respeito de normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, a proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

¹³⁶ Art. 59 do Regulamento da ANATEL, art. 24 do Regulamento da ANVISA, art. 22 do Regulamento da ANS e art. 7º do Regulamento da ANA.

¹³⁷ Segundo AGUILLAR a existência de um Conselho Consultivo permite “a manifestação institucional de interesses localizados na sociedade, sem necessariamente prestigiar a representatividade exclusivamente política. O Conselho Consultivo terá melhores condições que o Parlamento, embora sem o mesmo poder decisório, de trazer à tona a discussão dos interesses sob um viés técnico” (Op. cit., 252).

¹³⁸ A este respeito dispõem os artigos. 13 e 14 do Regulamento da ANS.

Conforme visto, já existem instrumentos que permitem a participação popular no controle da atuação dos entes reguladores. Todavia, na prática, o que se observa é que as agências muitas vezes não lhes dão a devida efetividade. Apenas para exemplificar, foi constatado, de acordo com dados obtidos através do Procon de São Paulo¹³⁹, que a ANATEL, durante os seus três primeiros anos, não se preocupou em instituir uma Ouvidoria. Além disso, relatório apresentado pelo Tribunal de Contas da União, em junho de 2003, denuncia que as audiências públicas realizadas pela ANEEL não propiciam ampla participação da sociedade, inexistindo ação governamental voltada para a capacitação dos representantes dos consumidores para enfrentar os debates travados nas audiências e consultas públicas¹⁴⁰.

Portanto, ao lado da criação de novos instrumentos de controle, é fundamental que se dê efetividade e transparência àqueles já existentes.

Por fim, há que se ressaltar que a participação popular na estruturação e funcionamento das agências é uma garantia constitucional, de tal sorte que a ausência de disposição legal acerca da participação popular não elimina tal garantia. Desse modo, a agência não pode invocar a ausência de previsão legal a pretexto de rejeitar a participação popular.

3.2.6 O controle exercido pelos contratos de gestão

Os contratos de gestão também podem ser vistos como mecanismos de controle da atividade das agências.

Tais contratos foram introduzidos em nosso sistema pela Emenda Constitucional nº 19, prevista no parágrafo 8º, do artigo 37 da Constituição Federal, com a seguinte redação: “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 responsabilidades dos dirigentes;

¹³⁹ Informação extraída do site www.procon.sp.gov.br, consultado em 10.06.03 às 13:00 hs.

¹⁴⁰ Dados obtidos no site www.tcu.gov.br, consultado em 2.07.03 às 10:00 hs.

III – a remuneração do pessoal”. Nesse dispositivo, em que pese não ser mencionado expressamente, reside o fundamento constitucional do contrato de gestão¹⁴¹.

Os contratos de gestão, no entanto, dão margem a uma série de questões polêmicas, uma vez que foram inspirados no direito estrangeiro, adaptando-se mal à rigidez de nosso ordenamento jurídico¹⁴².

Em virtude da limitação imposta a esta pesquisa não será possível examinar profundamente todas as questões atinentes a estes contratos.

Para Diógenes GASPARINI, o contrato de gestão também chamado de “acordo-programa” deve ser entendido como o “ajuste celebrado entre o Poder Público e entidades da Administração direta, indireta e entidades privadas qualificadas como organizações sociais, para lhes ampliar a autonomia financeira ou para lhes prestar variados auxílios e lhes fixar metas de desempenho na consecução de seus objetivos”¹⁴³.

Tal contrato permite, através da exteriorização dos compromissos do Estado, que se faça um controle da atividade desenvolvida. Assim, a partir de avaliações periódicas, torna-se possível examinar se os objetivos foram atingidos, se os compromissos foram cumpridos e se o desempenho foi satisfatório.

Segundo DI PIETRO “O contrato é estabelecido por um tempo determinado, ficando a entidade sujeita a controle de resultados para verificação do cumprimento das metas estabelecidas”¹⁴⁴.

Em relação à ANEEL, verifica-se que o contrato de gestão tem como finalidade permitir um acompanhamento, pelo Ministério, das atividades da agência, notadamente em relação aos objetivos e metas a serem perseguidos por esta.

As diretrizes previstas para o setor, sujeitam-se a uma fórmula objetiva de controle da gestão do órgão regulador. Dessa forma, o contrato deve conter

¹⁴¹ O contrato de gestão, no entanto, antes de ser constitucionalizado, já era conhecido e praticado por algumas das grandes empresas governamentais.

¹⁴² O “contrato de gestão” não é um contrato em sentido jurídico. “A consideração acerca de um contrato de gestão, como instrumento contratual para disciplinar temas de natureza constitucional ou legal, ignora a ordem jurídica brasileira. Desconhece a configuração do regime de Direito Público, essencialmente alicerçado no princípio da legalidade. O instrumento contratual apresenta, sempre, dimensões infra e intralegais. Com isso, indica-se a característica de que a margem de inovação reservada ao contrato, no âmbito do Direito Público, está estreitamente limitada pela disciplina legal”. (JUSTEN FILHO. Op. cit., p.405).

¹⁴³ GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001. p. 597.

¹⁴⁴ DI PIETRO, *Direito Administrativo...*, p. 248.

obrigatoriamente as diretrizes de atuação administrativa do ente regulatório de acordo com as políticas do Poder Público¹⁴⁵.

Faz-se um controle da atuação administrativa da autarquia e da avaliação de seu desempenho, condicionando-se a atuação dos dirigentes.

Os diplomas legais estipulam que o contrato de gestão estabelecerá os parâmetros para a administração interna de cada agência, bem como os indicadores que permitam avaliar, objetivamente, sua atuação administrativa e o seu desempenho.

A legislação referente à ANVISA e à ANS determina, que “o descumprimento injustificado do contrato de gestão implicará a dispensa do Diretor-Presidente, pelo Presidente da República, mediante solicitação do Ministro de Estado da Saúde”¹⁴⁶.

Porém, se aprovado o anteprojeto de lei, nos moldes em que foi submetido à consulta pública, todas as agências deverão firmar contratos de gestão com “o titular da Pasta a que estiver vinculada a agência, ouvidos previamente os Ministros de Estado da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão, no prazo máximo de cento e vinte dias após a nomeação do Diretor-Geral, Diretor-Presidente ou Presidente”¹⁴⁷. Conforme prevê o referido anteprojeto, os contratos de gestão terão como objetivo: compatibilizar as atividades regulatórias com as políticas públicas e os programas governamentais; aperfeiçoar o acompanhamento e o controle da gestão, promovendo maior transparência e controle social e aperfeiçoar as relações de cooperação, supervisão e fiscalização com o Poder Público¹⁴⁸.

Ressalte-se que o anteprojeto, ao contrário do disposto nas leis instituidoras da ANVISA e da ANP, prevê que o descumprimento injustificado das cláusulas pactuadas ensejará a aplicação da penalidade prevista no contrato, sem se referir à demissão dos responsáveis.

Embora, aparentemente, amenize a penalidade imposta para o descumprimento injustificado do contrato de gestão, não há dúvidas de que o Governo pretende, com a instituição de tais contratos, reduzir a independência das agências.

¹⁴⁵ Art. 7º da Lei 9.427/96: “A administração da ANEEL será objeto de contrato de gestão, negociado e celebrado entre a Diretoria e o Poder Executivo, no prazo máximo de noventa dias após a nomeação do Diretor-Geral, devendo uma cópia do instrumento ser encaminhada para registro no Tribunal de Contas da União, onde servirá de peça de referência em auditoria operacional.”

¹⁴⁶ Artigo 20 da Lei nº 9.782/1999 e artigo 15 da Lei nº 9.961/2000.

¹⁴⁷ Artigo 8º do anteprojeto.

¹⁴⁸ Parágrafo 3º, do artigo 8º do anteprojeto.

Dessa forma, em que pese os contratos de gestão sejam instrumentos eficientes de controle da qualidade dos atos praticados pelas agências, é preciso ter cuidado no momento de sua celebração, pois, dependendo dos termos em que for implementado, também pode prestar-se a retirar a independência dos entes reguladores.

3.2.7 O procedimento como técnica de controle

JUSTEN FILHO destaca a importância da processualização da atividade administrativa das agências, como um mecanismo de limitação do poder político. “Não se trata de tutela a um indivíduo em particular, mas de restringir práticas eivadas de prepotência e incompatíveis com a natureza de um Estado Democrático”.¹⁴⁹

O processo, sendo uma sucessão de atos encadeados logicamente entre si, dificulta que as decisões sejam imediatas e fundadas em critérios meramente subjetivos da autoridade, assegurando a participação dos interessados na formação do ato estatal, através do contraditório e da ampla defesa .

A processualização permite o aperfeiçoamento da ação estatal. Parte-se do pressuposto de que o ato decisório será resultado lógico dos eventos apurados ao longo do processo. A contraposição de teses, assegurada pelo princípio do contraditório e da ampla defesa inerentes ao processo, restringe o risco de consagração de atitudes precipitadas e impulsivas.

Sabino CASSESE expõe a necessidade da existência efetiva de procedimentos adequados e satisfatórios:

É preciso articular o procedimento, abrindo-o à participação dos particulares, estabelecendo claramente as funções, prevendo que os particulares possam exprimir-se sobre documentos ou sobre questões claramente postas, prevendo, eventualmente, um segundo turno de consultas. Somente desse modo, as Autoridades poderão, de um lado, escapar da opacidade tradicional da Administração Pública. De outro, enriquecer-se com as contribuições dos particulares e do contraditório entre eles; enfim, tentar evitar que toda decisão termine por ser impugnada perante o juiz administrativo¹⁵⁰.

Portanto, não há dúvidas de que o processo é instrumento de grande

¹⁴⁹ Op. cit., p. 559.

¹⁵⁰ CASSESE, Sabino. *Negoziazione e Trasparenza nei Procedimento davanti alle Autoria Independenti*. In: *Il Procedimento davanti alle Autoria Independenti*. Torino, Giappichelle, 199, pp. 40 – 41 apud JUSTEN FILHO, Op. cit., p. 564.

relevância para o controle do poder estatal, pois através dele pode-se averiguar a regularidade dos atos decisórios, permitindo que se verifique se a decisão foi proferida com a observância de todos os princípios e regras a ela inerentes. Em suma, deve-se obedecer ao princípio da publicidade, ao da objetividade e ao contraditório.

Em princípio, compete à lei instituidora da agência definir suas regras de procedimento, de tal sorte a assegurar a observância dos princípios que regem a Administração Pública. Havendo omissão devem ser aplicados os princípios gerais de cunho processual e as regras dispostas na Lei nº 9.784/99¹⁵¹.

A processualização da atividade regulatória traduz a necessidade de submeter seu poder decisório à observância de procedimentos norteados por princípios e regras próprios. Com isso, busca-se impedir o desvirtuamento das competências estatais, evitando que as decisões tomadas pelos entes reguladores afastem-se do interesse público. Desse modo, é possível verificar, diante do caso concreto, se as soluções adotadas pelas agências foram as mais adequadas e satisfatórias.

¹⁵¹ Cf. JUSTEN FILHO, *O Direito...*, p. 560.

CONCLUSÕES

A partir das considerações desenvolvidas neste estudo, conclui-se que a incapacidade do Poder Público resolver adequadamente os problemas sociais e econômicos, a ineficiência dos serviços públicos, o desenvolvimento da globalização, bem como a limitação do crescimento do setor público, foram os principais motivos que desencadearam o recente processo de Reforma do Estado.

A Reforma do Estado, instalada a partir da década de 90, envolve a privatização de empresas e serviços públicos, visando à liberalização da economia, à instalação e promoção de um mercado concorrencial em determinados setores.

No Brasil, com o esvaziamento das funções do Estado empresário, surge a necessidade de se buscar instrumentos de regulação, que pudessem lançar mão de um aparato decisório, fundado no seu caráter técnico e legitimado pela independência em relação às injunções políticas, capazes de assegurar a satisfação do interesse público.

Apesar de já existirem no Brasil outros órgãos com competência regulatória, somente com a criação das agências, através de leis esparsas, é que surgem entes independentes, para regular setores específicos.

Através da análise das leis instituidoras das agências no sistema jurídico brasileiro, define-se agência reguladora como sendo autarquia especial, criada por lei com personalidade jurídica de direito público e autonomia patrimonial, administrativa e financeira, competentes para regulamentar, contratar, fiscalizar, aplicar sanções e atender às reclamações dos usuários de determinado serviço público ou atividade econômica em sentido estrito.

A qualificação de autarquias sob regime especial caracteriza-se pelo maior grau de independência financeira, administrativa, ausência de subordinação hierárquica e, principalmente, na estabilidade e impossibilidade de exoneração *ad nutum* de seus dirigentes.

Muito embora, o direito brasileiro tenha buscado inspiração no modelo das agências reguladoras norte-americanas, é preciso estar atento às inúmeras diferenças existentes entre os dois sistemas jurídicos. Vale dizer: não é possível transplantar para o direito brasileiro análises próprias ao ordenamento norte-americano, sob pena de se estar adotando características incompatíveis com o

nosso sistema jurídico.

Ao contrário do Direito Administrativo brasileiro, que desde sempre se pautou pelo prestígio ao comportamento unilateral da Administração Pública, o Direito Administrativo norte-americano é essencialmente procedimental e transparente.

A atuação das agências norte-americanas envolve uma pluralidade de instrumentos de controle e limitação de poderes. Lá, a legitimação democrática da conduta das autoridades independentes realiza-se através do comportamento procedimental que devem adotar, envolvendo a participação dos interessados não só na tomada de decisões, mas também quando da elaboração das regras. Sendo claros e transparentes os relacionamentos com os regulados, a atuação do ente regulador torna-se conhecida e previsível, conferindo, dessa forma, segurança e estabilidade ao mercado econômico.

No entanto, desde a década de 80, as agências norte-americanas vêm passando por inúmeras modificações, que conduzem a uma redução sensível de sua independência e neutralidade, em virtude do aumento do controle realizado pelos três poderes do Estado.

Tais alterações envolvem a obrigatoriedade de controle prévio por parte do Executivo, antes de iniciar-se o procedimento de elaboração imposto pela Lei de Procedimentos; a criação de agências legislativas que controlam as agências administrativas, além de, em determinadas hipóteses, exercer o poder de veto sobre os projetos das agências. As modificações, também, possibilitaram ao Judiciário, em determinadas situações, examinar a motivação dos fatos e a razoabilidade das normas, com ampla aplicação do princípio do devido processo legal substantivo.

A independência conferida às agências reguladoras brasileiras não significa que tais entes estejam imunes aos mecanismos de controle. Ao contrário, todas elas se submetem ao controle do Poder Executivo, Legislativo, Judiciário, bem como ao controle do Tribunal de Contas e do Ministério Público. Os contratos de gestão e a processualização da atividade regulatória também constituem mecanismos eficientes de controle dos atos dos entes reguladores.

O controle do Executivo sobre as agências limita-se, em regra, à escolha de seus dirigentes, a fim de resguardar a autonomia que lhes é assegurada pelas leis instituidoras, sendo inadmissível a figura do recurso hierárquico impróprio para os Ministérios.

Já, o controle parlamentar abrange, de forma ilimitada, toda a atividade

desenvolvida pela agência, incluindo aquela prevista para ser realizada em momento posterior, podendo questionar não apenas a gestão interna da agência, mas também exigir a justificativa para as decisões de cunho regulatório.

Sabe-se, todavia, que apenas a previsão constitucional da competência fiscalizatória não é capaz de tornar efetivo o controle parlamentar. Daí, a importância da criação de processos jurídico-formais de controle parlamentar em face da atuação das agências, consoante pretende-se implantar através do projeto de lei nº 38/2003.

No entanto, tendo em vista o conturbado cenário político brasileiro, é fundamental que se assegure que o controle, a ser exercido pelo Congresso, não virá a interferir na atividade das agências no sentido de satisfazer aos interesses políticos em detrimento do interesse público.

Ademais, todos os atos das agências, incluindo os decisórios, sujeitam-se ao controle pelo Poder Judiciário, em razão do princípio constitucional da inafastabilidade do controle judicial. Este controle analisará não apenas os aspectos da legalidade, mas também, poderá verificar se a autoridade administrativa adotou todas as providências necessárias ao desempenho satisfatório de uma competência discricionária. O controle judicial, no entanto, deverá ser cauteloso toda vez que se deparar com questões que envolvam conhecimento técnico especializado, a fim de resguardar a independência decisória das agências.

Por imposição constitucional, as agências reguladoras sujeitam-se ao controle exercido pelos Tribunais de Contas, uma vez que empregam recursos públicos. Este controle incide sobre as ações que impliquem dispêndio de recursos e fiscaliza os aspectos contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial. O Tribunal de Contas, no entanto, não poderá fiscalizar aspectos relativos à “atividade fim” do ente regulador, sob pena de se ofender a sua independência.

Embora, o controle social esteja previsto constitucionalmente e disposto nas leis instituidoras de algumas agências através de Conselhos Consultivos, audiências e consultas públicas, Ouvidorias e Corregedorias, ainda não há efetividade nas formas institucionalizadas. É visível o descaso de algumas agências em relação à participação popular no controle de sua atuação. Desse modo, é preciso, ao lado da criação e aprimoramento de instrumentos de controle social, dar efetividade e transparência àqueles já existentes.

Dentro da estrutura das agências, os contratos de gestão permitem, através

da exteriorização dos compromissos do Estado, que se faça um controle da atividade desenvolvida. A partir de sua análise, torna-se possível examinar se os objetivos foram atingidos, se os compromissos foram cumpridos, bem como se o desempenho foi satisfatório. Todavia, se por um lado, os contratos de gestão podem ser instrumentos eficientes de controle da qualidade dos atos praticados pelas agências, de outro, podem prestar-se a retirar a sua independência.

Ademais, a processualização da atividade regulatória constitui outro instrumento de grande relevância para o controle dos atos das agências, pois possibilita averiguar a regularidade dos atos decisórios, permitindo que se verifique se a decisão foi proferida com a observância de todos os princípios e regras a ela inerentes. Assim, reduz-se o desvirtuamento das competências estatais, evitando-se que as decisões tomadas pelos entes reguladores afastem-se do interesse público.

Ao que tudo indica, o atual Governo brasileiro não medirá esforços para obter a aprovação do projeto de lei nº 38/2003, que se refere à criação de um controle externo de atuação das agências, através de comissões específicas do Congresso Nacional, bem como do anteprojeto de lei, submetido à consulta pública, o qual propõe alterações relativas à gestão, à organização e ao controle social dos entes reguladores.

Em que pese esteja nítida a intenção política de reduzir a independência das agências, é inegável o avanço que o recente anteprojeto de lei pretende realizar no tocante ao controle social, haja vista que torna obrigatória a realização de audiências e consultas públicas, sempre que suas decisões afetarem interesses de agentes econômicos ou de consumidores, bem como assegura às associações que incluam, entre suas finalidades, a proteção ao consumidor, à ordem econômica ou à livre concorrência, o direito de indicar representante portador de notória especialização no objeto da consulta pública, para acompanhar o processo decisório e prover assessoramento qualificado à entidade e seus associados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, O. M. de M. Agências reguladoras e proteção do consumidor de serviços de telecomunicações. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: n. 226, p. 219-229, 2001.

ARAGÃO, A. S. de. As agências reguladoras independentes - algumas desmistificações à luz do direito comparado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: n. 155, p. 293-317, jul./set. 2002.

AZEVEDO, E. de A. Agências Reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 213, jul./set. 1998.

BACELLAR FILHO, R. F. O Poder Normativo dos Entes Reguladores e a Participação dos Cidadãos nesta Atividade. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais: Os desafios da Regulação na Experiência Brasileira. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 4, nº 16, p. 13-22, out./dez. 2002.

BARROSO, L. R. Agências Reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 229, p. 285-311, jul./set. 2002.

_____. Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos. Limites da fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 25, 1999.

BASTOS, C. R.; TAVARES, A. R. *As tendências do direito Público: no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BORGES, A. G. A implementação da administração pública gerencial na Emenda Constitucional 19/98. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 24, 1998.

BILBÃO, M. N. de la S. *La privatización en España: fundamentos constitucionales y comunitarios*. Pamplona: Aranzade, 1995.

CARDOSO, F. Prefácio. In: WALD, A.; MORAES, L. R. de; WALD, A. de M. *O Direito de parceria e a nova lei de concessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

CARBONELL, E., MUGA, José Luis. *Agencias y procedimiento administrativo en estados Unidos de America*. Madri: Marcial Pons, Edicionaes Jurídicas y Sociales, 1996.

CASSAGNE, J. C. *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1994.

CAVALCANTI, F. de Q. B. A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: nº 219, p. 253-270, jan./mar. 2000.

CLÈVE, C. M. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2ª ed., RT.

CRETELLA JUNIOR, J. *Administração indireta brasileira*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CITADINI, A. R. *Controle externo da Administração Pública*. São Paulo: Max Limonad, 1995.

CUÉLLAR, L. *As agências reguladoras e o seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

_____. Poder Normativo das agências reguladoras norte-americanas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 229, p. 153-176, jul./set. 2002.

DALLARI, A. A. Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 141, jan./mar.1999.

DIREITO, C. A. M. Reforma Administrativa: A Emenda nº 19/98. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 213, p. 133-139, jul./set. 1998.

DI PIETRO, M. S. Z de. *Direito administrativo*. 12 ed., São Paulo: Atlas, 2000.

_____. (Org.). *O Direito regulatório, temas polêmicos*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003.

_____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. Participação popular na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 191, p. 26-39, jan./mar. 1993.

DUTRA, P. O poder regulamentar dos órgãos reguladores. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 221, p. 239-256, jul./set. 2000.

GOMES, M. E. A. C. e. A institucionalização do *ombudsman* no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 167, p. 1-21, jan./mar. 1987.

GORDILLO, A. *Princípios gerais de direito público*. (tradução de Marco Aurélio Greco). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GRAU, E. R. Contribuição e crítica da ordem econômica na Constituição de 1988. 1997.

GUERRA, G. M. Agências reguladoras no Brasil: princípio da legalidade e regulação. In: DI PIETRO, (Org.). *Direito regulatório*, p. 323-367.

JUSTEN FILHO, M. Algumas considerações acerca da concessão de serviço público. In: BANDEIRA DE MELLO, C. A. (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo*

- Ataliba: Direito Administrativo e Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- _____. *Concessão de serviços públicos*. São Paulo: Dialético, 1997.
- _____. Empresa, ordem econômica e Constituição. *Revista de Direito Administração*, Rio de Janeiro, n. 212, 1998.
- _____. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- MATTOS, M. R. G. de. Agências Reguladoras e as suas características. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 218, p. 71-91, out./dez. 1999.
- MELLO, C. A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*, 14ª ed. Refundida, ampliada e atualizada até a Emenda constitucional 35 de 20.12.2001, São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Discricionariedade e controle judicial*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- _____. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- _____. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo, RT, 1968.
- MENEZES, R. F. de M. As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 227, p. 47-68, jan./mar. 2002.
- MODESTO, P. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 136, p. 315-325, out./dez. 1997.
- MOREIRA, E. B. Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 218, p. 93-112, out./dez. 1999.
- _____. As agências executivas brasileiras e os “contratos de gestão”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 229, p. 135-151, jul./set. 2002.
- MOREIRA NETO, D. de F. Uma Nova Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 220, p. 179-182, abr./jun. 2000.
- SILVA NETO, O. C. da. Noções gerais sobre o controle das agências regulatórias no direito norte-americano. In: DI PIETRO, (Org.). *Direito regulatório*. p. 427-452.
- ORTIZ, G. A. *Economía y Estado: crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons, 1993.
- PEREZ, M. A. As agências reguladoras no Direito brasileiro: origem, natureza e função. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*.

PINHEIRO, I. A. A condição de autarquia especial das agências reguladoras e das agências executivas e as expectativas sobre a qualidade da sua gestão. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. n. 44, p. 221-243, mai./jun. 2002.

SOUTO, M. J. V. Agências Reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 216, p.125-162, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo: Malheiros, 2000.

TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 202, p. 1-10, out./dez. 1995.

_____. A reforma do Estado e a modernidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 1-7, jan./mar. 1999.

_____. Agências reguladoras da Administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 221, p.1-5, jul./set. 2000.

ZIMLER, Benjamim. O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras. In: Brasil. Tribunal de Contas da União. *O controle externo da regulação de serviços públicos*. Brasília: TCU, 2002, p. 17-36.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências Reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*, n. 141, p. 143-171, jan./mar.1999.

ANEXO

**ANTEPROJETO DE LEI QUE PRETENDE ALTERAR ASPECTOS
RELATIVOS À GESTÃO, À ORGANIZAÇÃO E AO CONTROLE
SOCIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

**Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos
CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA
ANTEPROJETO DE LEI
Consulta Pública**

O CHEFE DA CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA torna público, nos termos do art. 34, inciso II, do Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002, anteprojeto de lei que "Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, altera a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e dá outras providências", elaborado com base nas conclusões contidas no Relatório Final do Grupo de Trabalho constituído para proceder à análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro, composto por representantes da Casa Civil da Presidência da República e dos Ministérios da Justiça, da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Saúde, do Meio Ambiente, das Comunicações, de Minas e Energia, da Defesa e dos Transportes e da Advocacia-Geral da União. O texto em apreço encontra-se disponível, também, no seguinte endereço da internet: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/consulta_publica/consulta.htm.

A relevância da matéria recomenda a sua ampla divulgação, a fim de que todos possam contribuir para o seu aperfeiçoamento. Eventuais sugestões poderão ser encaminhadas, até o dia 30 de setembro de 2003, à Casa Civil da Presidência da República, Palácio do Planalto, 4º andar, sala 126, CEP 70.150-900, ou pelo e-mail: agenciasreguladoras2@planalto.gov.br.

JOSE DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA

PROJETO DE LEI

Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, altera a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre as regras aplicáveis às Agências Reguladoras, instaladas até a data da sua publicação, relativamente à sua gestão, organização e mecanismos de controle social.

Art. 2º Consideram-se Agências Reguladoras, para os efeitos desta Lei, bem como para os fins da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000:

- I - a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL;
- II - a Agência Nacional do Petróleo – ANP;
- III - a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL;
- IV - a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA;
- V - a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS;
- VI - a Agência Nacional de Águas – ANA;
- VII - a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ;
- VIII - a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT;
- IX - a Agência Nacional do Cinema – ANCINE.

CAPÍTULO I

DO PROCESSO DECISÓRIO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Art. 3º As Agências Reguladoras adotarão processo de decisão colegiada, e suas Diretorias Colegiadas ou Conselhos Deliberativos deliberarão por maioria simples de votos, presentes, no mínimo, metade mais um de seus membros, dentre eles o Diretor-Presidente, Diretor-Geral ou Presidente.

§ 1º Dos atos praticados pela Agência Reguladora ou por seus órgãos caberá recurso à Diretoria Colegiada ou Conselho Diretor.

§ 2º É facultado à Diretoria Colegiada da ANVISA e da ANS adotar processo de decisão monocrática, em cada uma das suas diretorias, assegurado à Diretoria Colegiada o direito de reexame das decisões monocráticas, mediante recurso da parte interessada ou de, pelo menos, dois membros da Diretoria.

Art. 4º Antes da tomada de decisão sobre questão relevante, as Agências Reguladoras deverão realizar consulta ou audiência pública para manifestação dos interessados e formação de juízo das autoridades envolvidas no processo.

§ 1º São objetos de consulta pública as minutas de atos normativos, as alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados, devendo tais documentos permanecer à disposição do público em local especificado.

§ 2º Sempre que possível, as audiências públicas serão realizadas em cada uma das capitais dos Estados, ou, pelo menos, em uma das capitais situadas nas regiões geográficas atingidas pela decisão, dando-se ampla divulgação do evento.

§ 3º A abertura do período de consultas e audiências públicas será precedida de despacho motivado publicado no Diário Oficial da União e outros meios de comunicação.

§ 4º Cada Agência Reguladora deverá estabelecer em regulamento os critérios essenciais a serem observados nos procedimentos previstos no **caput**.

§ 5º É assegurado às associações constituídas há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, e que incluam, entre suas finalidades, a proteção ao consumidor, à ordem econômica ou à livre concorrência, o direito de indicar à Agência Reguladora representante portador de notória especialização no objeto da consulta pública, para acompanhar o respectivo processo e prover assessoramento qualificado à entidade e seus associados, cabendo à Agência Reguladora arcar, observadas as disponibilidades orçamentárias e os limites e requisitos fixados em regulamento, com as despesas decorrentes.

Art. 5º As Agências Reguladoras poderão estabelecer outros meios de participação de interessados em suas decisões, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

Art. 6º Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação dos interessados na decisão deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado, sendo que a participação na consulta pública confere o direito de obter da Agência Reguladora resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

CAPÍTULO II

DA PRESTAÇÃO DE CONTAS E DO CONTROLE SOCIAL

Seção I

Da Obrigação de Apresentar Relatório Anual de Atividades

Art. 7º As Agências Reguladoras deverão elaborar relatório anual circunstanciado de suas atividades, nele destacando o cumprimento da política do setor definida pelo Poder Executivo.

Parágrafo único. O relatório anual de atividades deverá ser encaminhado pela Agência Reguladora, por escrito, no prazo de até noventa dias após o encerramento do exercício, ao titular da Pasta a que estiver vinculada, ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados.

Seção II

Do Contrato de Gestão

Art. 8º A administração das Agências Reguladoras será objeto de contrato de gestão, negociado e celebrado entre a Diretoria Colegiada ou Conselho Diretor e o titular da Pasta a que estiver vinculada a Agência, ouvidos previamente os Ministros de Estado da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão, no prazo máximo de cento e vinte dias após a nomeação do Diretor-Geral, Diretor-Presidente ou Presidente.

§ 1º O contrato de gestão deverá ser submetido à apreciação do conselho de política setorial da respectiva área de atuação da Agência Reguladora, quando houver, para fins de aprovação.

§ 2º O contrato de gestão será o instrumento de controle da atuação administrativa da autarquia e da avaliação do seu desempenho e elemento integrante da prestação de contas do Ministério setorial e da Agência Reguladora, a que se refere o art. 9º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, sendo sua inexistência considerada falta de natureza formal, de que trata o inciso II do art. 16 da mesma Lei.

§ 3º São objetivos do contrato de gestão:

I - compatibilizar as atividades regulatórias com as políticas públicas e os programas governamentais;

II - aperfeiçoar o acompanhamento e o controle da gestão, promovendo maior transparência e controle social;

III - aperfeiçoar as relações de cooperação, supervisão e fiscalização com o Poder Público.

§ 4º O contrato de gestão, seus aditamentos e relatórios de avaliação deverão ser publicados na imprensa oficial, pela Agência Reguladora, no prazo máximo de vinte dias, contados a partir de sua assinatura, condição indispensável para sua eficácia, sem prejuízo de sua ampla e permanente divulgação por meio eletrônico pelas respectivas Agências Reguladoras, devendo uma cópia do instrumento ser encaminhada para registro no Tribunal de Contas da União, onde servirá de peça de referência em auditoria operacional.

Art. 9º Além de estabelecer parâmetros para a administração interna da Agência Reguladora, o contrato de gestão deve especificar, minimamente:

I - as metas de desempenho a serem atingidas, prazos de consecução e respectivos indicadores e os mecanismos de avaliação que permitam quantificar, de forma objetiva, o seu alcance;

II - a estimativa dos recursos orçamentários e cronograma de desembolso dos recursos financeiros necessários ao alcance das metas pactuadas;

III - as obrigações e responsabilidades das partes em relação às metas definidas;

IV - sistemática de acompanhamento e avaliação, contendo critérios, parâmetros e prazos;

V - as penalidades aplicáveis aos signatários, em caso de descumprimento injustificado de metas e obrigações pactuadas, bem como de eventuais faltas cometidas.

Art. 10. O contrato de gestão terá vigência contínua, renovando-se, minimamente, a cada ano, será avaliado periodicamente e, se necessário, revisado por ocasião da renovação parcial da diretoria da autarquia, sem prejuízo da solidariedade entre seus membros.

Art. 11. Para a avaliação do contrato de gestão, os Ministros signatários contarão com o apoio de Comissão de Acompanhamento e Avaliação, instituída em ato próprio e integrada, obrigatoriamente, pelos seguintes membros:

I - representantes do Ministério supervisor;

II - representante da Casa Civil da Presidência da República;

III - representante do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Parágrafo único. A Comissão de Acompanhamento e Avaliação deverá reunir-se, no mínimo, duas vezes ao ano.

Art. 12. À Comissão de Acompanhamento e Avaliação compete:

I - acompanhar e avaliar os resultados alcançados, considerando as metas e indicadores de desempenho previstos no contrato de gestão;

II - recomendar, com a devida justificativa, alterações no contrato de gestão, principalmente quando se tratar de necessidade de revisão de metas e obrigações;

III - apoiar a negociação de metas e demais condições e obrigações objeto de repactuação.

Parágrafo único. Relatórios específicos de acompanhamento e avaliação terão como objeto as avaliações de desempenho realizadas pela Comissão de Acompanhamento e Avaliação e contemplarão, sem prejuízo de outras informações, os fatores e circunstâncias que tenham dado causa ao descumprimento pelo contratado das metas estabelecidas, bem como as medidas corretivas que este último tenha adotado para o equacionamento das falhas detectadas.

Art. 13. A Comissão de Acompanhamento e Avaliação poderá contar com o suporte técnico de especialistas externos nas áreas de conhecimento das ações previstas no contrato, na condição de convidados, podendo contar, também, com o auxílio de especialistas em auditorias de desempenho.

Seção III

Da Ouvidoria

Art. 14. Haverá, em todas as Agências Reguladoras, um Ouvidor, que atuará junto à Diretoria Colegiada ou Conselho Diretor da respectiva Agência Reguladora sem subordinação hierárquica e exercerá as suas atribuições sem acumulação com outras funções.

Art. 15. O Ouvidor será nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos, admitida uma recondução.

§ 1º São atribuições do Ouvidor zelar pela qualidade, receber, apurar e solucionar as reclamações dos usuários, seja contra a atuação da Agência Reguladora, seja contra a atuação dos entes regulados.

§ 2º O Ouvidor terá acesso a todos os assuntos e contará com o apoio administrativo de que precisar, competindo-lhe produzir, semestralmente ou quando oportuno, apreciações críticas sobre a atuação da Agência, encaminhando-as ao Conselho Diretor, ao Conselho Consultivo, quando houver, ao titular da Pasta a que estiver vinculada a Agência, aos Ministros de Estado da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão e Chefe da Casa Civil da Presidência da República, bem assim às Comissões de Fiscalização e Controle da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, e fazendo publicá-los para conhecimento geral.

CAPÍTULO III

Da Interação Operacional entre as Agências Reguladoras e os Órgãos de Defesa da Concorrência

Art. 16. Com vistas à promoção da concorrência e à eficácia na implementação da legislação de defesa da concorrência nos mercados regulados, os órgãos de defesa da concorrência e de regulação devem atuar em íntima cooperação, privilegiando a troca de experiências.

Art. 17. No exercício de suas atribuições, e em articulação com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e com a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, incumbe às Agências Reguladoras zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor regulado.

§ 1º Para o cumprimento do disposto no **caput**, cada Agência Reguladora elaborará em conjunto com os órgãos ali referidos roteiro de análise de atos de concentração e de condutas anti-concorrenciais, observando-se as especificidades de cada setor.

§ 2º Para tornar efetiva a articulação, os órgãos de defesa da concorrência e as Agências Reguladoras estabelecerão convênios entre si, definindo as respectivas responsabilidades e obrigações, se for o caso, rotinas, diretrizes e normas de procedimento no tratamento conjunto de atos de concentração ou condutas anti-concorrenciais dos agentes.

§ 3º As Agências Reguladoras solicitarão parecer dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, previamente à adoção de normas ou regulamentos que possam implicar em mudanças nas condições de concorrência dos setores regulados.

Art. 18. As Agências Reguladoras e a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça instituirão sistema de notificação recíproca, ficando obrigadas a comunicarem aquelas a essa e vice-versa, para análise e manifestação, as denúncias de prática anti-concorrencial de qualquer agente de um setor regulado que chegarem ao seu conhecimento.

Parágrafo único. Será instaurado processo administrativo pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça se a análise preliminar da Agência ou daquela própria Secretaria levantar indícios suficientes de prática anti-concorrencial.

Art. 19. O CADE notificará às agências do teor da decisão que aplicar sanção por infração da ordem econômica cometida por empresas ou pessoas físicas no exercício das atividades reguladas, no prazo máximo de quarenta e oito horas após a publicação do respectivo acórdão, para que estas adotem as providências legais de sua alçada.

CAPÍTULO IV

Da Interação Operacional entre as Agências Reguladoras e os Órgãos de Regulação Estaduais e do Distrito Federal

Art. 20. As Agências Reguladoras promoverão a articulação de suas atividades com as das agências reguladoras ou órgãos de regulação dos Estados e do Distrito Federal, nas respectivas áreas de competência, promovendo, sempre que possível, a descentralização de suas atividades, mediante convênio de cooperação.

§ 1º A cooperação de que trata o **caput** será instituída desde que o Distrito Federal ou o Estado interessado possua serviços técnicos e administrativos competentes, devidamente organizados e aparelhados para execução das respectivas atividades, conforme condições estabelecidas em regulamento.

§ 2º A execução, pelos Estados e Distrito Federal, das atividades delegadas será permanentemente acompanhada e avaliada pela Agência Reguladora, nos termos do respectivo convênio.

§ 3º Na execução das atividades complementares de regulação, controle e fiscalização descentralizadas, a unidade federativa observará as pertinentes normas legais e regulamentares federais.

§ 4º As normas de regulação complementar baixadas pela unidade federativa deverão se harmonizar com as normas expedidas pela Agência Reguladora.

§ 5º É vedado à unidade federativa conveniada exigir de concessionária ou permissionária sob sua ação complementar de regulação, controle e fiscalização obrigação não exigida ou que resulte em encargo distinto do exigido de empresas congêneres, sem prévia autorização da Agência Reguladora.

Art. 21. Em caso de descentralização da execução de atividades sob responsabilidade da Agência Reguladora, parte da taxa de fiscalização correspondente, prevista em lei federal, arrecadada na respectiva unidade federativa, será a esta transferida para custeio de seus serviços, na forma do convênio celebrado.

CAPÍTULO V

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 22. O **caput** do art. 6º da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 6º O mandato dos Conselheiros e dos Diretores das Agências Reguladoras será de quatro anos, admitida uma única recondução."
(NR)

Art. 23. São mantidos os prazos de encerramento dos mandatos dos atuais diretores e conselheiros de Agências Reguladoras.

Art. 24. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 25. Revogam-se o art. 24 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, o parágrafo único do art. 10 da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, e o parágrafo único do art. 6º da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000.

Brasília,