

FRANCISCO AUGUSTO ZARDO

**INICIAÇÃO AO ESTUDO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS
INDEPENDENTES**

Curitiba
2002

FRANCISCO AUGUSTO ZARDO

**INICIAÇÃO AO ESTUDO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS
INDEPENDENTES**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito. Curso
de Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.
Orientador: Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho.


Curitiba
2002

TERMO DE APROVAÇÃO

FRANCISCO AUGUSTO ZARDO

INICIAÇÃO AO ESTUDO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES

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


Orientador Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho

Prof.^a Ângela Cássia Costaldello


Prof. Marçal Justen Filho


Prof. Clémerson Merlin Clève

Curitiba, 13 de novembro de 2002.

*“Ele ama a justiça e o
direito; A terra está cheia
da bondade do Senhor”
(Salmo 33:5)*

A Deus toda honra e toda a glória.

Sumário

Resumo.....	viii
Introdução.....	1
Capítulo I - Considerações Prévias Necessárias ao Estudo das Agências Reguladoras Independentes.....	3
1. Os modelos anteriores de organização estatal.....	3
2. O Estado Regulador hodierno.....	6
2.1. <i>Características</i>	7
2.2. <i>As ondas regulatórias</i>	9
2.3. <i>Decorrências de um modelo regulador de Estado</i>	10
Capítulo II - As Agências Reguladoras Independentes.....	13
1. O vocábulo "Agência".....	13
2. As diversas modalidades de Agências.....	14
3. Definição de Agência Reguladora.....	16
4. Entes similares no Direito Positivo Brasileiro.....	17
Capítulo III - As Agências Reguladoras Independentes Brasileiras.....	20
1. A questão da Separação dos Poderes.....	20

2.	Potenciais benefícios e malefícios da instituição das Agências Reguladoras.....	22
2.1	<i>Aspectos positivos da instituição das Agências Reguladoras.....</i>	22
2.2.	<i>Aspectos negativos da instituição das Agências Reguladoras.....</i>	23
3.	Natureza Jurídica: Autarquia Especial?	24
4.	A questão da Autonomia das Agências Reguladoras.....	26
4.1.	<i>Autonomia Jurídica.....</i>	27
 Capítulo IV - A Questão da Autonomia Estrutural.....		29
1.	Inserção topológica.....	29
2.	A estruturação das Agências Reguladoras Independentes.....	30
3.	Os servidores comuns.....	30
4.	Os dirigentes das Agências Reguladoras Independentes.....	31
4.1.	<i>Regime jurídico aplicável aos dirigentes.....</i>	32
4.2.	<i>Da vedação à livre exoneração.....</i>	33
4.3.	<i>Da descoincidência do mandato dos diretores.....</i>	35
5.	Da ausência de vinculação administrativa - não cabimento de recurso hierárquico impróprio.....	37
 Capítulo V - O Problema da Autonomia Econômico-Financeira.....		39
1.	As vedações quanto à captação de recursos.....	39
2.	Da percepção de recursos.....	40
3.	Do controle orçamentário.....	40
4.	A questão das "Taxas Regulatórias"	42
4.1.	<i>A visão de MARCOS JURUENA VILELA SOUTO.....</i>	42

4.2.	<i>A proposta de</i> MARÇAL JUSTEN FILHO.....	43
4.3.	<i>A posição de</i> ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO.....	44
	Capítulo VI - A Questão da Autonomia Funcional (O Poder Normativo)	46
1.	Competência Normativa Abstrata.....	46
1.1.	<i>Esclarecimento Preliminar: A distinção entre Norma Jurídica e Lei</i> ...	47
1.2.	<i>Formas de expressão das Normas Jurídicas</i>	47
2.	Ainda a Teoria da Tripartição dos Poderes.....	48
3.	Atividade normativa secundária: Os Regulamentos.....	51
3.1.	<i>Competência para editar regulamentos</i>	51
4.	Os Regulamentos Autônomos.....	53
4.1.	<i>Da inexistência desta figura no Direito Brasileiro</i>	53
4.2.	<i>Partidários da possibilidade de edição de regulamentos autônomos</i> ...	54
4.3.	<i>Posição Jurisprudencial</i>	56
5.	A dificuldade de determinação da real competência normativa abstrata das Agências - A posição de MARÇAL JUSTEN FILHO.....	56
5.1.	<i>A questão da discricionariedade técnica</i>	58
5.2.	<i>As situações estatutárias</i>	58
6.	Conclusões sobre o tema da Competência Normativa.....	59
7.	A composição de litígio entre particulares.....	60
	Conclusões	62
	Referências Bibliográficas	64

Resumo

O tema das Agências Reguladoras Independentes, com a Reforma Administrativa empreendida no Estado brasileiro, tem ocupado a pauta de todos aqueles que se ocupam com o estudo da evolução do Direito Administrativo Econômico. O mergulho no tema se fez com auxílio de textos doutrinários e legais, acompanhados dos precedentes do Tribunais pátrios. O presente trabalho, dividido em seis capítulos inicia-se com considerações preliminares sobre os modelos de Estado. Buscou-se oferecer um panorama do momento histórico que ensejou estes modelos, bem como apresentar as razões do seu sucesso e de sua derrocada. A isso, segue-se uma tentativa de definição do que seja uma agência. O terceiro capítulo é o de separação, porquanto nele termina-se a análise das questões introdutórias e inicia-se, ainda que timidamente, pesquisa das agências reguladoras brasileiras. No quarto capítulo adentramos ao olho do furacão, abordando a estruturação das agências e sua inserção topológica dentro dos poderes constitucionais. Passamos, sequentemente, para a análise do regime jurídico dos dirigentes: estabilidade, descoincidência de mandatos e outros temas que geram infundáveis embates. Terminamos com a afirmação da vedação de interposição de recurso para superior hierárquico. No capítulo V, estudamos a autonomia financeira das agências, atentando para o fato de que a autonomia financeira é capital para a conquista de uma real independência. No sexto e último capítulo, analisamos a questão mais polêmica que envolve o poder normativo das agências. Voltamos a análise da teoria de tripartição dos poderes. Passamos pela questão dos regulamentos autônomos, com a apresentação das mais diversas posições. Falamos ainda da dificuldade em determinar a real competência normativa das agências. Terminamos com uma breve análise sobre atividade solução de conflitos entre particulares acometida às agências.

Palavras-chave

Reforma do Estado; agências reguladoras; autonomia; regulação; regulamentos; poder normativo; separação de poderes.

Introdução

Como em grande parte dos temas de Direito Administrativo, a perquirição sobre as situações levaram o país a adotar um modelo de agências reguladoras e sobre a conveniência deste modelo, é influenciada não somente por questões de técnica jurídica, mas, sobretudo, por concepções político-ideológicas.

Aí reside a grande dificuldade em se abordar temas desta natureza, qual seja, delimitar o que é fruto de um pensamento científico e o que é resultado da ideologia do autor. Cabe, nesse ponto, ao pensador concentrar esforços para que uma eventual opção política não prejudique as conclusões de seu trabalho científico.

Não obstante, o tema das agências reguladoras tem gerado infindáveis discussões no seio da sociedade; a uma, pelo desconhecimento do modelo, a duas, por descrença no modelo, e, finalmente, porque muitos dos que se aventuram a falar sobre o assunto não tomam o devido cuidado de frear suas concepções sobre o papel do Estado, o que acaba por comprometer o resultado da reflexão sobre o tema.

Dentro das limitações do presente trabalho, tentar-se-á oferecer a visão mais ampla possível sobre o tema. Por isso, optou-se, ao invés de se concentrar em um tema específico, oferecer um panorama geral, ainda que sucinto, do que são as agências reguladoras e quais as circunstâncias fáticas que desaguaram na adoção deste modelo pelo ordenamento jurídico brasileiro. Quase todas as questões relevantes sobre as agências foram abordadas.

As agências reguladoras surgem no contexto brasileiro num momento histórico de Reforma do Estado. Aquele Estado inchado, provedor, que intervinha diretamente na atividade econômica, que financiava o desenvolvimento da indústria nacional, que prestava diretamente o serviço público, forjado principalmente durante o regime militar se mostrou ineficiente. A corrupção, a burocracia, a crise fiscal, o descontrole nos gastos públicos tornaram inviável a tentativa de implantação bem sucedida de um Estado do Bem-Estar na ordem brasileira. Esse modelo já não mais se mostrava capaz de atingir o bem comum.

Fez-se necessária, então, uma mudança de paradigma. Objetivou-se realizar um Estado no qual a nobreza dos fins de atender o bem comum, de afirmação dos direitos fundamentais da terceira geração continuasse presente, mas, valendo-se, contudo de outros meios. Foi esse momento que levou ao início de implantação de um modelo Regulador de Estado, com a sua retirada do âmbito econômico como agente, passando este papel aos entes privados que, sob intensa fiscalização passariam a promover o desenvolvimento social não obtido naquele modelo anterior.

Por isso, fez-se premente a criação de autoridades reguladoras independentes que pudessem dar confiabilidade a atuação do Estado, e assim, tornar atrativo para os sujeitos privados a exploração de serviços públicos e searas econômicas antes restritas ao ente estatal.

Capítulo I - Considerações Prévias Necessárias ao Estudo das Agências Reguladoras Independentes

Antes de iniciarmos a análise do modelo regulatório e seus reflexos, faz-se necessária alguns esclarecimentos de ordem terminológica para que o estudo não se perca em jogos de palavras.

A doutrina estrangeira dos países de língua inglesa, precursora nos estudos sobre o tema, valia-se do termo *regulation* para designar as atividades típicas do Estado Regulador. Todavia, a tradução desse termo para o português seria regulamentação. Ocorre que este termo entre nós já tem sua conotação própria, qual seja o desempenho da função normativa infra-ordenada, pela qual se detalham condições de aplicação de uma norma de cunho abstrato e geral.

Diante disso, adota-se na doutrina pátria o termo regulação para designar a atividade própria do Estado Regulador.

1. Os modelos anteriores de organização estatal

Este Estado Regulador, modalidade do Estado de Direito, é decorrência direta do Estado do Bem-Estar Social. Este Estado, desenvolvido ao longo do século XX, em oposição ao Estado Liberal e ao Estado Socialista teve, ou ainda tem, como peculiaridade a intervenção na sociedade, destinada a promover o desenvolvimento que o Estado mínimo não havia obtido. Para tanto, além de prestar diretamente o Serviço Público, ainda atuava como empresário em setores ditos estratégicos.

Os avanços trazidos por este modelo foram extraordinários, sobretudo nos países do Hemisfério Norte. Neste época a ciência, a tecnologia, bem como o desenvolvimento humano cresceram espantosamente. Para uma aferição objetiva basta notar que a expectativa de vida da população experimentou um crescimento sem precedentes. Todo essa evolução foi, em grande parte, fomentada pelo Estado a custa de um endividamento insuportável.

Com isso, os infundáveis reclames por parte da sociedade sem a devida contrapartida dos setores produtivos, aliado ao acréscimo dos setores improdutivos causados pelo aumento longevidade, tornaram o modelo inviável.

Na visão de ALEXANDRE ARAGÃO seria misoneísmo querer eternizar o chamado Estado do Bem-Estar "vez que a crise que sobre ele se abateu, tanto macroeconomicamente (greves, inflação, déficit público), como psicossocialmente (imobilismo da iniciativa privada ante ao setor público), tornaram-no inoperante e contraditório com os desígnios do Estado Democrático de Direito, incumbido da realização da dignidade da pessoa humana, objetivo para o qual o absentismo liberal também é incapaz"¹.

Iniciou-se, então, uma intensa corrosão da estrutura e dos serviços estatais. Esse foi precedente histórico que ensejou o modelo regulatório de Estado.

Idealizador da Lei Geral das Telecomunicações, FLORIANO AZEVEDO², entende que o processo de mudança de paradigma estatal, verificado tanto na Europa com o na América Latina é de certa forma irreversível. Fruto de uma série de fatores históricos que passam pelo esgotamento do padrão de financiamento do setor público e pela inviabilização do modelo do Bem estar Social, assiste-se uma crescente retirada do Estado na produção de utilidades públicas³.

¹ ARAGÃO, ALEXANDRE SANTOS, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 72.

² FLORIANO AZEVEDO MARQUES NETO em *Direito Administrativo Econômico*. Coord. CARLOS ARI SUNDFELD. 1ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 73.

³ Nesse sentido e com precisão, LUÍS ROBERTO BARROSO pondera que "o modelo dos últimos vinte e cinco anos se exaurira. O Estado brasileiro chegou ao fim do século XX grande, ineficiente, com bolsões endêmicos de corrupção e sem conseguir vencer a luta contra pobreza. Um Estado de direita, do atraso social da concentração de renda. Um Estado que tomava dinheiro emprestado no exterior para emprestar internamente, a juros baixos, para a burguesia industrial e financeira brasileira. Esse Estado, portanto, que a classe dominante brasileira agora abandona e do qual quer se livrar, foi aquele que a serviu durante toda sua existência. Parece, então, equivocada a suposição de que a defesa desse Estado perverso, injusto e que não conseguiu elevar o patamar social no Brasil seja uma opção avançada, progressista, e que o alinhamento com o discurso por sua desconstrução seja a postura reacionária" (*Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*). <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3209>. Extraído em 14.10.2002, p.03.

A inexorabilidade e a irreversibilidade da diáspora do Estado da atividade econômica, no entendimento do autor, não é fruto de alguma concepção ideológica⁴, mas sobretudo de uma constatação de que o retorno dos ativos privatizados ao Estado redundaria no pagamento de indenizações astronômicas, bem como numa crise de confiabilidade.

Por outro lado, os constantes acréscimos nos valores das tarifas, as dificuldades para se obter uma concorrência sadia, aliada à remessa de capitais ao exterior, visto que grande das concessionárias de serviços públicos são de acionistas estrangeiros, têm posto em dúvida as vantagens da privatização. Sobretudo do modo como foi feita.

Seja como for, o sucesso deste Estado decorrente do pensamento único, ou do Consenso de Washington, como queiram, depende de ampla atuação de entes reguladores.

Nesse diapasão, FLORIANO assevera que "se assistimos a uma acelerada diminuição do intervencionismo direto do Estado, isso não significa dizer que, automaticamente, assistimos a uma diminuição de toda intervenção estatal no domínio econômico. Ninguém desconhece a multiplicidade de mecanismos de que dispõe o Estado para intervir na ordem econômica". A utilização destes mecanismos amiúde é que caracterizam o Estado Regulador.

Não obstante, são frequentes as conclusões no sentido de que as agências reguladoras são organismos típicos de um Estado absenteísta que se furta de exercer suas atividades em privilégio do mercado. Com o devido respeito, as sobreditas conclusões são equivocadas, posto que a época de maior florescimento das agências reguladoras independentes nos EUA foi justamente durante o *New Deal*, período de marcado pelo intervencionismo estatal.

⁴ Deve-se ver este argumento com alguma desconfiança. Dizer que não há cunho ideológico nos remete a uma situação de neutralidade axiológica, o que, como se sabe, é uma quimera.

Todavia, compreende-se as referidas ilações, vez que, no Brasil, o momento de surgimento das agências está impregnado de uma contínua transferência à iniciativa privada dos serviços públicos.

Admite-se assim, que as agências vieram à tona em razão da desestatização da prestação dos serviços públicos, mas isso não importa em dizer que sejam instrumento à serviço da desregulação, mesmo porque agências que se dedicam a regular a atividade econômica em sentido estrito, âmbito de atuação da iniciativa privada, também estão surgindo em profusão (ANS- Agência Nacional de Saúde, por exemplo).

2. O Estado Regulador hodierno

O modelo regulador de Estado, distancia-se tanto do Estado Liberal quanto do Welfare State, guardando, contudo, com este, uma identidade de fins.

O Estado Liberal guardava um distanciamento quase sagrado do âmbito econômico. Tinha para si apenas a função de garantir a liberdade das forças de mercado na consecução de seus objetivos.

Diametralmente distante está o Estado do bem Estar, porquanto este tem como característica a participação direta do ente estatal na economia, atuando como agente. Neste Estado, a função regulatória também é exercida, porém, em pequenas proporções.

Hodiernamente, verifica-se um sensível redução da intervenção estatal direta no âmbito econômico. Isto, porém, não significa o abandono das atribuições do modelo antigo de Estado, muito pelo contrário, visto que a feição assumida pelo modelo de Estado do Bem Estar está de tal modo ligada ao conceito atual de Estado que é praticamente inviável ao Estado furtar-se⁵ da responsabilidade pela promoção do bem comum. Muito ao revés.

⁵ Confira-se MARÇAL JUSTEN FILHO no basilar *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. 1ª ed., São Paulo, Dialética, 2002, p. 21.

Não se deve olvidar, entretanto, que os fins continuam sendo os mesmos, a mudança reside nos instrumentos de que o Estado se vale nesta empreitada.⁶

Assim, concomitante a diminuição do papel do Estado na promoção do bem estar, houve um acréscimo da responsabilidade dos agentes privados. Esta retirada do Estado da função de provedor das demandas sociais só é aceitável na medida em que haja um seu substituto.

Num país como o Brasil, repleto de carências, um Estado que se furta ao papel de prestador de serviços, porque fracassado, deve apresentar um substituto, que só poderá ser encontrado na iniciativa privada.

A novidade reside no fato de que esta atividade não será realizada nos moldes do liberalismo clássico. A atribuição aos particulares de funções ditas essenciais deve ser acompanhada de uma crescente carga de responsabilidade.

No modelo anterior, a prestação de serviço público e a atuação em áreas estratégicas eram considerados privilégios do Estado. Nesse novo modelo, impõe-se a idéia de que tudo o que puder ser prestado sob a lógica da iniciativa privada, assim deve ser feito, com a maior eficiência e dentro dos princípios que informam a prestação do serviço público.

Ao Estado Regulador, resta atuação direta nas áreas em que os princípios que norteiam a atividade dos particulares puserem em risco a alcance das metas almejadas.

2.1 Características

⁶ Nesse sentido, LUIZ ROBERTO BARROSO que "a redução expressiva das estruturas públicas de intervenção direta na ordem econômica não produziu um modelo que possa ser identificado com o de Estado mínimo. Pelo contrário, apenas deslocou-se a atuação estatal do campo empresarial para o domínio da disciplina jurídica, com a ampliação de seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas. O Estado, portanto, não deixou de ser agente econômico decisivo. Para demonstrar a tese, basta examinar a profusão de textos normativos editados nos últimos anos". (Op. cit. p. 04).

O prof. MARÇAL⁷ elenca quatro características do Estado Regulador. A primeira delas é a transferência das atividades do Estado para iniciativa privada, com a liberalização das atividades monopolizadas, para proporcionar amplas disputas pelos particulares em regime de mercado.

A segunda reside na inversão da importância do instrumento interventivo. Para ele, se antes se privilegiava a participação na atividade econômica, agora privilegia-se a atividade regulatória. O Estado permanece no domínio econômico. Porém, não mais como partícipe. Em vez de atuar diretamente, vale-se da atividade dos particulares e da regulação para o alcance do bem comum.

A terceira característica nos mostra que essa viés regulatório não se limita a eliminar os defeitos do mercado, mas sobretudo propiciar a realização de certos valores elegidos por ele Estado. A relevância dos interesses envolvidos impede a pura e simples busca do lucro.

A quarta e última característica envolve a institucionalização permanente de mecanismos de disciplina da atividade econômica privada. Consoante o pensamento do aludido doutrinador, "passa-se de um estágio de regramento *estático* para uma concepção de regramento *dinâmico*. O Estado tem de dispor de mecanismos de acompanhamento e controle dos agentes privados, o que significa a possibilidade de inovação contínua"⁸. Enfim, para ele, regular "trata-se de conformar as decisões privadas, orientando-as à realização de certos valores de interesse coletivo, e de fiscalizar o desempenho das atividades dotadas dessa relevância econômica (e, portanto, política)"⁹.

O Estado, assim, não regula somente o setor da prestação de serviço público, mas também as atividades reservadas constitucionalmente aos particulares que são dotadas de um certo valor social. Uma verdadeira limitação da autonomia privada no exercício de sua atividade.

⁷ Op. cit., p. 24.

⁸ Op. cit., p.25.

⁹ Op. cit., p.29.

Abrem-se maiores campos de atuação ao particular como decorrência do abandono do papel de empresário por parte do Estado. A esta ampliação segue-se também um aumento do condicionamento da atividade privada à vontade estatal. Conjuga-se a eficiência do mercado com o interesse público.

Aderindo a este pensamento, ALEXANDRE SANTOS ARAGÃO nos fornece um conceito conclusivo do que seja regulação estatal na economia, sendo "o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis"¹⁰.

2.2. *As ondas regulatórias*

Nos tempos de Estado do Bem Estar, a regulação por parte do Estado no âmbito econômico destinava-se tão somente a corrigir eventuais defeitos que a livre atuação dos mercados viessem a gerar. MARÇAL JUSTEN FILHO identifica¹¹ duas ondas regulatórias.

A primeira onda regulatória, para mais do que garantir a espontânea evolução do mercado, foi marcada pela intervenção, no sentido de alterar e induzir o rumo das coisas.

Nessa primeira onda adotou-se um enfoque precipuamente econômico. Uma das formas de atuar, era corrigir eventuais distorções na livre concorrência. Hoje, com a formação dos grandes grupos econômicos, com a profusão de fusões de empresas transnacionais, torna-se cada vez mais comum a tentativa de domínio de mercado por um só grupo.

¹⁰ Op. cit., p.37.

¹¹ Op. cit., p.29.

Os desvios do mercado, causados sobretudo pela deficiência na concorrência, pelos danos ambientais e pela assimetria na percepção das informações por parte dos diversos agentes, geram uma atividade intensa de regulação. Aliado a isso, os ciclos econômicos causam, quando em crise, prejuízos muitas vezes irreversíveis à população. Cabe ao Estado Regulador atenuar a crise e seus malefícios.

Diante disso, a segunda, e atual, onda regulatória prega que "o estado não pode ser concebido como um mero corretor dos defeitos econômicos` do mercado, mas lhe incumbe promover a satisfação de inúmeros outros interesses, relacionados a valores não econômicos"¹².

Os usuários, o meio ambiente, as minorias, a comunidade vizinha à área de atuação da concessionária, todos estes grupos são merecedores da atenção do Estado. Pretende-se, nesta Segunda onda, obter a prestação das utilidades de interesse coletivo de modo satisfatório.

2.3. *Decorrências de um modelo regulador de Estado*

O crescimento da atividade regulatória do Estado gera a demanda por um implemento no seu aparato regulatório. Faz necessária uma regulação mais presente, apta a responder com rapidez e precisão às necessidades do mercado. Obviamente que entregar tal atividade ao Poder Legislativo poria em risco o bom funcionamento deste modelo.

A necessidade de transparência nas ações estatais, aliada à complexização das questões carentes de regulação e à necessidade de instrumentos normativos evidenciam a dificuldade de se manter a lei como único instrumento de regulação.

A lentidão do processo legislativo, o jogo de interesses, a barganha política, o baixo nível intelectual dos congressistas não seriam suficientes para atender a contento o vultoso número de atividades exigidas. A sanha avassaladora por votos

¹² MARÇAL JUSTEN FILHO, op. cit., p.38.

pode acarretar em práticas eleitoreira e na adoção da política regulatória menos adequada.

Necessária, portanto, a emergência de órgãos especializados. O progresso no conhecimento científico e sofisticação das relações entre os agentes de mercado, reclamam a adoção de soluções cada vez mais herméticas, impossíveis de serem empreendidas por órgãos desprovidos de alto conhecimento técnico.

Para FLORIANO AZEVEDO, somente entes reguladores autônomos se mostram capazes de viabilizar uma atividade reguladora eficiente. Segundo ele, "órgãos reguladores parecem oferecer resposta suficiente ao processo de especialização e segmentação do direito"¹³. A especialidade, a complexidade e a velocidade com que surgem as questões regulatórias deixam claro a impossibilidade de que todo arcabouço regulatório seja editado pelo Parlamento. A implementação de um Estado Regulador dependem dos órgãos reguladores. Daí a sua recente profusão no Estado Contemporâneo.

Nesse mesmo sentido, ARAGÃO leciona que "a complexidade, pluralismo, e especialização da sociedade contemporânea, somados aos princípios equanimizadores do Estado Democrático de Direito, levam, desta forma, à multiplicação do número de medidas regulatório-estatais legítimas para a consecução concreta dos seus objetivos"¹⁴. E ainda, conclui o brilhante doutrinador "a instituição das agências reguladoras tende a atender ao Princípio da Proporcionalidade, mormente em seu elemento 'adequação', à medida que, ao retirar da esfera preponderantemente política a regulação de vastos setores da atividade econômica, busca assegurar a não imposição de regulações de cunho eminentemente político, às vezes mesmo de cunho político-eleitoral, e, desta forma desnecessárias ou desvirtuadas para os fins públicos aos quais a regulação estatal visa atender"¹⁵.

¹³ Op. cit., p.83.

¹⁴ Op. cit., p.109.

¹⁵ Op. cit., p.143.

Para MARÇAL JUSTEN¹⁶, os órgãos reguladores são decorrências do fato de que "cada atividade regulada apresenta características próprias, que nem sempre admitem tratamento similar aos que se revela adequado para outras atuações.(...) As características de cada mercado, das estrutura econômica das atividades e dos interesses a proteger são muito diversas". Assim, assevera o brilhante professor¹⁷ "que a instituição de agências reguladoras não configura uma eventualidade relevante na concepção estrutural e funcional do Estado. Muito pelo contrário, refletirá uma concepção própria e definida sobre as partilhas de competência estatais e o modo de seu exercício."

¹⁶ Op. cit., p.44.

¹⁷ Op. cit., p.50.

Capítulo II - As Agências Reguladoras Independentes

As agências reguladoras são entes integrantes da estrutura estatal, com configuração um pouco diferente dos tradicionais órgãos que integram a administração. Deve-se, antes de tudo, adequar este instituto que, por nós, foi importado ao arcabouço jurídico brasileiro. A introdução destes entes na experiência jurídica brasileira pugna por algumas adaptações.

O professor MARÇAL nos ensina que "a modelação do sistema e dos diversos institutos jurídicos é o resultado de inter-relação entre as diversas instituições sociais.(...) Isso significa que a importação de um instituto estrangeiro reflete, sob certa medida, um intento artificial de inovação não apenas da ordem jurídica, mas de toda ordem social"¹⁸.

Se é bem verdade que a incorporação das agências ao ordenamento pátrio transformará um pouco a ordem social, também é verdade que o instituto deve, igualmente, ser modificado, sob pena de rejeição. Se algumas características das agências importadas forem, e obviamente serão, incompatíveis com a ordem jurídica brasileira deve-se adaptá-las, para que sua implementação seja possível.

1. O vocábulo “Agência”

MARIA SYLVIA DI PIETRO assevera que "o vocábulo agência é um dos modismos introduzidos no direito brasileiro em decorrência do movimento da globalização"¹⁹. Segundo ela, não há no Brasil grandes motivos para a adoção desta terminologia.

De certa forma é improcedente a crítica feita pela ilustre professora do histórico Largo de São Francisco. O fato de ser decorrência da globalização não lhes

¹⁸ Op. cit., p.286.

¹⁹ MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO em *Direito Administrativo*. 12ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, p. 385.

confere, por si só, a condição de modismo, mormente da foram pejorativa como o termo "globalização" foi utilizado.

Como se verá, no Brasil, há diversas autarquias, com características semelhantes e que nem por isso são tidas como agências. As agências, quando muito, podem ser tidas como autarquias especiais, que pela especialidade, as afasta do conceito de autarquia. Portanto, o termo não é de todo inútil, pois serve para diferenciar órgão que são diferentes.

Ainda que seja fruto da globalização, tal condição não desmerece o instituto. Grande parte do direito brasileiro é fruto da influência do direito continental europeu e nem por isso deve ser discriminado. O que importa em direito é a conveniência dos institutos, sejam eles frutos da experiência alienígena ou do gênio brasileiro.

2. As diversas modalidades de Agências

Far-se-á, aqui, uma breve distinção entre as modalidades de agências, conforme a divisão feita entre as agências norte-americanas.

A primeira distinção que se faz é entre as agências reguladoras e não reguladoras. Aquelas são as que tem o poder de editar normas, poder este que lhes é conferido pelo Congresso Americano. Nesse sentido, estas têm um papel notadamente assistencial, não elaboram regulamentos, apenas se responsabilizam pelo atendimentos das necessidades dos cidadãos como previdência social, entre outras atribuições.

O critério mais importante para se distinguir uma agência seria o seu grau de autonomia frente ao Poder Executivo. Segundo LEILA CUÉLLAR "as agências podem ser qualificadas como independentes(...) ou executivas (...), dependendo da previsão ou não de limites para a destituição de seus diretores por parte do chefe do poder executivo"²⁰. Contudo, classificá-la como independente, apenas quer dizer que seus dirigentes possuem certa estabilidade e não que ele tem autonomia para impor suas

políticas. Esta autonomia funcional dependerá das disposições legais que conferem atribuições às agências.

Deve-se ver com restrições a afirmação da professora LEILA, pois não é a questão da estabilidade dos dirigentes, o marco diferencial entre as duas agências, que aliás de similaridade têm muito pouco. Este marco é a atividade exercida. Se se confere autonomia ao dirigente de uma modalidade de agência e não para o dirigente de outra, faz-se em razão da competência de uma e de outra. O fato de um dirigente possuir estabilidade e outro estar sujeito a ingerências do poder político é uma decorrência óbvia da atividade exercida pelo órgão.

Do mesmo modo, DI PIETRO nos ensina que "agência executiva é a qualificação dada à autarquia ou fundação que celebre contrato de gestão com o órgão da Administração direta a que se acha vinculada, para a melhoria da eficiência e redução de custos"²¹. É bem verdade que o citado contrato de gestão é uma ficção criada entre os entes da Administração, que não pode firmar contrato com si mesma, para aumentar a produtividade.

Estes entes, no Brasil, são resultado da Reforma Administrativa aqui empreendida, que teve como objetivo segundo ALEXANDRE ARAGÃO "possibilitar a gestão autônoma de entidades ou órgãos públicos. Estes não perdem sua natureza originária (de órgãos, de autarquias, etc.), passando apenas a ser qualificados como 'agências executivas' e, depois de celebrado o contrato de gestão com a Administração Central, a possuir maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira"²².

Nos EUA, as agências executivas são, via de regra, menos independentes que as agências reguladoras, por sofrerem uma mais intensa fiscalização do Poder Executivo, o qual tem competência de livre nomeação e exoneração.

²⁰ Em *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*. 1ª ed., São Paulo, Dialética, 2001, p. 68.

²¹ Op. cit., p. 387.

²² Op. cit., p. 308.

Deve-se dizer, como alerta, que nozes fora a semelhança nominal e a idéia de autonomia, os entes em destaque não tem maiores semelhanças, têm competências e estruturação distintas

As agências reguladoras independentes, americanas e brasileiras não estão submetidas hierarquicamente ao Poder Executivo, ainda que topologicamente aí estejam localizadas. Conforme CUÉLLAR, as referidas agências "são autorizadas a elaborar regras jurídicas e aplicá-las a casos concretos e detêm poderes para fiscalizar, investigar, punir e decidir controvérsias. Possuem poderes amplos para emanar normas e decidir litígios, denominados poderes 'quasi-legislative' e 'quasi-judicial'"²³.

Enfim, são entes que não são subordinadas ao Poder Executivo, não são apêndices do Poder Legislativo ou Judiciário, e são dotadas de poderes que lhes permitem exercer de forma independente a regulação de um determinado setor.

3. Definição de Agência Reguladora

Consoante MARÇAL JUSTEN, uma agência reguladora consiste primeiramente, numa autarquia, pois integrante da administração indireta, com personalidade jurídica de Direito Público e sujeita a regime jurídico próprio.

Em segundo lugar, prossegue o autor, trata-se de uma autarquia especial, porquanto a lei instituidora prevê algumas peculiaridades no regime jurídico aplicável à categoria, propiciando margem de autonomia não encontrada nas outras autarquias²⁴.

Tais peculiaridades envolvem a competência regulatória, visto que é dotada de poderes de intervenção no domínio econômico (sentido amplo, segundo a classificação de EROS GRAU²⁵), o que envolve a delegação de poderes

²³ Op. cit., p. 71.

²⁴ Op. cit., p. 343.

²⁵ Em *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 123 e ss.

regulamentares, além da atribuição de poderes de polícia para fiscalizar atividades econômicas privadas, inclusive arbitrando litígios entre particulares.

Neste mesmo sentido, EURICO AZEVEDO entende que a natureza jurídica das agências foi idealizada com base nos seguintes postulados: necessidade de possuir autonomia administrativa e financeira que possibilite ficar imunes à ingerências políticas e à burocracia, inclusive com relação à falta de verbas; necessidade de elaborarem regulamentos, de maneira que se acompanhe satisfatoriamente a evolução tecnológica e a demanda por normas; necessidade de legitimar sua atuação através da participação dos usuários na fiscalização do exercício do poder regulamentar; por fim, a premência em se aplicar com rigidez e rapidez as devidas sanções aos comportamentos inadequados ²⁶.

Aliás, ressalta o festejado professor MARÇAL JUSTEN, a redução do grau de subordinação da entidade reside especificamente no regime especial de investidura e demissão de seus dirigentes, que são dotados de mandato com prazo determinado. Além disso, possuem, ou melhor, possuirão, certa autonomia financeira, o que contribui, ainda mais para esta independência.

Assim, conclui o ínclito doutrinador, definindo agência reguladora independente como "uma autarquia especial, criada por lei para intervenção estatal no domínio econômico, dotada de competência para regulação do 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"²⁷.

4. Entes similares no Direito Positivo Brasileiro

²⁶ Em *Agências Reguladoras*, Revista de Direito Administrativo nº213, Renovar, 1998, p. 142.

²⁷ Op. cit., p. 344.

A Constituição Brasileira não faz previsão expressa sobre a instituição das agências reguladoras. Os seus arts. 21 e 177²⁸ apenas fazem menção à criação de um órgão regulador.

É comum considerar-se as agências reguladoras como um instituto novo, aplicado no Brasil à partir da década de noventa. Se não é falsa, esta afirmação também não é totalmente verdadeira. Reconhece-se na experiência brasileira, alguns órgãos com existência já bastante antiga, albergados no texto constitucional, com feições semelhantes às agências recentemente instituídas. Note-se que o vocábulo utilizado foi semelhança e não igualdade.

O Tribunal de Contas da União têm atribuições e estrutura muito próximas às das autoridades independentes. Não se inserem especificamente em nenhum dos três poderes. Tem como função o controle e a fiscalização das contas dos poderes da nação, dos quais recebem, ou melhor, a Constituição confere ampla autonomia, o que lhe oferece respaldo suficiente para que atuem com independência.

Não existe, entre o Executivo, Legislativo e Judiciário e o Tribunal de Contas qualquer vínculo hierárquico. Nenhum destes poderes tem possibilidade jurídica de influenciar sua atuação.

A instituição do Tribunal de Contas tal qual feita no Brasil, bem como do Ministério Público e, recentemente, das agências independentes, mostra-nos que uma definição rígida de tripartição dos poderes não se mostra mais possível. A especialização e as numerosas incumbências do Estado hodierno exigem uma flexibilização daquele conceito. Daí ser possível a criação das agências sem que se

²⁸ Eis os referidos dispositivos:

"art. 21. Compete à União:

(...) XI - Explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;"

"Art. 177. Constituem monopólio da União:

(...) § 2º A Lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

(...)

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União."

ponha em risco a cláusula pétrea constitucional que dispões sobre a divisão em três poderes.

O Conselho de Contribuintes da União, o Banco Central do Brasil, o CADE, entre outros órgãos, igualmente possuem estruturas semelhantes às incipientes agências. Diz-se semelhantes porque o grau de autonomia destes órgãos é menor do que a autonomia conferidas autoridades independentes.

O Conselho de Contribuintes da União, que não exerce função reguladora, tem seus membros indicados, parte pelo Estado, parte pela iniciativa privada, o que de certa forma põe em risco sua neutralidade.

O BACEN, que é uma autarquia com funções reguladoras, tem como peculiaridade a forma de provimento do cargo seus Diretores e Presidente prevista no art. 52, III, d, da Constituição Federal²⁹. Ocorre que somente a nomeação é vinculada à aprovação do Senado, sendo livre a exoneração, o que acaba por submeter tais dirigentes à vontade do Chefe do Poder Executivo. Tal peculiaridade impossibilita a sua configuração como agência reguladora independente.

O CADE, assim como as Universidades Públicas, também não tem competências regulatórias. Seus dirigentes, nomeados nos moldes do que ocorre com o BACEN, só podem perder seus cargos por decisão motivada, o que os aproxima das agências objetos deste estudo. Apesar disso, não tem competência para expedir atos de efeitos concretos, motivo pelo qual não é considerado agência.

²⁹ O dispositivo tem a seguinte redação:

"art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

III- aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:

(...)

d) Presidente e Diretores do Banco Central;"

Capítulo III - As Agências Reguladoras Brasileiras

1. A questão da Separação dos Poderes

A instalação de autoridades independentes no ordenamento brasileiro passa, necessariamente, por uma revisão no conceito de tripartição dos Poderes. É imprescindível ter-se como ponto de partida a consciência de que a teoria da tripartição do Poder nunca chegou a ser aplicada em termos radicais.

MONTESQUIEU, ao criar sua teoria, não preconizava a separação absoluta dos poderes. Foi, porém, o primeiro que preconizou que as funções de julgar, legislar e executar deveriam corresponder a órgãos distintos e autônomos³⁰. Contudo, esta teoria não foi desenvolvida numa ordem democrática, vez que o Estado Britânico experimentado por MONTESQUIEU não poderia ser qualificado como uma democracia.

Portanto, seria um equívoco imaginar uma relação inalterável entre a configuração original da separação de poderes e uma ordem democrática³¹. Em suma, uma ordem democrática não passa inexoravelmente por uma tripartição estanque em Poderes.

As decisões tomadas pela maioria, não asseguram um Estado Democrático. É preciso dar representatividade para as minorias. Democracia para mais de um governo do povo, para o povo, é uma forma onde a contradição é albergada.

É uma bravata pretender que unicamente pelo fato de um membro de algum dos Poderes da República ter sido eleito através de sufrágio direto sua atividade será mais legítima e mais eficaz. É bem sabido que após as eleições, os membros eleitos passam a se comportar egoisticamente, apenas tratando dos seus interesses. E mais,

³⁰ CELSO RIBEIRO BASTOS em *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989, p.300.

³¹ MARÇAL JUSTEN FILHO, op. cit., p. 345.

grande parte destes membros são escolhidos entre os de mais baixa capacidade intelectual.

Aliado a isso, a confiança do cidadão em tais representantes é cada vez menor, daí ser discutível a legitimidade de tais agentes somente por terem sido eleitos voto direto.

Há certos poderes que devem ser exercidos por pessoas munidas de capacidades especiais. O Poder Judiciário é assim, no qual a seleção de seus membros é feita por concurso público com alto grau de seletividade. E hoje, com o número crescente de atividades assumidas pelo Estado, outras áreas pugnam por essa estabilidade, de modo que deve-se rever esta questão da legitimidade dos agentes públicos.

Governar implica em desagradar. Certas decisões que devem ser tomadas pelo Estado em favor do interesse público, contrariam o povo, razão pela qual, muitas vezes, governantes eleitos evitam tomá-las. Não se quer com isso apontar benefícios de um regime autoritário, de modo algum. Quer-se, pelo contrário, tornar evidente que algumas funções estratégicas do Estado tem que passar ao largo da política eleitoral.

O professor MARÇAL entende que "não há inconstitucionalidade na atribuição de competências estatais a agentes cujo provimento faz-se sem eleição popular. Sob um certo ângulo, a instituição de agências reflete a admissão da necessidade de ampliar a sofisticação da organização estatal para propiciar soluções mais compatíveis com a realização da concepção democrática em face da crescente complexidade da sociedade em que vivemos"³².

A instituição de uma agência em determinado âmbito evita que haja uma descontinuidade da atividade normativa, visto que, quando é o governante que tem poderes absolutos sobre a administração, somente seu apadrinhados ocupam cargos, motivo pelo qual quando muda o governo muda o dirigente e, assim o projeto político, o que prejudica a regulação de um setor.

2. Potenciais benefícios e malefícios da instituição das Agências Reguladoras

A implantação de um sistema de agências reguladoras traz, certamente, benefícios e malefícios. Por ser um instituto incipiente no direito brasileiro, uma avaliação pormenorizada dos seus efeitos fica prejudicada. Todavia, a doutrina identifica, a priori, alguns destes efeitos. Daí a utilização do termo 'potenciais'.

2.1. *Aspectos positivos da instituição das Agências Reguladoras*

A criação das agências, na visão de MARÇAL JUSTEN pode superar algumas dificuldades no que tange à produção normativa, eis que ficando ela como única responsável pela produção de regulamentos em determinada seara, reduz-se o número de participantes no processo decisório final. Amplia-se a especialização do órgão regulador, refletindo na qualidade das normas e na rapidez com que são gerados os atos estatais, acompanhando a necessidade do setor ³³.

Para além disso, os critérios utilizados no processo decisório, quando envolvem agentes políticos, investidos no cargo não pela capacidade técnica, mas pela representatividade, quase sempre não são científicos. A decisão política quase sempre visa agradar o eleitorado, mas nem sempre a decisão mais simpática é a decisão mais correta tecnicamente. Não se quer dizer que isso seja reprovável em todos os casos, quer-se, contudo, afirmar a incompatibilidade desse modelo com algum dos fins visados pelo Estado Regulador.

Assim, o populismo decisório pode ser minimizado como a delegação às agências de decisões que envolvem a regulamentação da atividade de setores estratégicos. Estes organismos, porque alheios a qualquer forma de clientelismo, em

³² Op. cit., p. 355.

³³ Op. cit., p. 361.

regra deverão adotar decisões técnicas, ainda que não tenhamos "a ingenuidade de achar que a tecnicidade é sempre acompanhada da imparcialidade, já que, salvo em casos limites, o saber técnico pode perfeitamente ser instrumentalizado em favor de diversos fins políticos" ³⁴.

Não é possível, na visão de MARÇAL JUSTEN "fixar tarifas de serviços públicos segundo exclusivamente a opinião dos usuários ou dos representantes eleitos no parlamento. Isso conduziria à adição de valores tarifários inferiores aos necessários para assegurar serviços adequados e satisfatórios" ³⁵.

Com efeito, deve-se ter em mente que a atuação diária das agências é que legitimará suas decisões. Se elas, através um atuação sensata, criarem uma imagem positiva frente à população, obterão o respaldo suficiente para continuar exercendo uma regulação independente e eficaz, alheia às pressões das forças políticas, bastante desacreditadas pelo povo.

Por fim, a divisão em diversas agências, para cada setor específico, fragmenta e individualiza o poder decisório, ficando mais fácil a identificação dos responsáveis e o controle sobre suas a atividades.

2.2. *Aspectos negativos da instituição das Agências Reguladoras*

A doutrina ³⁶, não obstante a pouca vivência como os instrumentos do Estado Regulador, aponta alguns defeitos nas agências reguladoras independentes.

O primeiro deles é a falta de legitimação democrática de seus dirigentes. Adotar decisões baseadas exclusivamente em critérios técnicos pode arriscar a legitimidade política. Por isso, deve haver um equilíbrio, implantando-se políticas regulatórias que façam lucubrações de ordem técnica, mas que não se olvidem das questões políticas.

³⁴ ALEXANDRE ARAGÃO, op. cit., p. 324.

³⁵ Op. cit., p. 364.

³⁶ Sobre o tema, vide MARÇAL JUSTEN FILHO, op. cit., p. 369 e ss.

Outro problema, aventado por MARÇAL JUSTEN, é o risco da 'captura' da agência pelos empresários dos setores regulados. A 'captura' consistiria na situação em que uma agência se transformaria em instrumento gerador de benefícios à empresários. A 'captura' poderia ocorrer por parte dos usuário, o que seria igualmente maléfico para o setor.

Ocorre que todos os entes da administração, e não só dela, estão sujeitos a um desvirtuamento da sua finalidade pela corrupção. Isso é uma realidade intangível para o direito. Se há uma disposição em se corromper, não há construção jurídica que impeça isso. Pode-se, é bem verdade, dificultar, mas impedir é impossível.

Apenas a título argumentativo, nos EUA, o risco da 'captura se mostrou mais teórico do que prático.

Outro problema, causado pela setorização, é a chamada visão do túnel, pela qual a agência se preocuparia apenas com sua atividade, descurando-se do todo, o que poderia produzir uma regulação irracional.

O argumento mais forte e mais utilizado em defesa das agências é a sua legitimação pela eficiência. Tal prática é bastante conhecida nos modelos autoritários que se valem de uma suposta desburocratização para legitimar atitudes despóticas.

Não é isso que se pretende com as agências. pelo contrário, objetiva-se inserí-las num ambiente democrático, e assim como todos os centros de poderes da Administração Pública, submetê-las ao controle externo de outros órgãos, dentro da teoria dos freios e contrapesos. Além do que, uma autonomia absoluta é impossível e indesejável.

3. Natureza Jurídica: Autarquia Especial?

Conceitua-se, como se fez anteriormente, as agências como sendo autarquias especiais. Tal afirmação demanda uma análise do arcabouço jurídico pátrio.

O Dec.-lei nº 200 é o diploma legal que estrutura a Administração Pública, diferenciando-as em direta e indireta, entre estas estando compreendidas as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as autarquias.

Segundo o referido decreto, as autarquias seriam pessoas jurídicas de direito público. Ocorre, tal diploma tem a mesma hierarquia de lei federal, podendo por ela ser modificado. Do que, constata-se a não existência de um regime jurídico definido para as autarquias, o qual é, como decorrência da ilação acima apontada, determinado caso a caso pela leis que as instituem, desde que se respeite os limites constitucionais. Portanto, se de Direito Público ou de Direito Privado, só a lei que instituí a autarquia poderá dizer. Somente no seu silêncio é que o Dec.-lei nº 200 será aplicado

LEILA CUÉLLAR entende que "as autarquias contrapõem-se a outras entidades criadas com o escopo de realizar, indiretamente atividades administrativas de competência do Estado, vez que estas consistem em manifestações privadas (sociedades de economia mista, empresas públicas) e a característica distintiva decorre do fato de possuir a autarquia personalidade de direito público e capacidade exclusivamente administrativa. Ou seja, as autarquias somente podem executar "atividades típicas da administração pública"³⁷.

Assim, as agências reguladoras são autarquias, "inclusive porque não pode, nos dias atuais, ser algo distinto"³⁸, mas isso não significa que devam adotar o regime jurídico do Dec.-lei nº 200, posto que a lei instituidora determinará o regime aplicável. Ai reside sua especialidade, ter seu regime jurídico definido na lei que a institui.

Tratando da especialidade da Anatel, CUÉLLAR diz que sua natureza específica decorreria das seguintes características: independência administrativa,

³⁷ Op. cit., p. 90.

³⁸ Conforme MARÇAL JUSTEN FILHO, op. cit., p. 391.

autonomia financeira, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade dos seus dirigentes³⁹.

Nessa esteira, MARIA SYLVIA afirma que "o regime especial vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à administração direta; à estabilidade de seus dirigentes (...); ao caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outro órgãos..."⁴⁰.

4. A questão da Autonomia das Agências Reguladoras

ALEXANDRE ARAGÃO⁴¹ faz distinção entre autonomia e independência, dizendo que esta consiste numa autonomia reforçada. Todavia, para o fins do presente trabalho adotar-se-á, como se adotou até aqui, os termos como sinônimos.

JOSÉ AFONSO DA SILVA denota autonomia como a capacidade de agir dentro de um círculo preestabelecido, respeitados os limites constitucionais. Pressupõe uma zona de autodeterminação, que é a zona autônoma, e uma zona de limitações extrínseca, que é a zona heterônoma⁴².

VITAL MOREIRA entende que "autonomia designa genericamente os espaço de liberdade de conduta de um ente em face a outro. Concretamente, no âmbito das pessoas colectivas públicas ela exprime a liberdade dos entes infra-estaduais face ao Estado, ou seja, relativa independência em relação ao poder central.(...) autonomia é uma questão de grau: pode ir de quase nada até a independência total"⁴³.

Sem embargo, adotar-se-á para fins do presente trabalho os termos autonomia e independência como equivalentes, ainda que não o sejam. Tal postura é producente na medida em que evita digressões inúteis.

³⁹ Op. cit., p. 92.

⁴⁰ Op. cit., p. 390.

⁴¹ Op. cit., p. 331.

⁴² Em *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 17ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 484.

⁴³ Em *Administração Autônoma e Associações Públicas*, Coimbra, 1997 p. 69 e ss.

4.1. *Autonomia jurídica*

MARÇAL JUSTEN considera autonomia jurídica como "o vínculo de subordinação de um sujeito em relação a outros sujeitos, resultante da disciplina imposta pelo Direito"⁴⁴. Assim, analisa-se o grau de dependência das agências no tocante aos vínculos estruturais e funcionais por ela mantido como outros entes estatais.

A percepção do grau de autonomia das agências somente será possível pela análise concreta dos diplomas legais aplicáveis. Seria ingenuidade fazer afirmações apriorísticas no sentido de que há ou não autonomia em determinado ente.

Como se disse, a independência das agências é condição sem a qual não será possível o exercício das atividades para as quais se instituíram tais entes. A independência consiste, inicialmente, na inexistência de vínculo formal de subordinação a qualquer outra pessoa política.

Quatro manifestações são necessárias, segundo ARNOLD WALD e LUÍZA DE MORAES, para configurar a independência dos entes reguladores. A primeira delas é a autonomia decisória, que consiste no poder de tomar decisões, nos limites de suas atribuições, independentes da vontade da Administração Direta. A segunda refere-se à independência de objetivos que consiste na liberdade de fixar as próprias diretrizes, visando uma decisão mais interessante ao interesse público. A terceira consiste na independência na eleição dos instrumentos regulatórios utilizados no intuito de obter o resultado mais satisfatório possível. Por fim, a quarta e última manifestação seria a independência financeira, referente à disponibilidade de recursos materiais para execução dos serviços de regulação⁴⁵.

Adotar-se-á para efeitos deste trabalho, como justa homenagem pela precisão, a proposta do professor paranaense MARÇAL JUSTEN, que analisa a autonomia das

⁴⁴ Op. cit., p. 399.

⁴⁵ Em *Agências Reguladoras*, Revista de Informação legislativa nº 141, Brasília, Senado Federal, 1999, p. 146.

agências sob três ângulos⁴⁶, a saber: autonomia estrutural, autonomia financeira e autonomia funcional.

⁴⁶ Op. cit.

Capítulo IV – A Questão da Autonomia Estrutural

1. A inserção topológica

A primeira questão envolvendo sua organização estrutural é a sua inserção topológica⁴⁷ em alguns dos Poderes do Estado, pois, é curial, não se trata de ente à parte porque a Constituição assim não permite.

Segundo MARÇAL JUSTEN "nenhum órgão autônomo relativamente àqueles já previstos constitucionalmente poderá ser instituído através do desenvolvimento das competências infraconstitucionais(...). A Constituição, quando o desejou, determinou a instituição de órgãos autônomos (leia-se MP e Tribunal de Contas), encarregados de titularizar competências específicas diversas daquelas reservadas às demais estruturas de poder constitucionalmente previstas. Daí deriva a conclusão de que o silêncio constitucional não impede a instituição de órgão estatais através de legislação infraconstitucional, mas impõe sua inserção no âmbito dos Poderes constitucionalmente determinados"⁴⁸.

Assim, não sendo a agência um ente constitucional como o Ministério Público e o Tribunal de Contas, titular de competências específicas criadas pela Constituição, cabe ao intérprete enquadrá-la num dos Três Poderes. E não se vê outra saída senão a de enquadrá-la no Poder Executivo.

É bem verdade que pela natureza das suas atividades poder-se-ia enquadrá-la em todos os poderes, como em nenhum. Pelo que, chega-se a precitada conclusão por exclusão.

Ademais, não se poderia enquadrá-la no Poder Judiciário porque, dentre outras diferenças, não possui monopólio da jurisdição. O mesmo se diz com relação ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas. Aquele não lida com atividade

⁴⁷ Expressão cunhada do Prof. MARÇAL JUSTEN FILHO em *O Direito das Agências Reguladoras...*, p. 414.

⁴⁸ Op. cit., pp. 414 e 415.

econômicas, este tampouco. E mais, ambos não têm poderes de editar regulamentos abstratos.

No que tange ao Poder Legislativo, deve-se dizer que este não pode se imiscuir na atividade reservada a administração pública, desenvolvendo setores econômicos e serviços públicos.

Diante do exposto, a alternativa é enquadrá-la no Poder Executivo, como aliás vem sendo feito pelos diplomas legais que a colocam na Administração Indireta como autarquias especiais.

2. A estruturação das Agências Reguladoras Independentes

A estruturação das agências reguladoras deve ser condizente com as funções a ela atribuídas. Assim, o seu quadro funcional, a remuneração, a forma de provimento do cargo aos seus servidores comuns, aos seus dirigentes, bem como o regime jurídico aplicável deverá permiti-los exercer, satisfatoriamente, as competências especiais reservadas às agências.

Não seria razoável a instituição das agências se os seus quadros recebessem o mesmo tratamento destinado às entidades de há tempos existentes. Nesse caso a mudança seria meramente nominal, a estrutura da Administração Indireta, contudo, permaneceria a mesma.

Cabe a lei instituidora e aos dispositivos legais aplicáveis conferir às agências os meios indispensáveis à execução de suas atribuições.

A lei 9.986/00 disciplina os recursos humanos das agências de forma genérica. É lei ordinária, portanto aplicável quando a lei instituidora de alguma agência específica for omissa em relação a alguma situação.

3. Os servidores comuns

Numa atitude incoerente, peculiar ao presente governo da República, o referido dispositivo legal previu que o quadro funcional das agências teria suas relações regidas pela CLT.

O STF, em decisão acertada, suspendeu liminarmente, na ADIn nº 2310/DF, a eficácia dos artigos que versavam sobre este assunto. Na decisão, o MIN. MARCO AURÉLIO MELLO disse ser inconciliável a exercício independente das competências das agências e a aplicação do regime celetista aos seus servidores. Isso só faria instabilizar o vínculo do trabalhador, pelo que deve-se adotar o regime estatutário, que confere todas as garantias inerentes às funções executadas, notadamente a estabilidade.

Nesse mesmo sentido, o festejado doutrinador CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, aborda a questão, dizendo que "a Lei 9.986 , de 18.7.2000, que inconstitucionalmente estabelecer o regime de emprego público para o pessoal das 'agências reguladoras' , entidades nas quais justamente seria indispensável que seus servidores desfrutassem das garantias próprias do regime de cargo, estatutário" ⁴⁹.

4. Os dirigentes das Agências Reguladoras Independentes

A lei 9.986/00, de aplicação subsidiária, determina no seu art. 4º que as agências serão dirigidas por um colegiado. Em regra, têm-se adotado a forma colegiada para administração das agências brasileiras.

Nesse sistema prevalece o voto da maioria, semelhante ao que ocorre nas sociedades anônimas brasileiras.

MARÇAL JUSTEN, também professor de Direito Comercial, elenca as benesses da adoção do modelo colegiado. Segundo ele, "a composição colegiada para o órgão administrativo, com competências indiferenciadas, permite o controle recíproco interno da agência. Impede que determinados indivíduos tornem-se titulares únicos do poder de produzir certos atos(...). A pluralidade de sujeitos titulares da

competência conjunta para deliberar sobre esses assuntos neutraliza as influências políticas externas à agência"⁵⁰.

Quanto à qualificação pessoal, determina a disciplina geral que os membros deste conselho diretivo deverão ser escolhidos entre brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito na área de especialidade do cargo

4.1. *Regime jurídico aplicável aos dirigentes*

A lei geral disciplina ainda que os dirigentes, após escolhidos pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, nos termos do Art. 52, III, *f*, da Constituição Federal (*item II, 4, supra*) serão investidos no cargo com prazo determinado no ato da nomeação.

Em regra, tem-se adotado esta disciplina em todas as agências. A nomeação por prazo fixo é vital para independência das agências. Como se mostrou, esta independência, por si só, não basta para que a agência seja independente, mas, sem ela, perde-se o caráter especial das agências reguladoras.

Pode-se vislumbrar, num primeiro momento, alguma contradição com a Constituição Federal. O art. 37, II da referida Carta dispõe que a investidura em cargo público far-se-á mediante aprovação prévia em concurso público, ressalvados os cargos em comissão que são de livre nomeação e exoneração, bem como regime dos dirigentes do Banco Central, entre outros, cuja nomeação é condicionada à aprovação pelo Senado Federal.

Como se sabe, os membros dirigentes não fazem concurso público, resta portanto, à eles, a possibilidade de serem nomeados por um cargo em comissão. Ocorre que tais cargos são de livre nomeação e exoneração. E os dirigentes das agências, como se disse, tem sua nomeação condicionada à aprovação do Senado e o mandato por prazo fixo, vedada a exoneração *ad nutum*.

⁴⁹ Em *Curso de Direito Administrativo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 224.

⁵⁰ Op. cit., p. 426.

No que tange à livre nomeação não haveria maiores problemas, pois já há regra Constitucional que permite condicionar a nomeação de alguns cargos em comissão à aprovação do Senado, deixando ela de ser livre. O problema se põe com relação a vedação da livre exoneração.

4.2. *Da vedação à livre exoneração*

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO entende que "para própria caracterização da entidade como agência reguladora é fundamental a nomeação dos seus dirigentes por termo certo e mediante procedimento especial, com a prévia aprovação das indicações pelo poder legislativo, e a vedação da exoneração *ad nutum*"⁵¹.

Afora a imprecisão terminológica do autor ao falar somente em agência reguladora quando deveria falar agência reguladora independente, porquanto a vedação da exoneração é requisito para a caracterização da independência da agência e não para que esta seja reguladora, a colocação não merece reparos. Como foi salientado, uma agência reguladora, para ser independente, deve, no mínimo, oferecer aos seus dirigentes garantia contra exoneração imotivada.

Entender que a Constituição da República só vislumbra duas formas de provimento em cargo público, qual seja concurso público e cargo em comissão com livre nomeação e exoneração, como bem salienta MARÇAL JUSTEN, parece ser fruto de uma interpretação literal da redação constitucional⁵².

Uma interpretação mais acurada veria claramente que o que a Constituição apresenta são limites ao dispor que os cargos em comissão são de livre nomeação e exoneração.

O cargo de dirigente do BACEN é cargo em comissão e a própria Carta Magna impõe restrições à livre nomeação, sem que isso implique numa afronta ao sistema. Ora, nesse sentido, não se vislumbra impedimentos para que a Lei imponha

⁵¹ Op. cit., p. 341.

⁵² Op. cit., p. 428.

requisitos à livre exoneração. Se a Constituição permite a livre exoneração, não haveria porque, por meio de Lei, não se permitir a imposição de restrições à exoneração imotivada.

O texto constitucional impõe limites, dentro destes limites é permitido ao legislador infraconstitucional transitar, e oferecer mais garantias ao funcionário público, para o melhor desempenho de suas funções e o atendimento ao interesse público.

Assim entende MARÇAL JUSTEN, ao dizer que "fica evidente que a regra constitucional atinente à liberdade de provimento de cargos em comissão não implica vedação ao estabelecimento, através de lei, de restrições à autonomia para exoneração de seus ocupantes"⁵³. E conclui dizendo: "daí a possibilidade de a lei estabelecer prazos determinados de investidura em cargos em comissão, durante os quais não será admitida a exoneração livre e imotivada, sujeitando-se a demissão do ocupante do cargo à comprovação de motivos determinados"⁵⁴.

O Excelso Pretório já se manifestou neste sentido, no julgamento da Medida Cautelar pedida na ADIn nº 1949-0, em que se alega inconstitucionalidade do art. 7º da Lei nº 10.931 do Rio Grande do Sul, entendendo que condicionar a nomeação e a exoneração não viola as atribuições do Chefe do Poder Executivo, admitindo a exoneração apenas por justa causa e mediante procedimento administrativo prévio, assegurado o contraditório e a ampla defesa, ou se advier a mudança da lei instituidora da agência reguladora independente.

Tal entendimento é salutar e imprescindível para a construção de um modelo de agências reguladoras cada vez mais eficientes no exercício do seu mister, com a consequente otimização no exercício das atribuições regulatórias do Estado.

Àquele entendimento antigo, segundo o qual todos os cargos da Administração Pública deveriam ser subordinados ao Governante é fruto de uma concepção Napoleônica de Estado. Hodiernamente, cada agente público deve ter as

⁵³ Op. cit., p. 429.

⁵⁴ Op. cit., p. 433.

suas atribuições e por elas ser responsável, não se admitindo ingerências de superiores que ocupam cargos políticos e que por isso nem sempre tem conhecimento técnico para interferir na atividade do funcionário.

Assim, a investidura a prazo certo visa garantir a continuidade de orientação e a independência de ação no exercício da função pública, o que é saudável.

4.3. Da descoincidência do mandato dos diretores

A Lei Geral, bem como os recentes atos legislativos que dispõem sobre a criação das agências, têm, em regra, fixado mandatos descoincidentes para os membros do conselho diretivo.

Esta situação se opera da seguinte forma: quando da criação da agência independente, os primeiros administradores tem seus mandatos fixados com prazos diversos, de forma que estes findem em épocas diferentes. Nesse passo, os diretores sequentes, que são investidos no cargo em substituição aos primeiros, têm seus mandatos todos fixados por igual período, geralmente quatro anos (prazo maior que este se mostraria desproporcional), de modo que o termo final dos mandatos dos diretores se dará em períodos distintos.

Objetiva-se, com a descoincidência dos mandatos, que o mesmo governante não tenha a oportunidade de, no mesmo mandato, ter nomeado todos os membros do conselho de administração da agência.

Assim, diminui-se as influências de ordem política nas decisões das agências que se devem pautar, precipuamente, por critérios técnicos. Intenta-se, com isso, que os membros do conselho sejam provenientes de grupos políticos diversos e, como decorrência lógica, o fracionamento do poder.

Esta medida é vanguardista e um tanto peculiar, pois não se reconhecia até então a possibilidade estender, até o governo seguinte, o mandato do titular de um cargo em comissão.

A doutrina diverge quanto a possibilidade jurídica da descoincidência dos mandatos e sua extensão até período governamental seguinte. Isso ocorre porque, com a profusão de agências independentes, estar-se-ia diminuído o âmbito de atuação do Chefe do Poder Executivo.

MARÇAL JUSTEN FILHO entende ser salutar esta medida, posto que "quando todos os diretores têm competência equivalente e nenhum deles é dotado da possibilidade de fazer prevalecer sua opinião individual, reduz-se significativamente o risco de as decisões institucionais serem produzidas para satisfação de interesses individuais, partidários econômicos, etc"⁵⁵.

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO entende que a estabilidade no mandato dos dirigentes das agências somente se opera durante o período governamental em que foram nomeados, o contrário "seria o mesmo que engessar a liberdade administrativa do futuro Governo. Ora, da essência da República a temporariedade dos mandatos, para que o povo, se o desejar, possa eleger novos governantes com orientações políticas e administrativas diversas do Governo precedente.(...) Fora possível a um dado governante outorgar mandatos a pessoas de sua confiança, garantindo-os por um período que ultrapassasse a duração de seu próprio mandato, estaria estendendo sua influência para além da época que lhe correspondia (o primeiro mandato de alguns dirigentes da Anatel é de sete anos) e obstando que o novo Presidente imprimisse, com a escolha de novos dirigentes, a orientação política e administrativa que foi sufragada nas urnas. Em última instância, seria uma fraude contra o próprio povo"⁵⁶.

Nesse mesmo diapasão entende LEILA CUÉLLAR, dizendo que "embora se pretenda garantir a autonomia das agências também, através da limitação das hipóteses de exoneração de seus diretores, parece-nos que a impossibilidade de demissão *ad nutum* dos dirigentes das agências pelo Chefe do Poder Executivo é inconstitucional, porque, ainda que indiretamente, viola o princípio da República, ao

⁵⁵ Op. cit., p. 446.

⁵⁶ Op. cit., p. 153.

possibilitar que pessoa nomeada por um governante, porque de sua confiança, permaneça no exercício das funções para as quais foi designado durante o governo posterior". E prossegue dizendo que "a singela substituição do presidente por sujeito que apresente afinidades técnico políticas (...) não implicaria agressão à prestigiada independência das agências reguladoras"⁵⁷.

Em que pese a razoabilidade da tese defendida por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO e pela professora LEILA CUÉLLAR, somos partidários da tese que advoga pela possibilidade de o mandato dos dirigentes perdurar até o governo seguinte.

O governo eleito, apenas pelo fato de não poder nomear todo o quadro diretivo da agência, não terá suas atribuições diminuídas. Ademais, se a agência deverá atuar com real independência, porque pretende o governante ter o poder de nomear todos o conselho? Se assim o deseja é porque pretende influir na atuação do ente regulador, e se pretende influir, e o faz, este ente será apenas uma autarquia disfarçada de agência.

Sabe-se como é difícil, na atual configuração do Estado Brasileiro, se independente do Poder Executivo, nesse passo, deve-se conferir às agências todos os meios para conquistar a insuprimível independência.

Ademais, seja qual a coloração política dos conselheiros das agências, o Chefe do Poder Executivo, porque chefe do Poder onde as agências estão topologicamente inseridas, terá, por óbvio, poder de fixar as diretrizes que pautarão o mister das agências. Se se pretende que o conselho tenha uma heterogeneidade política na sua composição é para evitar relações promiscuas com o executivo, onde a lei e a técnica não sejam os únicos critérios norteadores da atividade normativa.

5. Da ausência de vinculação administrativa - não cabimento de recurso hierárquico impróprio

⁵⁷ Op. cit., pp. 100 e 101.

De especial importância é a questão de se saber se as decisões das agências reguladoras se sujeitam à revisão por parte da Administração Central (Conselho que atua no setor, Ministério ou Presidência da República, se for agência federal).

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO entende que "dado que as autarquias são pessoas jurídicas distintas do Estado, o Ministro supervisor não é autoridade de alçada para conhecer recurso contra seus atos, pois inexiste relação *hierárquica* entre este e aquelas(...) Assim, só poderia caber o chamado recurso hierárquico impróprio, isto é quando previsto na lei própria da autarquia (ou em alguma outra lei)"⁵⁸.

Acatando o ensinamento do d. professor, e passando à análise dos diplomas legais aplicáveis não se encontrou previsão da existência dos referidos recursos contra as agências, pelo que afirma-se não haver possibilidade de revisão das decisões das agências reguladoras por outros órgãos da Administração⁵⁹.

Algumas leis criadoras de agências fazem menção expressa da não existência de recurso hierárquico, outras no entanto, silenciam. Mas segundo ALEXANDRE ARAGÃO, "o que se deve notar é que pouco importa se nesta ou naquela agência está ou não expressamente excluída a interposição de recurso hierárquico impróprio. Como já visto, não é a sua vedação que deve ser expressa, mas sim a sua admissão". E prossegue dizendo que "ademais, a admissão de recursos hierárquicos impróprios deitaria por terra todo o arcabouço institucional traçado pelo ordenamento jurídico para as agências reguladoras, tornando inócua, por exemplo, a vedação de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes. O espírito da disciplina destas entidades, que é justamente o de afastá-las das injunções político-eleitorais fugazes e casuísticas, restaria totalmente corrompido se o Ministro ou o Presidente da República pudesse a qualquer momento impor caso a caso a sua vontade"⁶⁰.

⁵⁸ Op. cit., p. 142.

⁵⁹ Nesse sentido, confirma-se LEILA CUÉLLAR, op. cit., p. 103.

⁶⁰ Op. cit., pp. 347 e 349.

Capítulo V - O Problema da Autonomia Econômico-Financeira

Todo arcabouço referente a autonomia estrutural da agência por si não é capaz de conferir a almejada independência às agências reguladoras. É preciso, aliado a isso, atribuir às agências uma certa autonomia financeira e orçamentária, sem a qual o risco de uma intromissão política na sua atividade cresce consideravelmente.

Aludindo-se às lições de SILVIO SPAVENTA, ALEXANDRE SANTOS ARAGÃO "observa que para uma pessoa jurídica ser autônoma deve, além de arcabouços organizacionais adequados, possuir as seguintes características: '1- que determine o próprio orçamento; 2 - que as despesas obrigatórias que possuam não dependam do arbítrio de quem quer que seja, mas que derivem da lei ou dos próprios estatutos'"⁶¹.

Todavia, esta necessidade de se ter recursos próprio não implica na necessidade de se adotar um regime de direito privado, que vise a captação de recursos nos moldes das empresas privadas. E, sobretudo, implica na impossibilidade de objetivar o lucro, porque incompatível com a sua finalidade, qual seja a de atender ao interesse público. A submissão a um regime de direito privado seria tão prejudicial quanto a dependência de outros órgãos da Administração no que tange a questão financeira.

Diante disso, uma série de indagações se nos apresentam, porquanto é preciso definir de onde provirão os fundos que garantirão o orçamento das agências.

1. As vedações quanto à captação de recursos

O já exaustiva, mas nunca suficientemente citado Prof. MARÇAL JUSTEN entende que é vedada a captação de recurso por via contratual, no seus dizeres, é interdito às agências " 'vender' serviços no mercado e receber 'preço' pelas atividades regulatórias desenvolvidas. Por igual não poderia prestar "assessoria" a

entidades privadas, explorando comercialmente seus conhecimentos relativos ao setor regulado"⁶².

Do mesmo modo, às agências, lhes é vedado a cobrança de tarifas das empresas reguladas, bem como dos usuários pelo exercício de suas funções legais.

Tarifa é forma de remuneração característica dos concessionários de serviço público, como as concessionárias de rodovias que cobram o pedágio⁶³. Os entes reguladores não prestam serviço público, apenas o regulam. Sua função é de regulação de um setor específico, cabendo aos entes regulados a prestação de serviço (caso se trate de uma agência reguladora de serviço público). Não se admite que a função regulatória seja exercida mediante o adimplemento de tarifas

2. Da percepção de recursos

Sinteticamente, a Professora LEILA CUÉLLAR leciona que "no que tange à autonomia financeira dos entes reguladores, observa-se que o legislador buscou proporcionar-lhes, além das dotações orçamentárias gerais, outras fontes de receitas próprias, como os recursos oriundos de (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 lhes forem destinados, (f) valores apurados na venda ou aluguel de bens móveis ou imóveis de propriedade das agências"⁶⁴.

3. Do controle orçamentário

⁶¹ Op. cit., pp. 331 e 332.

⁶² Op. cit., p. 473.

⁶³ Sobre o tema, vide parecer de C.A. BANDEIRA DE MELLO em *Decisões e Pareceres Jurídicos sobre Pedágio* – ABCR, Organizadora LETÍCIA QUEIROZ DE ANDRADE, 1ª ed., Sapucaia do Sul, Notadez Informação Ltda., 2002.

Além das taxas regulatórias, outra fonte importante de financiamento da atividade das agências é a alocação de recursos orçamentários do pessoa política na qual estiver localizada. É bem sabido que depender dos recursos do orçamento reduz sensivelmente a autonomia, todavia, é salutar que isto ocorra, em nome do princípio da unidade orçamentária.

Assim, quando da elaboração do orçamento, o Poder Executivo fará uma previsão das despesas e receitas das agências, que é enviada ao Congresso Nacional. No Congresso, após muita barganha política, é feita a partilha dos recursos. Num segundo momento, à época da execução da lei orçamentária, alguns percalços, como crises, situações emergenciais, ou até mesmo contenção de gastos podem ocorrer e os recursos antes partilhados podem ser redistribuídos para outros setores, de acordo com a necessidade.

Nesse diapasão, ALEXANDRE ARAGÃO faz uma sugestão, que consideramos insatisfatória, para a manutenção da autonomia face ao princípio da unidade orçamentária. Segundo ele, deveria ser lícito às agências "apresentarem à Administração central apenas uma previsão de suas receitas e despesas, fazendo, posteriormente, *de per se*, as necessárias especificações e distribuições entre seus órgãos internos. As agências disporiam, desta forma, de autonomia para, observado o princípio da unidade orçamentária, elaborar seu orçamento e alocar os recursos como melhor lhes conviesse" ⁶⁵

Esta sugestão é, como se disse, insuficiente, visto que os problemas de clientelismo se verificam na fase de execução da lei orçamentária, e não na sua elaboração.

Ocorre que não há critérios definidos para esta redistribuição de recursos, que é feita de forma discricionária. Essa prática pode ensejar um risco à autonomia das

⁶⁴ Op. cit., p. 94.

⁶⁵ Op. cit., p. 334.

agências que, caso desagrade o poder político, pode sofrer sanções de ordem econômica.

Na visão de MARÇAL JUSTEN "a ampliação da autonomia da agência dependeria da possibilidade de atribuição de verbas, realizada de modo a excluir condicionamentos ou interferências por outros órgãos estatais. A solução consiste em assegurar às agências a percepção de receitas em virtude do exercício de suas competências, de modo a propiciar-lhes a obtenção dos recursos que lhes assegurem uma espécie de *auto-suficiência* econômico-financeira"⁶⁶.

Vale ressaltar que esta *auto-suficiência* não importa em isentar as agências da submissão à lei e aos princípios orçamentários, bem como do controle na execução do seu orçamento, na esteira do que ocorre com o Ministério Público e, até mesmo, o Tribunal de Contas.

4. A questão das "Taxas Regulatórias"

A doutrina não é pacífica ao determinar a natureza jurídica das chamadas taxas regulatórias⁶⁷ ou taxas de polícia⁶⁸. A controvérsia é interessante na medida em que se se considerar tais 'taxas' com tributos, estarão insertas nas limitações constitucionais ao poder de tributar.

4.1. *A visão de* MARCOS JURUENA VILELA SOUTO

MARCOS JURUENA VILELA SOUTO assume uma posição contratualista, dando para as referidas taxas uma natureza obrigacional. Ele leciona que "de fato, *data venia* dos entendimentos em contrário, assiste razão à conclusão de que a taxa de

⁶⁶ Op. cit., p. 476.

⁶⁷ Expressão utilizada por ALEXANDRE ARAGÃO, op. cit., p.332.

⁶⁸ Termo cunhado por MARÇAL JUSTEN FILHO, op. cit., p.478.

regulação não é um tributo; não há prestação de serviço público - que é executado pelos concessionários e permissionários - nem exercício de poder de polícia"⁶⁹.

O sobredito autor pondera que a remuneração percebida pelas agências seria fruto de um acordo de vontades entre esta e o particular que obteve a concessão de determinado serviço, "cabendo ao contratado, por encargo contratual, previamente autorizado por lei, custear as despesas com o controle e a fiscalização dos serviços"⁷⁰. Ou melhor, a remuneração decorrente do exercício das competências regulatórias das agências perante os entes regulados decorreria de um acordo entre os envolvidos, como se os entes regulados estivessem na condição de optar em serem ou não fiscalizados.

Tal posição não merece guarida. Sujeitar-se a regulação e ao pagamento das taxas regulatórias independe da vontade do ente regulado, paga-se porque é regulado. É uma atividade estatal inescapável. Com propriedade, MARÇAL JUSTEN determina que "não se aceita tal concepção, especialmente quando a remuneração se vincular a uma atividade estatal indisponível e sua exigência não depender da concordância do particular - mas derivar do puro e simples exercício de competências estatais"⁷¹.

4.2. *A proposta de MARÇAL JUSTEN FILHO*

A respeito deste tema, a posição de MARÇAL JUSTEN é bastante diversa, porém mais acertada. Segundo ele, "a taxa consiste num tributo vinculado, o que significa que contempla, em sua hipótese de incidência, a descrição abstrata de uma atuação estatal referida direta e imediatamente ao contribuinte"⁷².

⁶⁹ Em *Desestatização, Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 460.

⁷⁰ Op. cit., p. 461.

⁷¹ Op. cit., p. 475.

⁷² Op. cit., p. 478. Nesse LUÍS ROBERTO BARROSO leciona que "salvo nas hipóteses em que o Estado é o titular do bem ou do serviço que passa a ser utilizado ou prestado pelo particular,

O art. 145, II da CF apresenta duas espécies de taxa. Uma delas, que na visão do Prof. MARÇAL, não se aplica às agências porque atinente a prestação direta do serviço público ao usuário, como o pedágio nas rodovias. Como se viu, regulação não é serviço público e sim uma função pública, de modo que apenas a segunda espécie, a taxa relacionada ao poder de polícia é aplicável ao caso.

Assim, a lei que instituiu a regulação, portanto a atividade de polícia, pode instituir a taxa destinada ao custeio desta atividade, sendo ela o sujeito ativo da taxa, numa situação de parafiscalidade.

Quanto a estipulação do valor das taxas, deve-se acurar de que elas têm caráter ressarcitório, ou seja, são a contra-prestação de uma prestação levada a cabo pelo Estado, de modo que o referencial para a fixação do seu valor são as despesas com a atividade regulatória, e não a capacidade contributiva do ente regulado.

4.3. *A posição de* ALEXANDRE SANTOS ARAGÃO

Este autor faz uma divisão não empreendida pelos outros autores, diferenciando a regulação de serviços públicos da regulação da atividade econômica em sentido estrito.

Na sua concepção, a remuneração percebida pelas agências reguladoras de serviço público "não se trata de taxa propriamente dita, uma vez que a agência não exerce poder de polícia sobre os concessionários, mas sim um dever de fiscalização, fulcrado no contrato de concessão, inerente ao Poder Concedente ou titular do monopólio ou do bem (...). Em que pese opiniões em sentido diverso, o poder de polícia incide apenas sobre atividades privadas, não sobre serviços, monopólios ou bens públicos, que, como sabemos, são, ainda que explorados por particulares, de titularidade estatal"⁷³.

cobranças destinadas a custear o serviço de fiscalização dificilmente poderão deixar de ter natureza tributária".(op. cit., p. 10).

⁷³ Op. cit., p. 332.

Por outro lado, quando se tratar de agência reguladora de atividade econômica em sentido estrito, podem-se cobrar taxas propriamente ditas "quando a sua exação visar somente à justiça fiscal correspondente à atividade de fiscalização desempenhada pela agência (...)"⁷⁴.

⁷⁴ ALEXANDRE ARAGÃO, *op. cit.*, p. 333.

Capítulo VI - A Questão da Autonomia Funcional (O Poder Normativo)

As agências reguladoras, como autarquias que são, exercem inúmeras funções, grande parte delas bastante similares às funções levadas a efeito pelas demais autarquias brasileiras. Por esse motivo, o presente estudo se ocupará das funções peculiares das agências que são a edição de normas e a resolução de conflitos.

Neste espectro, um tema de grande relevo, e que tem causado intermináveis debates, é a questão da autonomia normativa das agências reguladoras. É fato que alguma autonomia ela deve possuir, visto que esta é a razão da sua existência. ALEXANDRE ARAGÃO entende que, com relação à autonomia normativa, "é difícil imaginar um ente autônomo que não a possua em alguma medida, por mais restrita que seja. A amplitude normativa certamente pode variar, mas sempre existirá"⁷⁵.

Cabe-nos, portanto, perquirir sobre o alcance deste poder normativo, bem como avaliar a sua constitucionalidade.

1. Competência normativa abstrata

A competência normativa das agências pode ser cingida em abstrata e concreta. Aquela diz respeito o poder conferido às agências de gerar normas gerais e abstratas que obriguem, facultem ou proíbam, enquanto esta diz respeito ao poder de formular normas individuais e concretas⁷⁶.

Antes de iniciarmos o estudo do poder normativo das agências, cabe aqui algumas breves considerações sobre o que seja norma jurídica e no que ela difere da lei.

⁷⁵ Op. cit., p. 315.

⁷⁶ Esta divisão é adotada por MARÇAL JUSTEN FILHO, op. cit., p. 483 e ss. Para conferir um critério diverso de divisão, tratando da competência normativa de acordo com a natureza da atividade regulada confira-se ALEXANDRE SANTOS ARAGÃO, op. cit., p. 383 e ss.

1.1. Esclarecimentos preliminares: A distinção entre Norma Jurídica e Lei

O festejado Prof. MARÇAL JUSTEN conceitua norma jurídica como sendo simplesmente a "disciplina socialmente imposta à conduta intersubjetiva, cuja eficácia é respaldada pelo poder político"⁷⁷. Disso extraímos que qualquer determinação que seja corroborada pelo poder político e que discipline a conduta humana é uma norma jurídica.

As estrutura das normas compreendem uma hipótese de incidência e um mandamento. Qualquer ato praticado pelo homem que se incida sobre aquela hipótese anteriormente prevista ensejará a aplicação do mandamento.

As normas se manifestam de diversas formas, a lei é apenas uma delas, daí poder-se dizer que norma jurídica é um conceito mais amplo do que lei. Diante disso, temos, por curial, que competência normativa e competência legislativa são situações distintas, embora a geração de uma lei seja também a geração de uma norma jurídica.

Mais uma vez nos valemos das lições de MARÇAL JUSTEN que nos ensina que "a competência normativa consiste no poder de produzir normas de conduta, em virtude da qual são gerados comandos destinados a regular a conduta intersubjetiva. A competência legislativa configura-se como o poder de produzir normas jurídicas de cunho legislativo"⁷⁸.

Assim, a competência legislativa é a aptidão de produzir leis. Já a competência normativa é a competência para produzir normas jurídicas, que tem na lei uma de suas manifestações.

1.2. Formas de expressão das Normas Jurídicas

⁷⁷ Op. cit. p. 483.

⁷⁸ Op. cit. p. 485.

Se é verdade o que foi dito, que as normas jurídicas são disciplinas que pautam a conduta intersubjetiva e que tem como ponto de sustentação o poder político, podemos extrair que o contrato, a sentença, e também o regulamento, são, também normas jurídicas.

O contrato, instrumento de direito privado, bilateral, obriga a partes participantes do pacto. Em regra, este instrumento é uma manifestação de normatização concreta e individual, porque obriga apenas as partes envolvidas. Sem embargo de ser factível que hodiernamente, como o Estado se valendo deste instrumento no seu mister, a concretude e individualidade deste instrumento fica abalada. Não obstante, em regra, obriga apenas os contratantes.

A sentença, ato estatal emanado pelo poder judiciário, também é norma individual e concreta, atingindo apenas os participantes da relação jurídica processual. Todavia, vale aqui o que se disse para os contratos, porquanto há sentenças que têm eficácia *erga omnes*, mas geralmente obrigam apenas os litigantes.

Já o regulamento é ato estatal de cunho geral e abstrato, emanado por quem tem competência administrativa.

A lei, ato estatal emanado de quem tem competência legislativa, sempre teve supremacia sobre todas as demais manifestações de normas jurídicas. Todavia, com os contratos fixando normas gerais e abstratas, as sentenças constantemente obrigando sujeitos alheios a relação processual e com os regulamentos sendo cada vez mais utilizados pelo poder legislativo para especificar matérias que exigem conhecimento de ordem eminentemente técnica, e que por isso escapam ao alcance do Legislativo, pela sua própria composição, a supremacia absoluta da lei foi abalada.

2. Ainda a Teoria da Tripartição dos Poderes

Essa supremacia, até então conferida à lei, em relação as outras figuras normativas é decorrência direta da teoria da Tripartição do Poder pensada por MONTESQUIEU.

Criada para servir às exigências de um estado liberal, responsável apenas pela segurança e pelo comércio exterior, essa teoria determinava a separação do poder estatal em três. Ao Poder legislativo, porque formado por sujeitos representantes das mais diversas camadas sociais, cabia fazer a lei. Ao executivo, por sua vez, cabia aplicar a lei de ofício.

O Prof. CLÉMERSON CLÈVE capta, com lucidez, que "nesse sistema, não é difícil entender que a técnica da separação dos poderes, tal como formulada por MONTESQUIEU, funcionava perfeitamente, além de alcançar uma utilidade incontestável"⁷⁹.

Ocorre que, com a transição para o Estado Social, e hoje para o Estado Regulador, e com a evolução do capitalismo, um grande número de atribuições, inexistentes à época de MONTESQUIEU, e que, por isso mesmo, sequer foram ventiladas, foram acometidas ao Poder Executivo, de modo que apenas aplicar a lei de ofício já não basta para que atue satisfatoriamente.

ALEXANDRE ARAGÃO argumenta que "se retirarmos o caráter dogmático e sacramental impingido ao princípio da separação dos poderes, ele poderá, sem perder a vitalidade, ser colocado em seus devidos termos, que o configuram como mera divisão das atribuições do Estado entre órgãos distintos, ensejando uma salutar divisão de trabalho e um empecilho à geralmente perigosa, concentração das funções estatais"⁸⁰.

Nas palavras de CLÉMERSON CLÈVE "o indivíduo necessita do Estado para tudo: para o suprimento de energia elétrica, de água, para o programa de habitação, emprego, política salarial, transporte, saúde, previdência, educação. O Estado é o pai

⁷⁹ Em *Atividade Legislativa do Poder Executivo*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2000, p. 35.

⁸⁰ Op. cit. p. 371.

de que tudo se cobra e do qual tudo se espera"⁸¹. E note-se que a todos estes reclames cabe ao poder executivo responder, pelo que, nada mais natural que para o adimplemento destas atribuições houvesse um implemento de competências.

Assim, entra em crise a supremacia da lei, enquanto ato do legislativo, sobre o regulamento, ato do executivo. No dizer de MARÇAL JUSTEN FILHO, "desenvolveram-se instrumentos de ampliação de competência normativa do Poder Executivo. Por via de manifestações unilaterais da atuação do executivo, tornou-se viável a geração de normas obrigatórias de feição claramente legislativa"⁸².

Com isso, é posta em dúvida a supremacia do Poder Legislativo, frente aos outros poderes constitucionais. A evolução do paradigma estatal põe em xeque a divisão clássica de poderes e seus desdobramentos.

No parecer de MARÇAL JUSTEN FILHO, "verificou-se a evolução espontânea da ordem política e jurídica, a qual não pode ser detida (embora possa ser influenciada) por teses teóricas. Assim, a crise se instalou pela diferença entre a teoria e a realidade, produzida pela evolução dessa sem a consideração daquela"⁸³.

Dessas palavras se depreende que o direito deve evoluir no compasso da dinâmica social. Não se quer, todavia, dizer que dispositivos constitucionais podem ser violados em privilégio do processo evolutivo. Objetiva-se, pelo contrário, imbuir o intérprete da missão de extrair da Carta Magna as respostas pedidas pelo tempo presente, sem que isso implique num casuísmo.

ALEXANDRE ARAGÃO afirma que "as competências complexas das quais as agências reguladoras fortalecem o Estado de Direito (...), atenuado a concentração de poderes na Administração Pública central, alcançam, com melhor proveito, o escopo maior - não meramente formal - da separação de poderes (...)"⁸⁴.

Sem embargo, se é verdade que a Constituição Federal deve atender os anseios do seu tempo, também é verídico que o ordenamento jurídico deve ser

⁸¹ Op. cit. p. 43.

⁸² Op. cit. p. 489.

⁸³ Op. cit. p. 491.

⁸⁴ Op. cit. p. 375 e 376.

protegido das conveniências políticas, para que as leis governem, não os homens. Assim, entende o Professor Romeu Bacellar ao dizer que o Princípio da Legalidade "expressa a idéia da lei como instrumento mais apropriado para definir o regime de certas matérias (princípio da prioridade e prevalência da lei, princípio da reserva da lei) e de 'instrumento de vinculação jurídico constitucional da Administração"⁸⁵.

3. Atividade normativa secundária: Os Regulamentos

3.1 *Competência para editar regulamentos*

O centro do embate doutrinário é a possibilidade ou não da edição de regulamento autônomo no direito brasileiro, contudo, a discussão se inicia bem antes, com relação a competência para editar regulamentos.

O ínclito professor C.A. BANDEIRA DE MELLO entende que regulamento designa um ato com *virtualidade jurídica* própria, e que não se confunde com outros atos normativos do Poder Executivo, tendo, com estes, em comum apenas o caráter geral e abstrato e as circunstância de serem expedidos por órgão diverso daquele que tem como incumbência a produção de lei⁸⁶.

Nesse sentido, regulamento não se confundiria com resoluções, portarias, instruções e outras qualificações jurídicas do gênero. C.A. BANDEIRA DE MELLO conceitua regulamento como sendo "ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à **execução de lei**, cuja aplicação demande atuação da Administração Pública"⁸⁷.

Entendimento diverso é adotado por LEILA CUÉLLAR, pois, segundo ela, "é imperioso observar que, embora os artigos 84, IV, e 87, II da Constituição Federal

⁸⁵ Em *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*, 1ªed., São Paulo, Max Limonad, p.156.

⁸⁶ Op. cit. p. 303.

⁸⁷ Op. cit. p. 305. (grifo do autor).

atribuam competência ao Presidente da República e aos Ministros de Estado para expedir decretos regulamentos e instruções para fiel execução das leis, o exercício de função regulamentar não é exclusivo daquelas autoridades (...) O rol apresentado pelo texto constitucional não é exaustivo"⁸⁸.

A professora reforça a sua posição dizendo que "no mesmo diapasão, CAIO TÁCITO pondera que "... se o poder regulamentar é em princípio e predominantemente exercido pelo Presidente da República, em razão da sua competência constitucional, nada impede - antes em determinadas circunstâncias - aconselha - possa a lei habilitar outras autoridades à prática do poder normativo"⁸⁹.

Partilhando do entendimento da nobre professora, ALEXANDRE SANTOS ARAGÃO entende que "muitas vezes a lei confere poder regulamentar a Titular de órgão ou a entidade da Administração Pública distinta da Chefia do Poder Executivo"⁹⁰.

Em que pese o respeito que nutrimos pelos eminentes autores supracitados, entendemos que a discussão é destituída de maior significado. O conflito, ao nosso ver, é de índole terminológica.

Os partidários da tese de que o poder de editar regulamento não é exclusivo do chefe do executivo tratam poder normativo e poder regulamentar como sinônimos, o que não é de bom alvitre. Poder normativo é aptidão para editar normas, poder regulamentar é a aptidão de editar regulamentos. Norma e regulamento não são sinônimos, logo poder regulamentar e poder normativo também não o são.

A lição de CLÉMERSON CLÈVE lança luz sobre o tema, pois "afinal, em outros sistemas jurídicos, o regulamento não é mais do que o ato normativo baixado pela Administração Pública. Tal não ocorre no Brasil. Regulamento, em nosso país, visto o conceito no sentido estrito, é apenas ato normativo secundário editado pelo Chefe

⁸⁸ Op. cit. p. 116.

⁸⁹ Op. cit. p. 117.

⁹⁰ Op. cit. p. 381.

do Executivo. Se o ato decorre de qualquer outra autoridade, já não mais corresponde à idéia constitucional de regulamento"⁹¹.

Insofismável, por conseguinte, que regulamento é ato do Chefe do Poder Executivo. Evidente, também, que autarquias e outros entes da Administração Pública possuem poder normativo secundário. Mas indiscutível que tais entes e autarquias não podem editar regulamentos. Portanto, as Agências reguladoras, ainda que não possuam poder regulamentar, possuem poder normativo.

4. Os Regulamentos Autônomos

A disputa sobre a existência de regulamento autônomo no Brasil é bastante antiga, mas recentemente readquiriu notoriedade em razão da implantação do modelo de agências reguladoras independentes.

Entende-se por regulamento autônomo o ato regulamentar do Chefe do Poder Executivo que tem a aptidão de inovar a ordem jurídica nas matérias onde é permitido. Isso importa numa partilha de competência normativa entre o Executivo e o Legislativo.

4.1. *Da inexistência desta figura no Direito Brasileiro*

Embora alguns juristas brasileiros abracem tese favorável a admissão do regulamento autônomo no direito brasileiro, refuta-se veementemente tal entendimento. Partilha-se da opinião de que os regulamentos estão subordinados à lei, e somente podem ser editados "na forma da lei" e para seu fiel cumprimento.

C. A. BANDEIRA DE MELLO corrobora deste entendimento ao dizer que "esta característica faz com que o regulamento não possa contrariar a lei e firma seu caráter subordinado a ela"⁹². Na mesma toada, CLÉMERSON CLÈVE reflete que "se os

⁹¹ Op. cit. p. 271.

⁹² Op. cit. p. 306.

regulamentos de organização devem ser editados 'na forma da lei', é porque não podem ser introduzidos independentemente da lei"⁹³.

4.2. *Partidários da possibilidade de edição de regulamentos autônomos*

Diversos autores usam eufemismos para, de alguma forma, defender a possibilidade de edição de regulamentos autônomos na ordem constitucional brasileira.

ALEXANDRE SANTOS ARAGÃO entende que "as leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de - ao estabelecer finalidades e parâmetros genéricos - propiciar, em maior ou menor escala, o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente"⁹⁴. E concorda com o autor italiano SILVANO LABRIOLA, citando-o, na passagem em que este observa que "a autoridade independente possui uma discricionariedade consideravelmente ampla conferida pela lei para preencher os espaços por ela deixados e para desenvolver os princípios nela estabelecidos. A normatização da autoridade teria, nesta hipótese, de fato, força primária"⁹⁵.

EROS ROBERTO GRAU entende que há uma permissão constitucional implícita para edição de regulamentos autônomos e diz que "a sua emanção é indispensável à efetiva atuação do executivo em relação a determinadas matérias, definidas como de sua competência"⁹⁶.

No mesmo sentido, LEILA CUÉLLAR determina que "com todo respeito àqueles que pensam ao contrário, já se ultrapassou o momento histórico de uma 'aceitação' ou 'negativa' ao poder regulamentar autônomo, sem um espaço entre as duas conclusões. Em verdade a principal preocupação que deve ser desenvolvida

⁹³ Op. cit. p. 294.

⁹⁴ Op. cit. p. 406.

⁹⁵ Op. cit. p. 409.

⁹⁶ Em *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, s.e., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 188.

pela doutrina não está na simples resposta positiva ou negativa a algo que faz parte do cotidiano jurídico brasileiro, mas a tentativa de construção de um conjunto hermenêutico que busque, antes do que 'legitimar' a existência de regulamentos autônomos, desenvolver um leque de controle de tais atos" ⁹⁷.

A despeito da admiração que devotamos a estes professores, entendemos que toda argumentação, por eles desenvolvida, no sentido de fazer prosélitos da possibilidade de se utilizar o regulamento autônomo olvidou-se de apenas um espectro: a Constituição Federal.

Tais autores buscaram na evolução da economia, do Estado, da teoria da separação de poderes o discurso legitimador da utilização do regulamento autônomo, mas esqueceram-se que a ordem jurídica brasileira é regida por uma Constituição rígida. Se o mundo mudou e por isso se pretende reformar a Administração, vá lá, mas esta reforma deve ter como baliza a Constituição. Se a Constituição não permite a reforma querida, ou não se reforma, ou, primeiro se reforma a Constituição e depois a Administração. Abandonar a Constituição, simplesmente porque suas disposições não são convenientes ao "nosso tempo", é inadmissível.

LEILA CUÉLLAR propõe que abandonemos a discussão sobre os regulamentos autônomos e que concentremos esforços em legitimar sua utilização. Ora, isso implica em dizer que mesmo os que são contrários à tese dela, que é de defesa do regulamento autônomo, porem de defender suas posições contrárias e que preocupem-se em controlar o uso deste regulamento.

Fazer isso seria o mesmo que aceitar a possibilidade do referido regulamento. Se o embate é justamente sobre a possibilidade de se editar regulamento autônomo, como é que os que entendem que eles são inconstitucionais poderão concentrar esforços para legitimar sua utilização?

O hermeneuta não pode, sabendo que a Constituição não permite os regulamentos autônomos, fazer ginástica intelectual para justificar sua utilização.

⁹⁷ Op. cit. p. 123.

Tampouco pode ignorar a questão da constitucionalidade de uma medida com o raciocínio de que já que ela é usado em larga escala, que se criem meios para controlá-las.

Ora, se nem o controle de constitucionalidade foi respeitado, qual outro controle que o intérprete acha que poderá criar?

MARÇAL JUSTEN explana brilhante e sinteticamente que "talvez se possa, ao longo do tempo e em face de eventuais inovações institucionais, ampliar o espaço para regulamentos autônomos. Não se pode, no entanto, concordar com a asserção de sua difusão na ordem jurídica vigente" ⁹⁸

4.3. *Posição Jurisprudencial*

Ampla maioria da jurisprudência entendem não ser possível a edição de regulamento autônomo no direito brasileiro. Emblema desta posição é o julgado do STF na ADIn nº 561-8 DF, o qual diz que "se o ato regulamentar em questão desatender as prescrições legais, ou ultrapassa, em extensão, os comandos que lhe são inerentes, estar-se-á em face de uma questão de mera legalidade, e não de ofensa direta ao parâmetro constitucional invocado".

5. A dificuldade de determinação da real competência normativa abstrata das Agências - A posição de MARÇAL JUSTEN FILHO

É bastante difícil especificar qual seja a real competência normativa das agências reguladoras. MARÇAL JUSTEN FILHO, expoente do Direito Administrativo Brasileiro atenta para esta dificuldade dizendo que "a definição exata dos limites da competência normativa abstrata das agências é problemática - tal como se passa a

⁹⁸ Op. cit. p. 502.

propósito da questão geral da competência regulamentar do Executivo. Algumas aproximações podem ser feitas"⁹⁹.

Como se sabe, o princípio da legalidade, baliza das atividades do Administrador Público, permite somente à lei a inovação da ordem jurídica. Isso acarreta na impossibilidade de as agências exercerem seu poder normativo para gerar norma que não esteja delineada legislativamente.

Às agências, se permite tão somente completar o espaço em branco deixado pela lei, a qual deve conter apenas uma descrição sumária da hipótese e do mandamento, cabendo às autoridades reguladoras completar este enunciado.

MARÇAL JUSTEN levanta a necessidade da prévia descrição sumária em lei das hipóteses e dos mandamentos para a posterior complementação feita pelas agências, ao dizer que "a relevância dos valores envolvidos em face da ordem constitucional demanda a utilização do instrumento legislativo. Apenas se pode admitir a outorga de discricionariedade quando essa se revelar a solução mais compatível com a ordem jurídica, sem possibilidade de configuração de alternativa menos nociva à sistemática da separação de poderes" ¹⁰⁰.

Não se quer, com isso, admitir que, à lei, é lícito instituir apenas *standards* - modelos normativos com alto grau de abstração e generalidade, deixando-se todo o resto para a Administração Pública, porquanto isso implicaria numa delegação legislativa, o que, como se sabe, não é postura albergada na Constituição Federal". Afinal, uma autarquia, simplesmente por se configurar como agência reguladora, não pode receber a titularidade de poderes normativos cuja atribuição ao Presidente da República seria reputada inconstitucional. Uma agência reguladora não é titular de *maiores* competências do que o Chefe do Poder Executivo" ¹⁰¹.

⁹⁹ Op. cit. p. 522. Aliás, é oportuna a lição do nobre professor, pois Uma tentativa de aproximação do que seja a competência normativa abstrata das autoridades independentes calha à fiveleta com o objetivo e com as limitações deste trabalho monográfico.

¹⁰⁰ Op. cit. p. 523.

¹⁰¹ MARÇAL JUSTEN FILHO, op. cit. p. 525.

5.1. A questão da discricionariedade técnica

Há quem defenda o poder normativo das agências utilizando-se do critério de discricionariedade técnica. Segundo essa proposta, caberia ao administrador, e não ao legislador, regular as matérias que fossem de ordem eminentemente técnico-científicas, e esse seria o exato limite da competência normativa das agências, qual seja as questões técnicas.

A sobredita teoria peca no sentido de vislumbrar que, na atuação normativa das agências, as decisões a serem tomadas seriam somente de ordem técnica, desvinculada de opções políticas. Com efeito, se há espaço na atuação das agências sob o império da técnica, esse espaço é muito restrito. A maior parte da atividade das agências é diretamente influenciada por opções políticas, dizer o contrário seria aderir a uma concepção positivista de ciência.

A ANATEL, ao fixar que só após cumprida uma meta, uma certa operadora poderá explorar uma determinada área, não faz isso somente baseada em razões técnicas. Há nessa decisão muito de política de desenvolvimento de setores, de universalização do serviço.

Os critérios de decisão são técnicos, mas também são políticos, assim, cabe aos outros órgãos e poderes do Estado exercerem um controle sobre as agências e evitar que sob o manto da discricionariedade a agência usurpe a função legislativa.

5.2. As situações estatutárias

O professor MARÇAL JUSTEN aponta que há situações em que, pela vinculação direta do Estado com o particular, o Executivo possa titularizar a competência normativa abstrata.

Assevera o mestre que "a organização social comporta a existência de determinados grupos, estruturados estavelmente tendo em vista determinada

condição ou qualidade (...). Em decorrência dessa estabilidade organizacional, o grupo recebe um tratamento jurídico homogêneo e uniforme"¹⁰².

Casos em que estas situações estatutárias são verificadas são o dos funcionários públicos e das instituições financeiras. Tais grupos recebem tratamento jurídico isonômico porque se igualam.

O tratamento, somente por via de lei, estes grupos se verificou inconveniente porque a dinamicidade e as peculiaridades tornaram insuficiente o tratamento por via legislativa. A solução, aponta MARÇAL, "era a atribuição de competências discricionárias para o Estado intervir e editar atos específicos, a qualquer momento, impondo a solução necessária e compatível com as peculiaridades observadas"¹⁰³.

Do que se extrai que se a lei autorizar, as agências poderão receber uma dose de competência discricionária em setores específicos, para exercitar escolhas relativamente autônomas dentro dos padrões estabelecidos em lei.

6. Conclusões sobre o tema da Competência Normativa

O STF apreciou liminarmente a ADIn nº 1.668 e entendeu como constitucionais os dispositivos que conferem poder normativo à ANATEL. Ocorre que neste julgamento, a tese da constitucionalidade teve apertada maioria, o que é indício da complexidade da questão.

MARÇAL JUSTEN FILHO, diferentemente de ALEXANDRE ARAGÃO que parece mais empolgado com a instituição das agências reguladoras, alerta para o fato de que há espaço para conferir uma certa competência normativa às agências "mas há limites a essa reordenação estatal. Para promover certas alterações radicais, far-se-á necessária alteração substancial e relevante do regramento constitucional.(...) A alteração de um projeto de Estado de Bem-Estar para um Estado Regulatório não pode afetar a partilha de competências normativas consagradas

¹⁰² Op. cit. p. 532.

¹⁰³ Op. cit. p. 534.

constitucionalmente(...) Somente por via de reforma constitucional seria possível atribuir competências legiferantes a entidade autônoma tal como uma agência. Enquanto se mantiver a atual estrutura constitucional, o máximo que se poderá produzir será a *reordenação* de competências caracteristicamente executivas"¹⁰⁴.

Por fim, e como se viu, as considerações aqui feitas são apenas ilustrativas. Não se ambiciona, diante das limitações deste trabalho, esgotar o tema. Antes, quer-se deixar a questão em aberto, para que a sedimentação do instituto aponte os caminhos a serem seguidos.

7. A composição de litígios entre particulares

O breve apanhado competência das agências de mediar conflitos entre sujeitos envolvidos com a regulação (consumidores do serviço, poder concedente, concessionários, além da comunidade e outros agentes) deve ser iniciado com o alerta para o princípio constitucional da inafastabilidade, segundo o qual o judiciário não se afasta de apreciar lesão ou ameaça a direito. Disso se extrai que as agências podem dirimir conflitos, mas que se umas das partes estiver insatisfeita poderá sempre recorrer ao Poder Judiciário.

Isso poderia gerar questionamento sobre a utilidade de tal competência, questionamento esse que não poderia ir muito longe sob pena de se duvidar também da notória utilidade do processo administrativo.

Se é verdade que o Judiciário tem o monopólio da jurisdição, a Administração Pública do Estado Regulador tem uma margem de competência na conformação da atividade dos sujeitos regulados. Luís Roberto Barroso pondera que "no tocante às decisões das agências reguladoras, a posição do judiciário deve ser de relativa autocontenção, somente devendo invalidá-las quando não possam resistir aos testes constitucionalmente qualificados, como os da razoabilidade ou moralidade, já mencionados, ou outros, como os da isonomia e mesmo o da

¹⁰⁴ Op. cit. p. 539 e 540.

dignidade da pessoa humana. Notadamente no que diz respeito a decisões informadas por critérios técnicos, deverá agir com parcimônia, sob pena de cair no domínio da incerteza e do subjetivismo"¹⁰⁵.

À Administração Pública cabe zelar pela concorrência, pela vedação de atitudes abusivas, por isso os agentes econômicos devem respeitar as disposições da Administração que incidam sobre a atividade econômica.

Nesse diapasão, aliando-se a isso a complexidade das matérias envolvidas, é salutar que se esgote as esferas administrativas de solução de conflitos para que só então se recorra ao Judiciário.

Ademais, a morosidade da justiça pode prejudicar a atividade econômica dos envolvidos, nesse caso é mais conveniente acatar a solução do árbitro administrativo do que de um magistrado.

Não obstante, a confiança dos agentes econômicos na agência reguladora enquanto solucionadora de conflitos somente será adquirida se as agências demonstrarem imparcialidade e competência. Depende, antes de qualquer outra coisa, de cada agência específica construir uma imagem positiva suficiente a ensejar confiabilidade.

¹⁰⁵ Op. cit. p.14.

Conclusões

A exposição empreendida nesta monografia nos conduzem a algumas conclusões:

1. Os modelos anteriores de realização do Estado, tanto o Liberal, quanto o do Bem-Estar se mostraram superados. Surge então o Estado eminentemente Regulador, que ainda tem para si o bem comum como finalidade precípua, mas para isso vale-se de instrumentos distintos.

2. O vocábulo agência não é um modismo. É pelo contrário útil, na medida em que permite a diferenciação das autarquias antigas no direito brasileiro com as autarquias especiais, recentemente implantadas.

3. As agências reguladoras não são totalmente estranhas ao ordenamento jurídico brasileiro que já conhecia algumas, como o Banco Central e o CADE, que contudo não possuíam o elevado grau de autonomia hoje vislumbrado nas agências reguladoras independentes.

4. O caráter "especial" das agências vem definido nas respectivas leis que as instituem, e dizem respeito, em regra, a maior autonomia, estabilidade de seus dirigentes, e ausência de vinculação hierárquica.

5. Em observância as disposições Constitucionais, não resta outra opção senão a inserção topológica das agências no Poder Executivo, como aliás vem sendo feito pelas leis que as instituem.

6. É inconstitucional, despropositada e incompatível com os desígnios das agências a inserção dos seus servidores comuns no regime celetista.

7. É claramente constitucional e consentânea com a noção de agência reguladora independente a opção de conferir estabilidade aos seus dirigentes, com prévia aprovação pelo Senado e vedação à exoneração *ad nutum*.

8. A descoincidência de mandato dos diretores se coaduna com as atribuições das agências, inclusive quando os mandatos se estendem ao período governamental seguinte.

9. Não cabe recurso hierárquico impróprio das decisões das agências para qualquer outro órgão, sob pena de tornar sem efeito a sua autonomia.

10. Com relação às taxas regulatórias, a posição mais acertada nos parece ser aquela que as vislumbram como tributos vinculados.

11. A teoria da Separação dos Poderes deve ser pensada em relação ao nosso tempo, levando-se em conta que ela foi criada num Estado Liberal. Deve-se, ainda, ponderar que a separação dos poderes visa, sobretudo, desconcentrar o poder e não apenas dividi-lo em três.

12. Apenas o Chefe do Poder Executivo tem competência para editar regulamentos, estes entendidos em seu sentido estrito.

13. A figura dos regulamentos autônomos, tendo-se, estes, como insubordinados à lei, não é permitida no ordenamento jurídico brasileiro.

14. São enormes as dificuldades em determinar quais as reais competências normativas abstratas das agências. Dentro das limitações deste trabalho, tentou-se oferecer alguns parâmetros para essa determinação.

15. A composição de litígios por parte das agências deve ser ter em boa conta o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, todavia, é prudente que este atenha-se às questões de moralidade e isonomia, respeitando, quando possível, as decisões da Administração no que tange aos critérios técnicos.

16. Depende das agências a construção de uma imagem positiva que incentive os sujeitos envolvidos a buscarem-na, em detrimento do Poder Judiciário, como árbitro na solução de conflitos.

Referências Bibliográficas

- AMARAL FILHO, Marcos Teixeira Jordão. *Privatização do Estado Contemporâneo*. São Paulo, Ícone, 1996.
- ANDRADE, Letícia Queiroz de. *Decisões e Pareceres Jurídicos sobre Pedágio*. s.e., Sapucaia do Sul, Notadez Informação Ltda., 2002.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. s.e., Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- AZEVEDO, Eurico. *Agências Reguladoras*. *Revista de Direito Administrativo* n° 213, Renovar, Rio de Janeiro, 1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª Ed. São Paulo, Malheiros, 2002.
- _____. Poder Regulamentar ante o Princípio da Legalidade. *Revista Trimestral de Direito Público* n° 4, São Paulo, 1993.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª Ed., Coimbra, Almedina, 1991.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. s.e, São Paulo: Max Limonad, 1998.
- BARROSO, Luís Roberto. *Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3209>. Extraído em 14.10.2002.

CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. 5ª Ed., São Paulo RT, 1982.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. 2ª ed., São Paulo, RT, 2000.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12ª Ed., São Paulo, Atlas, 2000.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. 1ª ed., São Paulo, Dialética, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000.

_____. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. s.e., São Paulo, Malheiros, 1996.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica*. 3ª ed., São Paulo, RT, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996.

MOREIRA, Vital. *Administração Autônoma e Associações Públicas*. Coimbra, 1997.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras de Serviços Públicos*. Dissertação de Mestrado/UFPR. Curitiba, 2000.

PINTO, Bilac. *Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública*. Rio de Janeiro, Forense, 1941.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000.

SOUTO, Marcos Juruena Vilela. *Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coordenador). *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000.

WALD, Arnold; WALD, Alexandre de Moraes. *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*. São Paulo, RT, 1996.

_____; MORAES, Luíza. *Agências Reguladoras*. *Revista de Informação Legislativa nº 141*, Brasília, Senado federal, 1999.