



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA



Raphael Tiago Lenzi

A Independência das Agências Reguladoras Brasileiras

The Independence of Brazilian Regulatory Agencies

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do
2.º Ciclo de Estudos em Administração Público-Privada

Orientador: Professor Doutor João Nuno Calvão da Silva

Coimbra, 2018

RESUMO

O objetivo desta dissertação é aprofundar análise acerca das principais características das agências reguladoras independentes brasileiras, com o intuito de verificar se na conjuntura que se encontram no ordenamento nacional, são efetivamente independentes. É a partir da década de 90 que o tema da regulação independente começa a ganhar destaque no Brasil, influenciado pelas experiências americanas e europeias, o país se encontrava envolto por uma série de mudanças estruturais, como a redemocratização, a falência do modelo de Estado Intervencionista e os processos de privatização e reforma do aparelho estatal. Este estudo busca evidenciar os elementos caracterizadores do regime especial desses entes reguladores e se o Poder Executivo respeita essas prerrogativas, visto que, desde 2001 as agências reguladoras são alvo de constantes Projetos de Lei, Decretos e Pareceres visando minorar suas competências e autonomias. Esta análise, por fim, permite perceber como o Governo Federal brasileiro age perante um órgão administrativo dotado de regime especial, que não está sob sua subordinação e concluir que, de fato, há sim uma tentativa de interferência nas atividades das autarquias especiais.

Palavras-chave: autonomia; independência; regulação; agências reguladoras; subordinação.

ABSTRACT

The objective of this thesis is to deepen the analysis about the main characteristics of the Brazilian Independent Regulatory Agencies, in order to verify if they are effectively independent at the national context. In the 1990s, the theme of independent regulation has begun to gain prominence in Brazil, influenced by the American and European experiences, the country was surrounded by a series of structural changes, such as redemocratization, the failure of the Interventionist State and the processes of privatization and reform of the State. The study seeks to highlight the legal elements that characterize the special regime of these regulatory bodies and whether the Executive Branch respects these prerogatives, because since 2001, regulatory agencies have been the target of constant bills, decrees and legal opinions aiming to reduce their powers and autonomy. Finally, this analysis reveals how the Brazilian Government acts before an administrative body with a special regime, which is not under its subordination, and concludes that, in fact, there is indeed an attempt to interfere in the activities of the special agencies.

Keywords: autonomy; independence; regulation; regulatory agencies; subordination.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Acórdão
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGU	Advocacia-Geral da União
ANA	Agência Nacional de Águas
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE	Agência Nacional do Cinema
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional dos Transportes Terrestres
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ARI	Agência Reguladora Independente
CF	Constituição Federal do Brasil
EUA	Estados Unidos da América
FGV	Fundação Getúlio Vargas
ICC	<i>Interstate Commerce Commission</i>
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOA	Lei Orçamentária Anual
MARE	Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OMB	<i>Office of Management and Budget</i>
ONG	Organização não-Governamental
PDRAE	Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado
PL	Projeto de Lei
PPA	Plano Plurianual
PT	Partido dos Trabalhadores
STF	Supremo Tribunal Federal

STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
UE	União Europeia

SUMÁRIO

1. Introdução	7
2. Surgimento das Agências Reguladoras: Conceitos e Origens	12
2.1 Origens	15
2.1.1 O modelo americano.....	17
2.1.2 O modelo europeu	22
2.1.2.1 Reino Unido.....	24
2.1.2.2 França	26
2.1.2.3 Portugal.....	28
2.1.3 Síntese Conclusiva.....	32
2.2 O modelo brasileiro.....	34
2.2.1 Síntese Conclusiva.....	39
3. A caracterização das Agências Reguladoras Brasileiras	41
3.1. Análise dos elementos do regime especial das autarquias	45
3.1.1 Autonomia Financeira e Autonomia Orçamentária.....	46
3.1.2 Autonomia Administrativa	49
3.1.3 Ausência de subordinação hierárquica	50
3.1.4 Mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes	52
3.1.5 Síntese Conclusiva.....	54
3.2 Poderes	57
3.2.1 Poder Normativo	58
3.2.2 Poder de Fiscalização	62
3.2.3 Poder Sancionatório.....	63
3.2.4 Poder de Resolução de Litígios	65
3.2.5 Síntese Conclusiva.....	66

4. A questão da independência <i>versus</i> ingerências do Poder Executivo	69
4.1 Ingerências à autonomia orçamentário-financeira.	74
4.2 Ingerências à autonomia orgânica.	82
4.3 Ingerências à autonomia face ao poder político.	90
4.4 Síntese conclusiva	95
5. Breve reflexão sobre a Legitimidade Democrática.....	99
6. Conclusão.....	103
7. Bibliografia	111

1. Introdução

O objetivo desta dissertação é aprofundar uma análise, por meio de revisão bibliográfica, acerca das principais características das agências reguladoras independentes brasileiras, com o intuito de verificar se na conjuntura que se encontram no ordenamento nacional, são efetivamente independentes.

Não obstante, sabemos que não é possível haver uma independência de forma absoluta. Mas, também, não é aceitável que as agências atuem sob uma “falsa independência”, que leve ao engodo do mercado, onde na realidade o Poder Executivo tenta exercer a sua influência regulatória. Segundo Vital Moreira, “a verdade é que as agências reguladoras brasileiras enfrentam um desafio político, que contesta a sua própria filosofia como autoridades independentes”¹.

Nossa dissertação vai no caminho de buscar os elementos jurídicos que são caracterizadores do regime especial que estão inseridos esses entes reguladores e se, de fato, ocorre um “desrespeito” ou “afronta” por parte do Poder Executivo a esses elementos. Destarte, analisaremos relatórios do Tribunal de Contas (TCU), da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), do próprio Governo, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e da Advocacia Geral da União (AGU), estudos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e outras entidades, além de normativos, artigos acadêmicos e doutrinadores brasileiros e portugueses.

O tema da regulação independente no Brasil começa a ganhar relevo a partir da década de 90, quando o país se encontra envolto por uma série de mudanças estruturais, como a redemocratização, a falência do modelo de Estado Intervencionista e os processos de privatização e reforma do aparelho estatal. Para Fernanda Maças e Vital Moreira, a “administração tradicional corresponde a um aparelho complexo, burocratizado, lento, que reage mal as inovações, não dialoga com os cidadãos e os grupos de interesse, e que prefere o segredo a transparência”².

¹ Moreira, Vital. Agências reguladoras independentes em xeque no Brasil. In: Marques, Maria Manuel Leitão; Moreira, Vital. A mão visível: mercado e regulação. Coimbra: Almedina, 2003, p. 228.

² Maças, Fernanda, Moreira, Vital. Autoridades Reguladoras Independentes - Estudo e Projecto de Lei-Quadro. Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) – Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 53.

Desta feita, surge, inspirado por experiências internacionais e por pressões dos credores externos, o modelo de regulação estatal indireta, exercido por meio das agências reguladoras independentes, que possuem por finalidade precípua garantir a eficiência, a concorrência e a probidade dos setores regulados.

Essas entidades são classificadas no arcabouço jurídico brasileiro como autarquias de natureza especial, criadas por meio de lei, dispendo de autonomia reforçada e poderes para alcançar os objetivos de regulamentação, de fiscalizar e de sancionar os executores de serviços públicos delegados ou concessionados.

Nesse sentido, a regulação ora adotada no Brasil, Europa e Estados Unidos é entendida pela doutrina como um conjunto de ações que visam proteger e garantir o equilíbrio, o acesso dos privados e a livre concorrência dos mercados. Para tal, tradicionalmente, as entidades reguladoras são dotadas de independência orçamentária, funcional e administrativa, máxime, face ao Poder Executivo, em que pese este ser o titular de poderes extroversos.

Com os movimentos iniciados, em meados das décadas de 70/80, de privatização e liberalização, assiste-se à dinâmicas de desregulação, re-regulação e, hodiernamente, desgovernamentalização da regulação³. Esses movimentos marcam a transição do Estado Intervencionista para o Estado Regulador. Assim, a regulação é vista como uma atividade garantidora da eficiência econômica, atuando na correção das falhas de mercado e nos mercados liberalizados.

O modelo em voga tem se consolidado na estrutura administrativa estatal de vários países e na União Europeia a regulação tem desempenhado um papel ímpar no fortalecimento do Mercado Interno e na defesa da política da concorrência e na garantia de valores democráticos.

A relevância deste estudo para o contexto o brasileiro é latente, como visto, a temática é de certa forma recente no país, tendo se iniciado em meados de 1995 e no ano seguinte, surge a primeira agência reguladora, nos moldes contemporâneo. Ademais, desde 2001, as agências reguladoras são alvo de constantes Projetos de Lei, Decretos e Pareceres, alguns visando minorar suas competências e autonomias, enquanto outros visam fortalecer e garantir algumas de suas características. Hodiernamente, tramita no Congresso Nacional um Projeto de Lei-Geral que visa unificar as regras de gestão das agências reguladoras.

³ Vide, *Ibidem*, p. 10.

Nossa justificativa para escolha e delimitação do tema, surgiu durante os estudos de regulação pública e concorrência no ordenamento português, que, com o aprofundamento do assunto foram surgindo dúvidas a respeito do modelo brasileiro e como o Poder Central se portava diante dessa recente forma de regulação. Questionamentos como: O que constitui a independência regulatória para o ordenamento brasileiro? Por qual motivo optou-se por esse modelo? No Brasil, as agências são realmente independentes do Governo? Como o Poder Executivo se relaciona diante da independência desses órgãos? Assim, partindo dessas indagações chegamos ao recorte e delimitação do foco desse estudo, qual seja, analisar como e de que forma o Poder Executivo se posiciona frente as prerrogativas de independência das agências reguladoras brasileiras.

Antes, para tal, é necessário caracterizar os fenômenos das agências reguladoras independentes através do tempo até o modelo atual. Sua origem nos Estados Unidos e as principais diferenças entre o modelo americano e o modelo europeu.

Nessa esteira, no tópico seguinte, abordaremos alguns termos usados para definir uma agência reguladora, por meio de uma breve revisão literária, de forma que o leitor possa perceber como está alicerçado na doutrina os conceitos acerca dessas entidades, sem, contudo, aprofundar uma discussão etimológica ou semântica.

Na sequência, contextualizaremos o surgimento do modelo da regulação independente, visitando sua gênese nos Estados Unidos, perpassando pelas as principais ocorrências, crises, legislações e críticas que moldaram a evolução das agências independentes e definiram as características deste sistema regulatório.

Transposta esta etapa, é imprescindível revelar as circunstâncias em que esse modelo de regulação chega a Europa, sobretudo, afinando as origens no Reino Unido, França e Portugal. Esses três países foram escolhidos, pois, todos de alguma forma, acabaram por influenciar o modelo implantado no Brasil, além dos Estado Unidos. Então no tópico 2.1.2.1, deslindaremos como o Reino Unido foi o primeiro país a transpor para o seu ordenamento a experiência americana. O sistema da *Common Law* e a existência dos *quangos*, facilitaram a adaptação e o desenvolvimento bem-sucedido do modelo.

No mesmo capítulo, veremos como a França logrou êxito no intento da diminuição da intervenção direta do Estado, por meio das reformas políticas-econômicas, ao espelhar o seu sistema de regulação ao americano e ao britânico, após feitas as adaptações jurídicas necessárias, sem perder suas características singulares.

Na sequência, abordaremos como foi o surgimento das agências reguladoras em Portugal, que saído de um período de ditadura, estava vivenciando a redemocratização, uma nova Constituição, sua inserção na Comunidade Europeia, e nesse interim, influenciado pelas experiências internacionais e pelas diretivas da União Europeia criou suas agências independentes.

Importante perceber nesses tópicos, máxime, no contexto europeu, a aproximação dos modelos diante da crise do Estado de Bem-Estar Social, em que os países estavam transitando de um paradigma estatal para outro.

Essas experiências se somatizam no Brasil, como veremos no tópico 2.2, impulsionando o aparecimento da regulação independente, aliadas a um contexto similar ao português e a sugestões de investidores externos e das diretrizes do Banco Mundial.

De notar que a implantação e o desenvolvimento das agências reguladoras nos países abordados passaram por situações adversas parecidas. Talvez, por ser uma replicação do modelo americano, feita as devidas adequações aos ordenamentos nacionais, as críticas opositoras fizeram coro com parte da doutrina quanto aos aspectos levantados sobre a falta de legitimidade democrática, falta de previsão constitucional, excesso de poder das agências e sua insubmissão a controles do Executivo.

Frente as características que ditam o tom do regime especial, verificaremos como estas se encaixam no ordenamento brasileiro. Esse exame é meritório para compreendermos suas especificidades mais marcantes, de forma que, no capítulo seguinte, destrincharemos alguns casos de claro desrespeito a esses elementos. Aqui, a reflexão segue no caminho da independência das agências face ao Poder Político, ou seja, face o Governo Federal. Não nos aventuramos a analisar a independência face aos regulados, pois isso demandaria um certo tipo de investigação que não nos cabe.

Nesse reexame, não aludimos propriamente a uma possível captura do regulador, apesar de tal fato já ter ocorrido, mas sim, das tentativas do Poder Executivo em subordinar as agências reguladoras ao seu crivo. Fazemos essa distinção, pois para poder afirmar ou negar a ocorrência da captura do regulador pelo poder político, teríamos que confrontar todas as decisões das agências reguladoras que se distanciaram dos elementos técnicos e que acabaram por se aproximar dos interesses político-partidários.

Este trabalho, em provar a captura política, torna-se árduo quando tais ações demandam uma análise mais subjetiva e hipotética dos fatos. Ao passo que, as tentativas de

subordinação das agências ao Poder Central, isto é, o tolhimento de sua independência, são baseadas em ações objetivas e fáticas, como os projetos de lei, pareceres vinculativos e outros artifícios que serão examinados. Ou seja, consideramos a compreensão da teoria da captura pelo poder político num sentido mais restritivo, em que restasse comprovado a cooptação do agente decisor em desfavor da sua veste técnica, flertando com os interesses políticos em troca de algum benefício. Entretanto, não negamos a possibilidade da existência de tal fato.

Feito este arrazoado, em sede de desfecho, realizaremos uma síntese conclusiva, apontando os fatos que evidenciam as tentativas de interferência do Poder Central para, enfim, deslindar na conclusão dos fatos expostos.

2. Surgimento das Agências Reguladoras: Conceitos e Origens

Importante entendermos o que são as agências reguladoras independentes⁴, de forma a evidenciar suas principais características e compreender como elas se inserem no modelo estatal vigente e como atuam. É pertinente mencionar que para delimitação do foco desta dissertação, nos ateremos àquelas entidades que intervêm regulando economicamente o mercado⁵. Antes de continuarmos, entretanto, vale mencionar os diferentes termos usados na literatura internacional para designar essas entidades dotadas de independência.

No direito português, a Lei 67/2013, de 28 de agosto⁶, refere-se a *entidades administrativas independentes* com funções de regulação e de promoção e defesa da concorrência. Anterior a expedição deste normativo a Constituição da República já adotava esse termo em seu n° 3 do artigo 267 ao permitir, por meio de lei, criar entidades administrativas independentes. No Brasil, as leis instituidoras⁷ das diversas agências e a proposta de Lei Geral das Agências Reguladoras (PL 6621/16)⁸ em análise na Câmara, adotam a nomenclatura de *agências reguladoras independentes*. Na França é adotado o termo de *Autoridades Administrativas Independentes*, “possuindo algumas peculiaridades em relação aos demais países, entre as quais destaca-se a ausência de personalidade jurídica”⁹. Nos EUA, além das *Independent Regulatory Commissions*, o termo *agência* serve

⁴ Para o presente trabalho, sempre nos referiremos as agências reguladoras independentes a níveis federais ou nacionais. Quando do contrário, será expresso em qual nível infranacional está inserido.

⁵ Cfr Calvão da Silva, João Nuno. *Mercado e Estado: serviços de interesse econômico geral*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 145, existem [...]dois tipos de autoridades administrativas independentes: as vocacionadas, direta e indiretamente, para a proteção de direitos fundamentais dos cidadãos; e as dirigidas primacialmente a regulação dos mercados.

⁶ Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo.

⁷ Importante destacar que a Lei n. 9.472/97 que institui a Agência Nacional de Telecomunicações, em seu artigo 9° diz que a Agência atuará como *autoridade administrativa independente*.

⁸ Enviado em dezembro de 2016 e ainda em tramitação na Câmara Legislativa, o Projeto de Lei com origem e com tramitação já concluída no Senado Federal, em sua proposta aprovada, visa dispor sobre as regras aplicáveis às Agências Reguladoras, relativamente à sua gestão, à organização e aos mecanismos de controle social. Estabelece o processo de decisão das agências reguladoras. Determina a obrigação das agências de apresentar relatório anual de atividades, de firmar contrato de gestão com o Ministério a que estiver vinculada, e de ter em cada agência um ouvidor que atuará junto à Diretoria Colegiada ou Conselho Diretor. Dispõe sobre a interação entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência e sobre a interação operacional entre as agências reguladoras e os órgãos de regulação estaduais, do distrito federal e municipais. (Fonte: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/> e <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/111048>)

⁹ Cfr. Aragão, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes – algumas desmistificações à luz do direito comparado. Brasília a. 39 n. 155 jul./set. 2002. p. 301.

para denominar tanto as reguladoras dependentes quanto as independentes, mesmo sendo materialmente diferentes.

Consequentemente, a noção de regulação é dependente da conformação do sistema jurídico, não se pode simplesmente transpor conceitos sem que seja harmonizado e adaptado a realidade jurídica local. Contudo, para simplificar, no decorrer do trabalho, usaremos esses termos como sinônimos, pois se referem ao modelo de entidade criadas pelos Estados para intervirem em setores específicos da economia. Aquém da distinção de nomenclaturas entre agência, autoridade ou entidade, o relevante é o qualificador *independente*, uma vez que o termo *agência* não é essencial para qualificar a autarquia como agência reguladora.

Ademais, há na doutrina também uma breve discussão acerca do verbete “administrativas”, a qual não nos demoraremos, todavia, para constar, deixamos a percepção de Marisa Apolinário (2016) que atesta que a qualificação administrativa acaba por suscitar questionamentos acerca do grau de independência face ao Governo, colocando em cheque o qualitativo independente. Desta sorte, poderia haver uma incompatibilidade entre a independência e a função administrativa¹⁰. Entretanto, para Pedro Gonçalves (2005, apud Cardona, 2016: 35) “a função administrativa deixou de ser qualificada exclusivamente pela natureza da entidade que a exercia. O elemento preponderante passou a ser a natureza exercida. A realização de *tarefas públicas*”.

Na literatura e nos arcaouços jurídicos existentes, encontramos algumas definições e conceituações acerca do fenômeno das entidades reguladoras independentes. Conforme define Vital Moreira (2003), são

figuras da administração, que não são de modo nenhum, exponenciais de colectividades ou formações sociais, mas que estão longe de corresponder ao paradigma da administração indirecta, porquanto não se encontram numa situação de dependência ou de instrumentalidade, antes gozam de determinada independência perante a administração do Estado, designadamente por não estarem sujeitas a orientação externa nem a um controlo de mérito. [...] No fundo são organismos criados pelo Estado, para realizar tarefas administrativas que lhe competem, mas que o mesmo Estado isenta de subordinação e controlo, como se se tratasse de administração autónoma. (MOREIRA, 2003:126)

O ordenamento lusitano na Lei-Quadro das entidades administrativas independentes, em seu artigo 3º define que “são pessoas coletivas de direito público, com a natureza de entidades administrativas independentes, com atribuições em matéria de

¹⁰ Apolinário, Marisa, O Estado Regulador: o novo papel do Estado Análise da perspectiva da evolução recente do Direito Administrativo. O exemplo do sector da energia. Coimbra: Almedina, 2016. p. 264.

regulação da atividade económica”, entre outros. Já, Jorge Miranda, identifica os “órgãos independentes da Administração, como órgãos que interferem no exercício da função administrativa sem dependerem de direção, superintendência ou tutela do Governo” (*apud* Cardona, 2016: 34).

Na doutrina brasileira a definição de agência reguladora passa pela análise das autarquias especiais¹¹. Isto porque, as leis instituidoras asseveraram que tais entidades são pessoas jurídicas de direito público, classificadas como autarquias sob regime especial, com a atribuição de regulação e fiscalização de atividades econômicas. O regime especial é caracterizado pela ausência de tutela ou de subordinação, além da autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira.

Nesse sentido, complementa Marçal Justen Filho (2002: 344) as agências reguladoras são “[...] dotada de competência para regulação de setor específico, inclusive com poderes de natureza regulamentar e para arbitramento de conflitos entre particulares e sujeita a regime jurídico que assegure autonomia em face da Administração direta”¹².

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, considera a existência de dois tipos de entidades reguladoras no ordenamento brasileiro:

[...]as que exercem poder de polícia, com base em lei, impondo limitações administrativas, previstas em lei, fiscalização, repressão [...]; as que regulam e controlam as atividades que constituem objeto de concessão, permissão ou autorização de serviço público (telecomunicações, energia elétrica, transporte, etc.) ou de concessão para exploração de bem público (petróleo e outras riquezas minerais, rodovias, etc.). (DI PIETRO, 2003: 403)

¹¹ Comparativamente, há distinção de conceitos de autarquia entre o direito brasileiro e português. No Brasil o Decreto-Lei Nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, considera autarquia – “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”. Para o direito Luso, autarquia são “instituições infra-estatais, sua definição é dada pela Constituição em seu artigo 235º, 2 em que autarquias locais são pessoas colectivas territoriais dotadas de órgãos representativos, que visam a prossecução de interesses próprios das populações respectivas”. Continuando, conforme Meirelles, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. Ed. Malheiros, 18ª ed., São Paulo, 1993, p. 315., citado por Sultani, Leonardo José Mattos. Autonomia Financeira e Orçamentária das Entidades Autárquicas em Regime Especial. Orientador: Prof. Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: UFRJ/IE; CVM, 2005. Monografia (Especialização em Regulação do Mercado de Capitais) “autarquia especial é toda aquela a que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública.”

¹² Justen Filho, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. 1ªed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 344.

Assim, sintetiza Aragão (2002: 121), “as agências reguladoras são entidades caracterizadas pelos largos poderes normativos que possuem em determinado setor, e pelas prerrogativas dos seus dirigentes”¹³.

Não obstante as exímias clarificações acima, é escusável tentar se chegar a uma aceção singular e global do que são essas entidades independentes, pois sua interpretação sofre influências e se baliza de acordo com cada ordenamento em que está inserida, assim sua análise se pauta nos elementos caracterizadores de sua atuação e independência, conforme os poderes que lhe são atribuídos.

2.1 Origens

As origens destas entidades remontam ao final do século XIX nos Estados Unidos, quando da necessidade de se regular as relações entorno da exploração das ferrovias, nasce a *Interstate Commerce Commission*¹⁴. Esse modelo de intervenção do Estado na economia tinha por objetivo regular as falhas de mercado, de forma a evitar os excessos oriundos da livre concorrência e ao mesmo tempo, afastar essas decisões do seio político do governo. Assim, o Congresso americano concedeu a *Interstate Commerce Commission* autonomia e poderes para organizar e racionalizar a exploração do transporte ferroviário.

Apesar de contextos e intenções distintas, esse modelo americano institucional de intervenção estatal na economia serviu de influência e inspiração para o surgimento de agências reguladoras no continente Europeu e no Brasil. Conforme lembra Calvão da Silva (2017: 554), o “Reino Unido, país da *Common Law* com concepção das relações de Estado e sociedade similar a dos EUA, foi a porta de entrada do modelo institucional dos organismos públicos dotados de alto grau de autonomia”. Contudo, enquanto as experiências americanas e por assim dizer, a britânica¹⁵ são evoluções naturais das demandas da sociedade e dos sistemas de governo, na Europa continental e na América Latina constituem uma solução peculiar, cedida. Isto é, sem antecedentes históricos que permitisse um amadurecimento e

¹³ Aragão, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e Agências Executivas*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. nº 228. abr.-jun./2002. Trimestral. ISSN 0034-8007. p. 121

¹⁴ Mais sobre a *Interstate Commerce Commission* e o modelo americano de agências será visto em tópico próprio.

¹⁵ Cfr. Maças, Fernanda, Moreira, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes - Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pág. 21. *O elemento comum entre as Agências Reguladoras Independentes dos EUA e as do Reino Unido reside na sua identidade histórica e cultural e na aproximação dos seus sistemas administrativos*.

evolução sistemática do ordenamento administrativo. Ao passo que o Governo americano buscava ter uma maior intervenção na economia, na Europa e outros lugares, buscava-se o oposto, uma diminuição da intervenção governamental.

As mudanças de paradigmas econômicas trazidas pela transição de modelos estatais na Europa e na América Latina, tais como, as ondas de liberalizações e privatizações, justificam o aparecimento da necessidade de se regular setores específicos, onde o Estado deixa de intervir diretamente para passar a garantir que o mercado funcione livremente. Nessa passagem do Estado Intervencionista¹⁶ para o Estado Regulador (Garantidor)¹⁷ é comum que se busque inspiração e soluções jurídicas em países com um certo grau de experiência regulatória, como é o caso dos EUA. Para os países em desenvolvimento, essa transição de modelos foi pautada em amplos processos de diminuição do Estado, por meio das privatizações, liberalizações e *outsourcing* de serviços. A própria transformação do modelo de Estado entrelaça-se com os modelos das agências independentes, sendo um pressuposto do outro.

Enquanto que no caso norte-americano, a evolução da concepção de agências regulatórias é evidenciada nas experiências do *New Deal*, do *Administrative Procedure Act* – *APA* e nos contornos traçados oriundos dos embates travados na Suprema Corte, no Brasil somente no final do século é que surgem as agências reguladoras federais. Inspiradas no conhecimento internacional, essas entidades foram criadas em meio aos processos de desburocratização do aparelho estatal, com o intuito de trazer credibilidade regulatória para o país, atraindo assim, investimentos, expansão da oferta e melhoria de serviços e produtos,

¹⁶ O Estado Intervencionista ou de Bem-estar Social, corresponde a um período em que os direitos sociais (de 2º geração) são reclamados pela sociedade, levando o Governo a intervir mais direta e pesadamente na dinâmica socioeconômica. Desta maneira, o aparelho estatal é reformulado e inchado numa tentativa de satisfação das demandas sociais. Entretanto, o Estado se mostra ineficiente, caro e moroso na prestação de serviços públicos e produção de bens, o que acarreta numa substituição na titularidade de alguns setores específicos. Destarte, surge a necessidade do Estado regular e fiscalizar os serviços públicos que foram concedidos a exploração pelos particulares.

¹⁷ Conforme elucidada Pedro Gonçalves em Estado de Garantia e Mercado, publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, vol. VII (especial: Comunicações do I Triénio dos Encontros de Professores de Direito Público), 2010, 97-128. “O sublinhar da ideia de garantia também procura enfatizar o facto de se ter subjacente um modelo institucional de realização do interesse público que não coloca o Estado no papel de se comportar como uma máquina de prestações, de fornecimento de serviços e de produtor de bens. Pelo contrário, em grande medida, o modelo pressupõe que as tarefas e incumbências de carácter executivo e operacional migram para a esfera do Mercado e das empresas, ocupando-se o Estado da função de assegurar ou de garantir que o funcionamento do Mercado e a actuação das empresas se desenvolvem, de certo modo, em conformidade com determinados objectivos e finalidades (de interesse público) previamente definidos”.

além da independência face ao Poder Executivo. Conforme destaca Almagro (2008), essas entidades reguladoras independentes

se inserem em um quadro de redefinição do papel do Estado, orientado para mudanças operadas pelo sistema econômico sobre o jurídico, que se reflete no *modus operandi* da Administração Pública. Há um processo de descentralização determinante no marco do surgimento dessas agências, que lhes dá a nota típica da autonomia reforçada. (ALMAGRO, 2008: 75)

Na sequência, vamos fazer um resumido percurso histórico às origens e evoluções dos modelos de entidades reguladoras nos Estado Unidos e Europa.

2.1.1 O modelo americano

Importante apreciar brevemente as origens históricas e a evolução das agências reguladoras, dado que o modelo brasileiro é livremente inspirado no desenho institucional das *independent regulatory agencies* americanas com nuances das experiências europeias¹⁸.

Notadamente, a primeira agência regulatória a nível federal surgida nos EUA é a antiga *Interstate Commerce Commission – ICC* (1887- 1995)¹⁹, hoje *Surface Transportation Board (STB)*, criada pela lei federal que extinguiu a *ICC* em 1995. A *Commission* foi instituída pelo Congresso com a finalidade de regular o uso das ferrovias, reduzindo os abusos e más práticas pelos operadores privados. Era autônoma do Poder Executivo, mas dependente do Legislativo quanto a alguns aspectos e do Judiciário quanto a constitucionalidade de suas ações.

Oportuno perceber o contexto da organização administrativa à época da criação dessa *Commission*, que a dinâmica estatal era fortemente marcada pelo liberalismo, onde os *players* privados ditavam as regras e o ritmo e o Estado não interferia diretamente na economia, deixando a responsabilidade a cargo do mercado, isto é, dos operadores econômicos privados.

Desta forma, as primeiras agências regulatórias independentes surgiram da necessidade de uma maior intervenção do Estado, numa tentativa de amenizar os excessos

¹⁸ Cfr. Aragão, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes – algumas desmistificações à luz do direito comparado. Brasília a. 39 n. 155 jul./set. 2002. p. 314 nota n. 16, lembra que “como demonstração de que a recente legislação brasileira das agências reguladoras se abebera, não apenas da experiência norteamericana, como também nas recentes construções legislativas e doutrinas europeias[...].”

¹⁹ Cfr. Cardona (2016) “esta agência representou o modelo orgânico que inspirou a criação de autoridades administrativas independentes na França em 1978 e posteriormente em outros países europeus”.

dos privados e, também, de limitar os efeitos da concorrência desleal. Assim, pode-se dizer que a organização administrativa americana era centrada no modelo inovador de comissões independentes²⁰.

Entretanto, essa neutralidade estatal, aliada a fatos históricos como as Guerras Mundiais de 1914 e 1939 e a crise econômica de 1929, aceleraram a necessidade de se repensar a forma de atuação do Estado, visto que os ideais liberais do não-intervencionismo estatal foram postos à prova. A incapacidade do mercado se reerguer após a grande depressão demonstra a inevitabilidade de uma maior participação regulatória do Estado em áreas sensíveis da economia.

Em resposta a crise, é colocado em prática o plano de recuperação econômica denominado *New Deal*, uma política intervencionista que legitimou a utilização do “modelo das agências reguladoras para promover uma forte intervenção na ordem econômica e social, visando corrigir as falhas do mercado²¹”. Para Cardona (2016), essas comissões foram uma resposta de compromisso, tendo de um lado a necessidade de se manter o Governo afastado do jogo econômico e por outro, a necessidade de regular a economia. Ou seja, minimizar a influência do Poder Político sobre setores específicos da economia e pautar as decisões de regulamentação em parâmetros técnicos para assegurar justiça e eficiência.

Nesse ínterim, as agências expandem seus poderes de *enforcement*²² para além das funções tipicamente administrativas. A atuação das agências nos setores recém regulados suscitou questionamentos por parte dos opositores do intervencionismo, quanto a sua legitimidade e poderes, alegavam que esse modelo lesava a separação clássica de Poderes, criando um *fourth branch of government*, forçando o Poder Judiciário a se manifestar. Esse fator, contribuiu para que fossem definidos os contornos das atividades das agências reguladoras e sua interação com os demais poderes, além de disciplinar e harmonizar a atuação dessas entidades²³.

Em 1946, depois de amenizados os efeitos socioeconômicos da recessão, é promulgada o *Administrative Procedure Act – APA*, uma espécie de lei geral que visava

²⁰ Vale ressaltar que o modelo institucional das *commissions* já existia no plano infranacional há uns 20 anos.

²¹ Cfr. Oliveira, Rafael Rezende. O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua Recepção pelo Direito Brasileiro. Revista da EMERJ, v. 12, nº 47, 2009. p.161

²² Cfr. Peci, Alketa. Regulação Comparativa: uma (des)construção dos modelos regulatórios. p. 73 In: Peci, Alketa (Org.) Regulação no Brasil: desenho, governança e avaliação. São Paulo, Atlas – 2007.

²³ Cfr. Oliveira, Gesner. Agências Reguladoras: A Experiência Internacional e a Avaliação da Proposta de Lei Geral Brasileira – Brasília: CNI, 2004. p. 24.

padronizar a atuação das diversas agências reguladoras, delimitando as maneiras com que poderiam aplicar e fazer valer seus atos de regulação.

Essa lei permitiu um maior controle de legalidade por parte dos Tribunais, diminuindo a discricionariedade de atuação das *commissions*, assegurando assim transparência na motivação de seus atos. Concedeu a sociedade o poder de participar do processo decisório, ao exigir publicidade dos documentos utilizados para justificar as decisões e em alguns casos a realização de audiências públicas. Ademais, estabeleceu dois formatos de atuação das agências: *rulemaking* – competência normativa para elaboração de regulação e *adjudication* – o processo de julgamento de casos específicos, envolvendo a aplicação da regulação²⁴.

Ao longo das décadas seguintes, questões e críticas começaram a ser levantadas quanto aos déficits de legitimidade e responsabilidade política das agências, além do temor da captura regulatória²⁵, gerando ceticismo no modelo das *independent regulatory commissions* e quanto a sua capacidade de se ajustar aos novos desafios da economia moderna.

Disseminou-se a ideia de um Estado ineficiente e moroso, devido ao seu excesso de burocracia regulatória. Os opositores alegavam a necessidade de se ajustar o modelo a um maior controle presidencial, ao uso de procedimentos administrativos eficientes, a redução dos custos suportados pelos *taxpayers*, participação dos órgãos de defesa dos consumidores, do meio ambiente e de outros direitos coletivos, um processo de decisão mais formal e documentado, além de pleito pelo Congresso dos regulamentos emanados²⁶.

Segundo Rafael Oliveira (2009), a

desconfiança em relação ao modelo regulatório tem como consequência a ampliação do controle exercido pelos poderes constituídos em relação aos atos das agências. O controle judicial é ampliado através da *hard-look doctrine* que permite ao Judiciário avaliar a legalidade e razoabilidade das medidas regulatórias. (OLIVEIRA, 2009: 163)

²⁴ Cfr. Ibid. pág. 26.

²⁵ Cfr. Gonçalves, Ricardo. A Captura Regulatória. Uma Abordagem Introdutória. Publicações CEDIPRE Online – 25. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. p. 09. A origem da teoria da captura regulatória pode encontrar-se no artigo de George Stigler, economista da Escola de Chicago, de 1971, que apresenta uma nova tese afirmando que, “em regra, a regulação é adquirida pela indústria regulada e é concebida e executada primariamente em seu benefício”, sendo esta estabelecida, não para a prossecução do interesse público, mas para beneficiar os agentes privados e os seus interesses. Esta tese é a base de todos os posteriores desenvolvimentos da teoria da captura regulatória.

²⁶ Cfr. Gesner, Oliveira. Agências Reguladoras: A Experiência Internacional e a Avaliação da Proposta de Lei Geral Brasileira – Brasília: CNI, 2004.

Assiste-se assim, entre meados da década de 70/80, a uma desregulamentação da economia norte-americana, onde vários setores-chaves tiveram sua intervenção regulatória flexibilizada ou mesmo extinta. As agências começam a perder seus poderes de intervenção em relação aos agentes privados, ao mesmo tempo em que seus atos regulatórios começam a ser controlados externamente.

Assevera Aragão (2002) que

os marcos dessa nova tendência foram as *Executive Orders* nº 12.291 e 12.498, emitidas pelo presidente Reagan, que, em síntese, submetem os atos das agências à prévia aprovação do *Office of Management and Budget* (OMB), diretamente vinculado ao Presidente. Para evitar eventuais arguições de inconstitucionalidade, eram apenas facultativas para as agências independentes. Posteriormente, [...] a *Executive Order* nº 12.886/93 – *Regulatory Planning and Review*, editada pelo Presidente Bill Clinton, estabeleceu procedimentos obrigatórios para as agências, no sentido de que, antes de iniciarem os seus procedimentos regulatórios, devem comunicar a sua intenção a um órgão central do Governo – o *Regulatory Working Group* – incumbido de alertá-las para as regulações desnecessárias, dúplices ou contraditórias entre si ou com a política governamental. (ARAGÃO, 2002: 300)

Ou seja, o Executivo exerce o controle presidencial por meio do Escritório de Orçamento e Execução, na supervisão das propostas orçamentárias das agências e pela conformidade procedimental destas com as políticas de Estado traçadas. Assim, as agências deveriam, antes de aprovar um novo regulamento, submeter a análise prévia e aprovação, todos os custos e os supostos benefícios das medidas propostas para a atividade em questão²⁷. Conforme Oliveira (2009: 163), “diversas Ordens Executivas foram editadas com o intuito de restringir a autonomia das agências”.

Dentre essas Ordens Executivas, destacamos alguns aspectos relevantes que são determinantes para a configuração atual do modelo das agências americanas. A exigência da Análise de Impacto Regulatório das normas regulatórias expedidas que devem trazer por princípio a maximização do custo-benefício de sua atividade, reconhecendo que alguns custos e benefícios são de difícil mensuração, indica que a agência deve somente propor ou adotar uma regulação quando puder obter uma conclusão razoável condizente com os custos²⁸.

A *Executive Order* 12.866 traz ainda que *each agency shall identify and assess alternative forms of regulation and shall, to the extent feasible, specify performance*

²⁷ Apolinário, Marisa, O Estado Regulador: o novo papel do Estado Análise da perspectiva da evolução recente do Direito Administrativo. O exemplo do sector da energia. Coimbra: Almedina, 2016. p. 122.

²⁸ Cfr. Gesner, Oliveira. *Op. cit.*

*objectives, rather than specifying the behavior or manner of compliance that regulated entities must adopt*²⁹. Conforme bem sintetiza Gesner (2004),

resta clara a preocupação das autoridades com a busca de alternativas à regulação direta (*comand-and control regulation*) que estabelece o comportamento a ser adotado pelos agentes econômicos, como a adoção de regulação baseada no desempenho dos agentes econômicos (*performance based regulation*), nas quais a regulação estabelece as metas a serem alcançadas pelos agentes econômicos, permitindo uma discricionariedade na escolha dos meios. (GESNER, 2004: 41)

Não obstante essas exigências e submissões serem mandatórias para as agências dependentes, isso resulta por não eximir a influência que exerce sobre as agências independentes, de forma que a sociedade e os tribunais acabam por serem instigados a demandar tais princípios e boas práticas do sistema regulatório como um todo. Nessa seara, as agências independentes estão vinculadas as orientações orçamentárias, de utilização de bens públicos, de recursos humanos e de relação trabalhista. Todavia, essas orientações não podem revogar, modificar ou anular decisões³⁰.

Mister ressaltar que o termo agência no direito norte-americano é empregado em um sentido *lato*, que abarca qualquer autoridade de governo, excetuando-se o Congresso e Tribunais. Conforme Calvão da Silva (2017), é importante distinguir

[...]entre *executive agencies* e *independent agencies*, consoante o estatuto de independência: as primeiras, embora disponham de autonomia de gestão, são dependentes da autoridade presidencial; as segundas gozam de um estatuto de independência do Poder Executivo, com amplas prerrogativas, típicas dos três ramos clássicos do poder. (CALVÃO DA SILVA, 2017: 553)

Em suma, o direito administrativo americano confunde-se com o das agências, entendido como o direito que regula o modo como as Comissões aplicam os seus programas e os Tribunais fiscalizam a sua atividade³¹.

As agências reguladoras independentes caracterizam-se pelo nível elevado de independência ou “autonomia reforçada” em relação ao Executivo e demais Poderes. Elas possuem competências que são atribuídas aos três Poderes constitucionalmente instituídos, quais sejam, poderes administrativos, quase-judiciais e quase-legislativos. Nesse sentido, em 1952, Robert Jackson, juiz da Suprema Corte no julgamento *Federal Trade Commission v. Ruberoid Company* (343 U.S. 470), proclamou que

²⁹ *Executive Order 12.866 of September 30, 1993. Section I. (b). (8).*

³⁰ *Vide*, Cardona, Maria Celeste. Contributo para o Conceito e a natureza das Entidades Reguladoras Independentes. As autoridades Reguladoras. Almedina, Coimbra, 2016.

³¹ Apolinário, Marisa, *op. cit.*

*Administrative agencies have been called quasi-legislative, quasi-executive or quasi-judicial, as the occasion required, in order to validate their functions within the separation-of-powers scheme of the Constitution. The mere retreat to the qualifying 'quasi' is implicit with confession that all recognized classifications have broken down, and 'quasi' is a smooth cover which we draw over our confusion as we might use a counterpane to conceal a disordered bed.*³²

Isto posto, destaca-se que a adoção pelo modelo das agências nos EUA difere-se das motivações históricas daquelas na América Latina e Europa. Se por um lado justificou-se o surgimento das agências independentes³³ buscando uma maior intervenção estatal na economia para conter os efeitos nocivos da concorrência exacerbada, por outro lado, justifica-se o oposto, derrubar o forte intervencionismo político na economia. “É possível afirmar que a regulação no contexto americano se fez presente de forma cíclica, caracterizada por diferentes graus de intervenção regulatória”³⁴.

Na Europa, o advento das entidades reguladoras independentes surge no contexto de transição do Estado Intervencionista para o Regulador, em face do peso excessivo dos orçamentos públicos decorrente da expansão da atividade do Estado, isso enseja uma onda de privatizações e a liberalização de múltiplos setores da economia, ainda que tal não signifique que o Estado não tenha uma responsabilidade de garantia pelo bom funcionamento dos mercados, em ordem à satisfação das necessidades dos cidadãos em matéria de serviços públicos essenciais.

2.1.2 O modelo europeu

O sistema das *regulatory commissions* nascido nos Estado Unidos acabou por inspirar outros países na adoção por uma regulação econômica que permitisse o Estado reduzir sua presença nos domínios econômicos. Esse sistema importado foi moldado conforme as especificidades de cada ordenamento administrativo à medida que era

³² In: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/343/470>. Acessado em: 17 de julho de 2018.

³³ Cfr. Aragão, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes – algumas desmistificações à luz do direito comparado. Brasília a. 39 n. 155 jul./set. 2002. p. 307, “devemos observar que as autoridades administrativas independentes não são um fenômeno homogêneo, havendo, ao revés, grandes disparidades entre elas em função dos distintos graus de “autonomia reforçada” que lhes é assegurada, o que inclusive leva a um sem-número de divergências doutrinárias quanto à inclusão desta ou daquela entidade na categoria”.

³⁴ Cfr. Peci, Alketa. Regulação Comparativa: uma (des)construção dos modelos regulatórios. p. 75 In: Peci, Alketa (Org.) Regulação no Brasil: desenho, governança e avaliação. São Paulo, Atlas – 2007.

implantado – nas palavras de Vital Moreira (2003: 129) – sem a “largueza de atribuições e a independência funcional e orgânica dos seus modelos transatlânticos³⁵”.

O pano de fundo para o disseminar do modelo regulatório independente foram as mudanças estruturais da economia preconizadas por Reagan nos EUA e Thatcher no Reino Unido. A abertura de setores econômicos, liberalizações e privatizações conduziram, máxime, a uma reformulação do papel do Estado. Esses fatores obrigam a uma remodelação das estruturas organizativas clássicas da Administração Pública, reduzindo o peso intervencionista do Estado, mediante o fim dos monopólios estatais, da concessão de serviços aos particulares e da abertura de mercado a livre concorrência. Essa nova política econômica, em reação a falência do modelo de Bem-Estar Social, alastrou-se para além do Reino Unido e Estados Unidos, passando pela Europa Continental e América Latina. Nesse sentido, os Estados se viram diante da necessidade de criar entidades independentes para regular e fiscalizar esses setores recém entregues a ótica privada. É, pois, neste contexto, que a experiência americana serve de inspiração para os governos europeus.

Na Europa, o pioneiro deles foi o Reino Unido, que amparou suas *quangos* (*quasi-autonomous non-governmental organisation*) aos mecanismos de controle social e político do modelo *yankee*. Todavia, como será visto a seguir, o sistema jurídico-regulatório britânico difere-se dos modelos recepcionados pela Europa continental.

Nessa esteira, a França também criou entidades reguladoras setoriais seguindo a lógica da diminuição da interferência governamental em domínios privados. O legislador francês caracterizou essas novas entidades com um conjunto de recursos de forma a evidenciar os orçamentos autônomos e a independência política.

Em Portugal não foi diferente. As propostas e soluções inventadas pelo sistema americano, aliadas a experiência britânica com esse modelo organizacional e as considerações percebidas pelo sistema jurídico francês, moldaram o enquadramento português das entidades reguladoras independentes.

Imprescindível mencionar a influência e controle exercidos pelo Direito Comunitário na conformação atual do modelo regulatório nos países membros. Com o desenvolvimento e aperfeiçoamento da Comunidade, diante do alargamento de funções, competências e controle, percebemos uma maior presença e interferência da União nos

³⁵ Moreira, Vital. *Administração Autônoma e Associações Públicas*. Editora Coimbra, 2003. p. 129.

ordenamentos nacionais. O resultado das diversas intervenções da União nos Estados membros, seja por meio jurisprudencial do Tribunal Europeu, seja pelos processos de harmonização impostos pelo Conselho, é o que, hodiernamente, a doutrina tem chamado de europeização³⁶ dos direitos administrativos nacionais.

Para constar, também nesta seara, com a expansão das funções executivas da Comissão Europeia e por necessidades do “reforço da credibilidade de ação pública e de especialização técnica”³⁷, à semelhança dos Estado membros, a União Europeia criou agências. Essas agências da União não seguem um padrão, pois assumem distintas características, desde a natureza do normativo instituidor até o quadro de missões e competências que lhe são delegadas³⁸. Em termos práticos e conceituais, essas agências não podem ser postas ao mesmo patamar das entidades reguladoras independentes dos Estados membros, dado que não possuem poderes regulamentares, discricionário, de execução e de decisão definitiva.

2.1.2.1 Reino Unido

Primeiro país a adaptar o modelo norte-americano das *independent commissions*, o Reino Unido - terra da *Common Law*, marcadamente distinguido pelo seu policentrismo e pela autonomia de seus órgãos, possuía, de antemão, entidades que exerciam funções com alguma independência do Governo. Essas entidades *sui generis*, conhecidas, contemporaneamente, pelo acrônimo *quangos* são uma originalidade do sistema britânico. Conforme Vasquez (2008, citado por Cardona, 2016: 361), a literatura britânica explana que as “administrações independentes são quase uma regra geral da organização das funções e serviços públicos”³⁹.

³⁶ Segundo ensina Pedro Gonçalves, a *europeização* pode se desdobrar em dois vetores: a influência determinante do direito comunitário na homogeneização dos regimes jurídicos aplicáveis aos Estados-Membros e; na estruturação de um sistema administrativo europeu, que conjuga e mistura níveis de administração comunitária e nacional. (Gonçalves, Pedro. *Regulação, Electricidade e Telecomunicações: estudos de direito administrativo da regulação*. Coimbra Editora, 2008. p. 31).

³⁷ Calvão da Silva, João Nuno. *Agências de Regulação da União Europeia*. Coimbra, 2017. p. 578.

³⁸ Cfr. Cardona, Maria Celeste. *Contributo para o Conceito e a natureza das Entidades Reguladoras Independentes*. As autoridades Reguladoras. Almedina, Coimbra, maio de 2016. p. 441.

³⁹ Vasquez, Ramon. *Concepto y fuentes del derecho administrativo*. Marcial Pons, 2008. p. 270, citado por Cardona, *op. cit.* p. 361.

Essas entidades inglesas caracterizam-se pela sua diversidade de espécies e funções. Os *quangos* podem exercer desde atividades administrativas tão somente, até atividades regulatórias e quase-judiciais. Aragão (2002) ensina que no século XIX,

[...] quando era editada uma lei para dar conta de determinado interesse público, era concomitantemente criado um órgão para implementá-la. Dessa maneira, foram criados quangos para as mais diversas finalidades chegando a alcançarem em seu conjunto o impressionante número de mil e quinhentas organizações. (ARAGÃO, 2002: 294)

Destarte, a pluralidade de finalidades, difícil é se chegar a uma classificação homogênea, que “se trata em geral de entidades colegiais, independentes, que tendem a escapar às regras da função pública e da contabilidade pública”⁴⁰.

Almejou-se, com as mudanças introduzidas na economia a partir das liberalizações, privatizações e desregulamentação promovidas por Thatcher endurecer o controle sobre os *quangos*, eliminar uns e criar outros, máxime, para regulação econômica. Nomeadamente, quanto aos que foram criados para regulação independente, adotou-se a denominação de *agências*, inspirada nos EUA. Todavia, essa *inspiração* é limitada e adaptada à realidade consuetudinária inglesa. No modelo britânico, as competências das agências foram divididas com o ministro responsável do setor, assim nas palavras de Cattaneo (1999, *apud* Aragão 2002: 295), “aos ministros competem a fixação das políticas públicas; às agências, executá-las com autonomia, inclusive financeira”⁴¹. Ou seja, os ministros com a competência política de definir e orientar o setor em voga e as agências com a competência de fiscalização, de sanção e de proteção dos consumidores.

A opção de se compartilhar as competências desses novos *quangos* regulatórios evidenciou o enfraquecimento do princípio democrático da responsabilização política. Em suma, o Ministro da pasta responde pela fixação da política setorial e pela aprovação orçamental das agências. Deste ponto, os mecanismos de controle sobre as agências acontecem por três vias: diante do ministro setorial; diante do Parlamento (diretamente, por meio das comissões parlamentares respectivas); ou por meio da fiscalização da comissão para a administração pública. Do enfoque funcional, o ministro detém a prerrogativa mínima

⁴⁰ Cfr. Maças, Fernanda, Moreira, Vital, Autoridades Reguladoras Independentes - Estudo e Projecto de Lei-Quadro, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pág. 21

⁴¹ Cattaneo, Salvatore. *Agencies e regulation nel Regno Unito*. In: Labriola, Silvano. *Le autorità indipendenti: da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*. Milano: Giuffrè, 1999, citado por Aragão 2002, *op. cit.* p. 295.

de intervenção na agência decorrente do poder de superintendência, e as agências devem prestar contas, por meio das autoridades políticas perante o parlamento.

Nesse sentido, as discussões doutrinárias atêm-se na busca pela transparência, imparcialidade e legalidade das decisões, pois é pacificado, em virtude da sua própria existência histórica, o fator de independência das agências. Apesar dos *quangos* terem tido suas competências e regras de controle alteradas significativamente no período do governo Thatcher, a sua insubmissão de receber ordens do governo, a falta de uma responsabilização mais dura face ao Parlamento, os altos custos orçamentais e multiplicidade de setores em que interferem está levando o Governo e a doutrina inglesa a reverem os regimentos e estatutos dos *quangos*.

2.1.2.2 França

No rastro das reformas políticas-econômicas que estavam acontecendo nas décadas de 70/80, a França, no ímpeto de reduzir o tamanho do aparelho estatal, o volume de intervenções na economia e as falhas de mercado, engajou-se na busca pela reformulação dos modelos clássicos de regulação. Dessa égide surgem, no ordenamento francês, as *entités administratives indépendantes*⁴².

Isto é, as agências reguladoras independentes surgem como uma resposta política-legislativa-institucional aos problemas oriundos do Estado Intervencionista, onde se buscava atenuar a presença estatal frente a setores específicos da economia⁴³. A forma de regulação independente traz mais credibilidade ao setor, ao se afastar o jogo político dos interesses dos regulados e dos reguladores.

Relevante mencionar também a influência que as orientações e Diretivas da União Europeia exerceram sobre o aparecimento dessas *entités*, ao exigir dos países membros o

⁴² Cfr. Cardona, Maria Celeste. Contributo para o Conceito e a natureza das Entidades Reguladoras Independentes. Almedina, Coimbra, maio de 2016. p. 348, “o conceito de autoridade administrativa independente foi cunhado na França pelo legislador de 1978, na lei 17 de 6 de janeiro. Entretanto, uma dezena de anos depois, a contribuição jurisprudencial e doutrinária para a definição e enquadramento da noção jurídica permitiu delimitar e ampliar este conceito”.

⁴³ Para Alexandre de Aragão em *As agências reguladoras independentes – algumas desmistificações à luz do direito comparado*. Brasília a. 39 n. 155 jul./set. 2002. p. 302, as agências francesas “não se limitam à regulação de setores econômicos ou de serviços públicos delegados a particulares, abrangendo também funções de proteção de direitos fundamentais e de proteção dos cidadãos frente à Administração Pública, não sendo, portanto, no seu conjunto, vinculadas exclusivamente à desestatização e à liberalização de setores da economia”.

aprofundamento da integração econômica, da abertura dos mercados à concorrência dentro do âmbito da Comunidade e o atendimento aos princípios conformadores do mercado único europeu.

O legislador francês dotou as agências independentes de poderes regulamentares e decisórios, de autonomia funcional e orgânica e de insubmissão a orientações ou ordens do Poder Executivo, ou aos princípios de hierarquia – característico da administração francesa. Essa independência é legitimada na necessidade de agir com imparcialidade frente aos interesses dos regulados e dos consumidores, entretanto as *entités* não dispõem de autonomia orçamentária, pois não são detentoras de personalidade jurídicas. Tem por bem último a prossecução do interesse público e “não têm um estatuto de irresponsabilidade e de pura discricionariedade” (Cardona, 2016: 357) pois, rendem-se a rigorosos procedimentos processuais de controle de responsabilidade e eficácia, ao contrário das correlatas inglesas. Nos mecanismos de controle político e de responsabilidade, essas agências possuem seus atos verificados ao poderio das Cortes Administrativas e devem apresentar um relatório das atividades às comissões competentes do Legislativo. Mais recentemente, com o alargamento das competências da Comissão Europeia, algumas nuances das suas ações podem ser investigadas por Bruxelas.

A exemplo de outros países, em que uma adaptação dos ordenamentos constitucionais se fizeram necessários para receber esse novo modelo de regulação independente, o caso francês não foi diferente, as agências foram recepcionadas no arcabouço constitucional francês, como bem sintetiza Jacques Chevallier (*apud* Aragão, 2002: 305) “graças a um trabalho de interpretação, notadamente jurisprudencial, objetivando aparar as arestas de algumas de suas particularidades e a suavizar algumas das suas asperezas, a fim de que fossem compatibilizadas com a arquitetura institucional⁴⁴”.

Esta breve incursão na origem e conceito das autoridades independentes francesas, nos permite descortinar as influências que, além do modelo americano, as adaptações feitas pelo legislador francês, exercem sobre o modelo brasileiro.

⁴⁴ Aragão, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes – algumas desmistificações à luz do direito comparado. Brasília a. 39 n. 155 jul./set. 2002. p. 305.

2.1.2.3 Portugal

A gênese das agências reguladoras independentes em território português, ao exemplo do que foi visto na Europa, começa a despontar-se nos primeiros anos da recém restaurada democracia portuguesa. O país, saído de um período de forte intervenção estatal na economia e na sociedade, com resquícios da ideologia socialista, vai aos poucos, adequando-se a realidade que começa a se instaurar na economia europeia.

Esse novo paradigma traz consigo desafios impostos a nova democracia portuguesa, de forma que o Estado precisa evidenciar para a sociedade que consegue promover a segurança jurídica e imparcialidade de suas atividades e demonstrar estar preparado para as respostas exigidas diante da falência do modelo de Estado vigente. Externamente, o país sofre pressão das mudanças engendradas pelo processo de integração europeia, onde o fenômeno da europeização se torna assente.

Com a assinatura do tratado de adesão a Comunidade Econômica Europeia em 1985, o Estado vê-se compelido pelos princípios norteadores da integração econômica a observar as liberdades fundamentais do mercado comum e das regras da concorrência. Ao passo do que ocorreu no Reino Unido e França, entre outros, Portugal segue a mesma tendência de desfazimento dos monopólios estatais, quando os setores estatizados começam a ser minorados, com empresas públicas abrindo parte de seu capital ao acesso privado. Esse período marca, portanto, o início do processo de liberalização e privatização de empresas estatais no ordenamento português. De notar-se que, embora esses processos tenham ocorrido a mesma época da adesão de Portugal a Comunidade Europeia, o Tratado não demanda que o país membro privatize suas empresas, somente que forneça as condições de concorrência a todos os interessados, sem discriminação em razão da nacionalidade do Estado membro.

A onda de liberalização e privatização, como é de se supor, não eliminou o papel do Estado na economia, ao contrário, criou a necessidade de novas formas de regulação econômica, forçando o poder político a posicionar-se de forma paralela aos setores abertos a concorrência e, por conseguinte, das entidades que regulariam e fiscalizariam tais setores. Em 1997, com a quarta revisão constitucional, foi inserido um dispositivo permissivo⁴⁵, que

⁴⁵ O art. 267.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa assevera que "a lei pode criar entidades administrativas independentes".

habilitou a criação das entidades reguladoras independentes, fundamentando juridicamente o surgimento no ordenamento português.

Como bem ressalta Vital Moreira (2012),

as sucessivas diretivas da Comissão Europeia sobre a liberalização e a abertura ao mercado estabeleceram o ritmo do processo em Portugal [...] assim, sem prejuízo da regulação contratual (nos contratos de concessão) nomeadamente em matéria de obrigações de serviço público, foram criadas entidades reguladoras para cada setor aberto à concorrência. (MOREIRA, 2012: 42)

Contudo, apesar do aparecimento de tal dispositivo constitucional, que abriu a possibilidade de o legislador ordinário criar autoridades independentes, ter ocorrido na revisão de 1997, isso não afastou a criação de entidades com autonomia e independência anteriormente a esta revisão. Tanto que, em meados de 1991, com a liberalização do mercado de valores mobiliários, a bolsa de valores é privatizada e posteriormente é criada a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários - CMVM⁴⁶, autoridade reguladora independente, aos moldes da americana *Securities and Exchange Commission*. Também, é de notar outras entidades com estatuto similar, reconhecidos por lei ordinária, antes de 1997, como são os casos da Entidade Reguladora para a Comunicação Social⁴⁷ e do Banco de Portugal⁴⁸.

No ordenamento lusitano, as agências reguladoras independentes inserem-se na esfera da Administração Indireta do Estado, não obstante, terem por característica principal a autonomia reforçada em relação ao poder político, por não se submeterem ao poder de

⁴⁶ A CMVM foi criada em abril de 1991 e tem como missão supervisionar e regular os mercados de instrumentos financeiros e promover a proteção dos investidores. É uma pessoa coletiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio. Fonte: <http://www.cmvm.pt/pt/Pages/home.aspx>

⁴⁷ A Entidade Reguladora para a Comunicação Social reside seu fundamento diretamente de preceito constitucional. O novo governo, no anseio demonstrar a sociedade que poderia trazer maior eficiência e eficácia a setores específicos, além de assegurar um maior pluralismo ideológico, criou os Conselhos de Informação, oriundos da Lei da Imprensa de 1975. Nota-se que, com o país saído de um contexto de ditadura, esses Conselhos foram criados por pressão política e não da própria imprensa, como deveria se supor. Com a assinatura do tratado de adesão a Comunidade Econômica Europeia em 1985 e com o advento da terceira revisão constitucional, é criada a entidade reguladora da comunicação social. Em 1997, com a quarta revisão, essa entidade torna-se uma Alta Autoridade, órgão independente com autonomia administrativa e que funciona junto da Assembleia da República. Em 2005, é alçada a Entidade Administrativa Independente, “pessoa colectiva de direito público, que visa assegurar as funções que lhe foram constitucionalmente atribuídas, definindo com independência a orientação das suas actividades, sem sujeição a quaisquer directrizes ou orientações por parte do poder político; dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio, exercendo os necessários poderes de regulação e de supervisão” (Artigo 1º da Lei n. 53/2005 de 8 de novembro que cria a Entidade Reguladora para a Comunicação Social, extinguindo a Alta Autoridade para a Comunicação Social e artigo 1º do Anexo da mesma Lei).

⁴⁸ O Banco de Portugal tem seu estatuto contido em texto constitucional. Foi criado por decreto régio em 1846. Em 1974 o Banco foi nacionalizado e em 1975 as funções e estatutos foram redefinidos, o que lhe atribuía o estatuto de banco central e incluía, a função de supervisão do sistema bancário. Em 1998, passou a fazer parte do Sistema Europeu de Bancos Centrais. Fonte: www.bportugal.pt

tutela e de superintendência. São tipificadas por institutos públicos de regime especial, não estando sujeitas a orientações políticas.

O fortalecimento do sistema de regulação independente em Portugal foi impulsionado em 2011, diante das imposições da *Troika*⁴⁹. A crise financeira que afetou o país na década passada, levou o governo português a buscar ajuda financeira internacional. Com a assinatura do Memorando de Entendimento⁵⁰, o Estado comprometeu-se a agilizar os processos de privatização de empresas públicas incumbidas da prestação de serviços públicos, continuar com a liberalização dos setores econômicos, reforçar a garantia da livre concorrência e dos mecanismos para assegurar a independência das autoridades reguladoras nacionais e eliminar as *golden shares*⁵¹.

Essas imposições do Memorando caracterizam-se por serem livres inspirações do advento do modelo de Estado Regulador instaurado na Europa, onde se busca promover a concorrência saudável dos mercados, a redução da intervenção direta do Estado e promoção e defesa da participação privada na economia.

A exigência de se garantir a independência das agências reguladoras e nesse sentido, apresentar uma proposta para implementar as melhores práticas internacionais identificadas, em plena observância da legislação comunitária⁵², resultou, em 2013, na adoção de uma Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras Independentes.

Entretanto, a ideia de uma lei-quadro para essas entidades não é novidade. Em 2002, houve uma tentativa, por meio do Ministro de Estado Alberto Martins, que solicitou um projeto de lei ao Exmo. Professor Vital Moreira e a Juíza Conselheira Dra. Fernanda Maçãs. Todavia, o projeto apresentado não teve continuidade⁵³ devido a mudança de governo

⁴⁹ *Troika* é a designação atribuída ao comitê, constituído pelo Fundo Monetário Internacional, Banco Central Europeu e Comissão Europeia, responsável pela negociação dos termos para concessão de ajuda financeira internacional.

⁵⁰ Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidade de Política Económica. Disponível em: https://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf

⁵¹ Direitos especiais do Estado em empresas privadas. Na lição de Calvão da Silva (2008), em sentido estrito, traduzem-se em prerrogativas estaduais derogatórias do direito societário, poderes excepcionais conferidos por diploma legislativo em nome do interesse público. Os direitos especiais do Estado nas empresas privatizadas permitem normalmente vetar decisões de gestão estratégica ou relativas a mudanças na propriedade da empresa, embora o Estado detenha uma minoria de ações ou uma ação de valor simbólico. Este fato distorce o livre funcionamento do mercado, inibe a criação de economia de escalas e não permite as empresas usufruir plenamente do processo privatizador. (Calvão da Silva, João Nuno. Mercado e Estado: serviços de interesse económico geral. Coimbra: Almedina, 2008. P. 70 e ss.)

⁵² Memorando de Entendimento, *op. cit.* p. 34.

⁵³ Esse projeto deu origem ao livro *Autoridades Reguladoras Independentes - Estudo e Projecto de Lei-Quadro*. Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) – Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

ocorrida. Nessa medida, por força do exposto anteriormente, essa ideia veio a ser revivida pelo Governo na Proposta de Lei nº 132/XII, que originou a Lei 67/2013, atualmente em vigor.

A Lei-Quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade econômica, vem por inaugurar um novo regime jurídico, unificado, para as entidades reguladoras, que assenta sobre a própria remodelação da administração pública. A lei trata as entidades reguladoras como pessoas coletivas de direito público com natureza independente. O legislador excluiu da aplicação desse normativo o Banco de Portugal e a Entidade Reguladora para a Comunicação Social, pois ambos se regem por legislação própria.

Este normativo assume um papel fundamental na distinção entre as diversas entidades administrativas independentes. Distinção entre as que operam em função de regulação de atividade econômica e as que operam na área dos direitos fundamentais e de natureza análoga.

Para Cardona (2016: 827), a lei veio “preencher uma importante lacuna no ordenamento jurídico, e desempenhar um papel verdadeiramente inovador no campo da reflexão doutrinária em torno do conceito e da natureza das entidades administrativas independentes”⁵⁴.

A ponderação do Professor Doutor Calvão da Silva, exprime dúvidas quanto a real utilidade de uma Lei-Quadro, frente a heterogeneidade das agências que servem necessidades específicas de cada setor. Continua Calvão da Silva (2015):

Noutros termos: afigura-se-nos, no mínimo, *questionável* a relevância de uma estrutura geral do sistema de reguladores nacionais tendo em conta a inexistência de uma racionalidade transversal às várias agências; as missões e os sectores de intervenção dos reguladores são tão diferentes que nos parece *artificial e pouco eficaz impor uma uniformidade inutilmente redutora*. Teria sido preferível, em nosso modo de ver, a adopção de um conjunto de *linhas directrizes* ou de *orientações gerais* inspiradoras da criação das entidades reguladoras nacionais, alternativa provavelmente mais eficaz em termos de enquadramento destes organismos do que a emissão de uma Lei-Quadro de cariz vinculativo [...] (CALVÃO DA SILVA, 2015: 387)

Desta feita, a referida lei trouxe harmonização de definições e procedimentos, que antes estavam ao léu das diversas leis instituidoras (e suas revisões), o que aproximou a

⁵⁴ Cardona, Maria Celeste. Contributo para o Conceito e a natureza das Entidades Reguladoras Independentes. As autoridades Reguladoras. Almedina, Coimbra, maio de 2016. p. 827.

legislação da regulação independente de Portugal das demais do Bloco Europeu, naturalmente, também, por se tratar do fenômeno da europeização e por força das imposições da *Troika*.

Como visto, Portugal não havia como escapar à tendência europeia, de origem norte americana, do modelo das agências reguladoras independentes. Seja pela recente redemocratização da República, ou pelas imposições oriundas da adesão e posteriormente, da ajuda financeira da União Europeia, a regulação independente se assentou como parte integrante da organização administrativa do Estado Português.

2.1.3 Síntese Conclusiva

Feita esta breve introdução acerca das origens, motivações e desenvolvimentos das agências reguladoras independentes, tanto na Europa quanto na sua gênese nos Estados Unidos, percebemos a convergência dos diferentes sistemas na busca pela neutralidade de interesses frente a forças políticas e aos interesses dos regulados. Nas características dos modelos, vimos que essas entidades se inserem no escopo da nova administração pública, nascida da derrocada do Estado Intervencionista. Receberam atribuições e poderes do legislador nacional para atuarem com imparcialidade, com independência orgânica e funcional, visando trazer uma regulação isenta ao livre mercado.

Contudo, a despeito de os diferentes modelos terem sido livremente influenciados pelas experiências alheias de outros países, existem distinções, naturais, entre os ordenamentos pátrios e, também, pelo contexto social em que estavam inseridos. Como observado, os EUA passavam por uma necessidade de mais Estado, para sanar os problemas decorrentes da exacerbada livre concorrência, enquanto que países europeus, visavam uma redução da *longa manus* do Estado na economia e simultaneamente, sofriam influências do aparelhamento protagonizado pela Comunidade Europeia.

Nesse sentido, Calvão da Silva (2017) averba que,

no cerne da expansão das agências independentes nos países da União Europeia encontram-se, não apenas crenças nas virtudes da regulação independente como forma de superação das falhas de mercado ou das falhas de intervenção pública neste, mas também as exigências comunitárias em setores econômicos vários, máxime nas indústrias de rede. (CALVÃO DA SILVA, 2017: 556)

Apesar da matriz dos sistemas de inspiração franco-germânica e do sistema anglo-americano se diferenciarem, no processo de consolidação do modelo por agências

independentes, os governos enfrentaram resistências similares, com opositores questionando, com fundamentação, a legitimidade constitucional, democrática e os poderes acentuados, o que chegou a se chamar, nos Estados Unidos, de um Quarto Poder.

Mais atentamente, importa referir que, o modelo de regulação independente representou uma ruptura no paradigma tradicionalista de administração pública, em que o governo era detentor da titularidade das atividades e dos serviços de ordem pública, e conseqüentemente, de toda sua regulação.

Originário nos Estados Unidos, a regulação independente desenvolveu-se na Europa, em países com realidades e ordenamentos distintos, confirmando o estabelecimento dessas entidades reguladoras no seio da reforma administrativa. No Reino Unido, apareceu na década de 80, por meio das já existentes *quangos*, onde o cerne da reforma administrativa, promovida pelo governo Thatcher, assentava no acompanhamento da liberalização e da privatização das empresas de utilidades públicas, de modo assegurar o acesso isonômico dos operadores privados às redes, fomentar a concorrência e garantir o direito dos consumidores.

Na França, evidenciou-se com a criação de entidades reguladoras independentes que eram caracterizadas por exercerem atividades decisórias e regulatórias, e por carecerem de personalidade jurídica. Entretanto, isso não impedia a sua total autonomia em relação ao Poder Executivo, apesar de estarem conectadas às estruturas orçamentárias de seus respectivos ministérios.

Em Portugal, o aparecimento dessas autoridades se deu em razão das forças Comunitárias e das respostas às demandas sociais. Conforme Cardona (2016),

os princípios de inspiração liberal, importados do Reino Unido e dos EUA, os princípios de tutela e garantia de direitos fundamentais e de direitos de natureza análoga, importados da França, bem como as regras de definição de competências, importadas da Espanha, influenciaram a política de Portugal no que se refere a criação ao desenvolvimento destas entidades. (CARDONA, 2016: 335)

Também, no âmbito da União Europeia são criadas uma profusão de agências com estatuto diversificados, observados dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade, assegurando de forma centralizada as atividades regulatórias, no exercício da função executiva da Comissão Europeia⁵⁵. Contudo, somente o Banco Central Europeu e a Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos possuem independência de suas ações.

⁵⁵ Calvão da Silva, João Nuno. Mercado e Estado: serviços de interesse económico geral. Coimbra: Almedina, 2008. p. 141.

Em suma, como apontado, esse périplo é fundamental para entendermos o estágio atual de desenvolvimento do modelo regulatório independente internacional, sobretudo ao analisar-se, mais a frente, este fenômeno sobre a ótica do ordenamento brasileiro, que se iniciou, tardiamente, na metade da década de 90, inspirados pelas experiências norte-americanas e pelo alastramento das agências regulatórias na Europa.

2.2 O modelo brasileiro

Dado o pioneirismo americano no modelo de regulação independente, onde inovou-se ao criar as *independent commissions* para que houvesse uma maior participação estatal na esfera dos privados, tendo em vista a cultura predominantemente liberal dos americanos, no Brasil, as razões apontadas são outras, alinhando-se com as origens das agências na Europa. Isto é, a transição do modelo estatal intervencionista para o modelo do Estado Regulador, onde buscava-se a redução da participação estatal nos domínios econômicos. Mais detalhadamente, o quadro brasileiro se assemelha em alguns aspectos com o contexto português. No caso, os dois países passaram por um período de redemocratização, saídos de uma ditadura onde a presença do Estado era fortemente sentida na economia e nos arcabouços jurídicos. Centrando-se na situação brasileira, o processo de redemocratização iniciado na década de 80, concretizou-se com a promulgação da Constituição “Cidadã” de outubro de 1988⁵⁶, o que marca, também, o início do período de transição de modelos estatais no país.

Com essa sucessão de eventos – redemocratização, nova Constituição Federal⁵⁷ e falência do Estado de Bem-Estar Social, a transição de modelos econômicos estatais em solo

⁵⁶ Termo Constituição “cidadã” foi batizado por Ulysses Guimarães. A Constituição Brasileira foi considerada, à época, uma das mais avançadas do mundo, nomeadamente em direitos e garantias fundamentais. Ainda, segundo doutrinadores, “muitas novidades da Constituição portuguesa de 1976 foram aproveitadas pela Constituição brasileira de 1988” (José Levi Mello do Amaral Júnior); “vê-se essa relação notada e manifesta quanto aos direitos fundamentais e também quanto ao modelo de controle de constitucionalidade, especialmente no que concerne às ações diretas” (Gilmar Mendes); “as similitudes também se mostram importantes no modo como a Constituição brasileira é entendida e interpretada pela doutrina, que se influenciou pelas ideias dos pais-fundadores da Constituição Portuguesa de 1976, como Jorge Miranda e Marcelo Rebelo de Sousa, e de J. J. Gomes Canotilho” (Otavio Luiz Rodrigues Junior). Todos em Congresso Luso-Brasileiro de Direito Constitucional. Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 8 e 9 de abril de 2010. Coordenação científica do Congresso Professores Doutores Jorge Miranda, Marcelo Rebelo de Sousa, Carlos Blanco de Morais.

⁵⁷ Além das inovações trazidas no campo social, importante ressaltar as de ordem econômicas, elencadas nos artigos 170 e seguintes. Traz como princípios norteadores da atividade econômica a livre concorrência e a defesa do consumidor. E que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando

brasileiro teve início com o advento do Programa Nacional de Desestatização (PND) de 1990. Esse programa surge em reação a crise econômica que estava instaurada no país desde a década passada, surgida pela má gestão do modelo estatal vigente, em que o Estado se desviou de suas principais atribuições para intervir pesadamente nos setores produtivos e de serviços, agravando a situação fiscal e a inflação, evidenciando, à visto disso, a necessidade de se repensar as formas de atuação do Estado⁵⁸. A ideia era criar mecanismos, ajustes e reformas para resgatar a autonomia financeira e a capacidade de implementar efetivamente políticas públicas.

Esse programa, como o próprio nome sugere, desestatização - a ação de diminuir ou acabar com a atuação do Estado, marcou a era das privatizações das empresas públicas, que se acentuou na metade da década de 90. O ajuste fiscal, a privatização e a abertura comercial são então colocados em marcha.

O programa, na letra da lei, trazia dispositivos em que o Governo deveria reordenar sua posição estratégica na economia, transferindo à iniciativa privada as atividades indevidamente exploradas pelo setor público; permitir que a administração pública concentrasse seus esforços nas atividades em que a presença do Estado fosse fundamental para a consecução das prioridades nacionais; contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais; entre outros⁵⁹. Floriano de Azevedo (*apud* Duarte Junior, 2014: 100) salienta como um dos motivos para os processos de privatização, a “instabilidade decisória, haja vista que a atuação direta do Estado na economia pautava-se, não por critérios econômicos, do mercado, mas pela necessidade de acomodar interesses políticos imediatos e as questões de alternância do poder”⁶⁰.

Esses dispositivos supracitados evidenciam, impreterivelmente, a mudança de paradigma do modelo estatal, com a ampliação e fortalecimento da iniciativa privada e,

necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Apesar das inovações trazidas, a nova Constituição sofre algumas críticas no sentido de retorno ao patrimonialismo estatal, indo na contramão da tendência mundial. Conforme o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado em 1995, a nova Carta Magna representa um retrocesso burocrático, ao provocar um “engessamento do aparelho do Estado ao estender para os serviços do Estado e para as próprias empresas estatais praticamente as mesmas regras burocráticas rígidas adotadas no núcleo estratégico do Estado”. (Brasil, Presidente. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado*. Brasília, 1995. P. 29)

⁵⁸ Nota-se que o Estado passava por uma crise de governança e não de governabilidade, pois com a redemocratização, o governo detinha a legitimidade democrática e apoio da sociedade.

⁵⁹ O Programa Nacional de Desestatização, instituído pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990 foi, posteriormente, alterado e revogado pela lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.

⁶⁰ Marques Neto, Floriano de Azevedo. *As agências reguladoras: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: fórum 2009. p.28, em Duarte Junior, Ricardo. *Agência Reguladora, Poder Normativo e Democracia Participativa*. Uma questão de legitimidade. Editora Juruá, Curitiba, 2014. p. 100.

concomitantemente, a redução da intervenção do Estado, o que já vinha ocorrendo na Europa desde meados da década de 80.

Com esse passo dado, em 1995 é que o país se centra na reforma administrativa. Entra em cena o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE). Esse Plano focaliza sua atenção na administração pública federal a fim de torná-la mais eficiente e voltada para a sociedade. A reforma no Plano é entendida, principalmente, como a redefinição do papel do Estado, isso significa, entregar para o setor privado as atividades que podem ser geridas pelo livre mercado. Reformar, também implica emendar a Constituição Federal e aprovar leis, de forma a viabilizar a concretização dos objetivos traçados em âmbito de privatização, regulação e descentralização⁶¹.

Além disso, percebe-se que algumas atividades não envolvem o exercício do poder estatal, por conseguinte, não necessitam ser executadas diretamente pelo Estado, mas precisam ser subsidiadas por este. Em virtude do processo de desburocratização e da influência exercida pelos ideais do *New Public Management*⁶², passa-se o controle de tais atividades aos setores públicos não-estatais⁶³.

Ou seja, ocorre uma descentralização da execução de serviços para a Administração Indireta⁶⁴, que o Plano vem a chamar de Publicização. Desta feita, o Estado diminui o seu papel de executor para transformar-se num Estado Regulador ou Garantidor. Sob essa nova perspectiva, nas palavras do PDRAE, busca-se o “fortalecimento das funções de regulação

⁶¹ Cfr. Mazza, Alexandre. Manual de direito administrativo. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 251, “as mais importantes dessas emendas foram:

- Emenda Constitucional n. 5, de 15-8-1995, que decretou o fim da exclusividade da prestação direta, pelos Estados-membros, dos serviços locais de gás canalizado.
- Emenda Constitucional n. 6, de 15-8-1995, responsável pela extinção do tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional, especialmente quanto à pesquisa e à lavra de recursos minerais e ao aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica.
- Emenda Constitucional n. 8, de 15-8-1995, que determinou o fim da exclusividade estatal na prestação dos serviços de telecomunicação.
- Emenda Constitucional n. 9, de 9-11-1995, que determinou a quebra do monopólio estatal das atividades de pesquisa, lavra, refino, importação, exportação e transporte de petróleo, gás natural e hidrocarbonetos.

Importante ressaltar que as Emendas Constitucionais n. 8 e 9 acrescentaram dispositivos no Texto Maior determinando a criação de “órgãos reguladores”, respectivamente, dos setores das telecomunicações e do petróleo [...] sendo consideradas o marco histórico introdutor das agências reguladoras brasileiras”.

⁶² Movimento surge entre as décadas de 80/90. Essa nova afluência administrativa busca no gerenciamento privado ferramentas para serem usadas na gestão pública, redefinindo assim alguns mecanismos burocráticos e impulsionando a reforma no setor público.

⁶³ As organizações nesse setor gozam de uma autonomia administrativa muito maior do que aquela possível dentro do aparelho do Estado.

⁶⁴ A Administração Indireta, definida pelo Decreto-Lei 200 de 1967, é compreendida pelas seguintes Autarquias, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e fundações públicas, dotadas de personalidade jurídica própria e com autonomia administrativa, operacional e financeira.

e de coordenação do Estado, particularmente no nível federal, e a progressiva descentralização vertical, para os níveis estadual e municipal, das funções executivas da prestação de serviços sociais e de infraestrutura”⁶⁵.

Como bem observa Pacheco (2006),

Apesar da referência à função de regulação, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado não apresentou proposta específica para a criação de entes regulatórios. Englobou-os, junto com as demais atividades exclusivas do Estado, dentro da proposta de “agências autônomas”, que deveriam ter maior autonomia para atingir melhores resultados. O foco era o da superação da rigidez burocrática, que desde a Constituição de 1988 amarrou a administração indireta aos mesmos controles formais da administração direta. (PACHECO, 2006: 526)

Contudo, Bresser-Pereira⁶⁶, em seu artigo intitulado *A reforma gerencial do Estado de 1995*, afirma que

três instituições organizacionais emergem da reforma, ela própria um conjunto de novas instituições: as “agências reguladoras”, as “agências executivas”, e as “organizações sociais”. No campo das atividades exclusivas de Estado, as agências reguladoras serão entidades com autonomia para regulamentar os setores empresariais que operem em mercados não suficientemente competitivos, enquanto as agências executivas ocupar-se-ão principalmente da execução das leis. Tanto em um caso como no outro, mas principalmente nas agências reguladoras, a lei deixará espaço para ação reguladora e discricionária da agência, já que não é possível nem desejável regulamentar tudo através de leis e decretos. (BRESSER-PEREIRA, 2000: 23).

Importante notar, no excerto acima, que se previa que as agências reguladoras se ocupariam das atividades exclusivas de Estado, atuando com autonomia e discricionariedade para regular os devidos setores e as agências executiva se encarregariam da execução das leis. As atividades exclusivas são entendidas pelo Plano como sendo os serviços em que se exerce o poder extroverso do Estado - o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar. Para tal, define como objetivos transformar as autarquias e fundações que possuem poder de Estado em agências autônomas, administradas segundo um contrato de gestão; e fortalecer práticas de adoção de mecanismos que privilegiem a participação popular tanto na formulação quanto na avaliação de políticas públicas, viabilizando o controle social.

Entretanto, o que se percebe é que o modelo pensado pelo PDRAE para a regulação autônoma por meio das agências, não satisfazem o mercado investidor. Para conseguir captar

⁶⁵ Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado, p. 18. A função de regulação é abarcada pela Constituição de 1988, que traz no seu artigo 174 que o agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

⁶⁶ Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado (1995-1998), coordenou a Reforma Gerencial do Estado de 1995. Foi, também, ministro da Fazenda (1987) e da Ciência e Tecnologia (1999).

entradas de capitais estrangeiros no país, o Governo precisa mostrar credibilidade e segurança para atrair investidores e interessados nos setores recém privatizados ou liberalizados. “Na verdade, mais do que um requisito, o chamado compromisso regulatório era, na prática, verdadeira exigência do mercado para a captação de investimentos”⁶⁷. Desta forma, é necessário que haja um afastamento dos interesses meramente políticos e que as decisões sobre setores específicos recaiam em decisões com caráter técnico.

Assim, o modelo apresentado por Bresser-Pereira de agências executivas, de acordo com Daniel Misse (2010: 19), “não foi levado a cabo exatamente por não prever a principal característica dessas agências: a independência (ou autonomia reforçada) em relação, principalmente, aos governos”⁶⁸.

Isso se reflete na criação da primeira agência reguladora⁶⁹, no ano posterior ao PDRAE, em que coube ao Congresso Nacional dotar a entidade a ser criada com autonomia e independência, sob regime especial. Uma vez que, o projeto de criação da agência reguladora para o setor energético, de iniciativa do Poder Executivo, não previa autonomia decisória, nem os demais requisitos caracterizantes de uma entidade independente, aliás, foi proposta ainda sob a forma de autarquia simples⁷⁰. Pacheco (2006: 528) lembra que a questão continuou a ser debatida no Congresso por mais de um período legislativo, “sendo a primeira agência criada no final de 1996, segundo o formato consagrado na experiência internacional: autonomia decisória e financeira, mandatos fixos para seus dirigentes e não coincidentes com os do chefe do Executivo”⁷¹.

Desta feita, nota-se que o aparecimento das agências reguladoras independentes no Brasil surge da congregação de diferentes contextos, sofrendo pressões tanto internas quanto externas. Atina-se que, na realidade americana, o quadro vigente a época, debatia-se sobre a presença maior ou menor do Estado, enquanto que no Brasil, sua origem remete a discussão entre mais ou menos política e burocracia. Além disso, percebe-se que, apesar de todos os

⁶⁷ Binenbojm, Gustavo. *Agências Reguladoras Independentes e Democracia No Brasil*. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 240: 147-165, abr./jun. 2005. p. 152.

⁶⁸ Misse, Daniel Ganem. *História e Sentido da Criação das Agências Reguladoras no Brasil*. XIV Encontro nacional da ANPUH-Rio Memória e Patrimônio. Rio de Janeiro, junho de 2010.

⁶⁹ Sob este novo contexto institucional, a primeira agência reguladora criada no Brasil foi a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), autarquia em regime especial vinculada ao Ministério de Minas e Energia, foi criada para regular o setor elétrico brasileiro, por meio da Lei nº 9.427/1996 e do Decreto nº 2.335/1997.

⁷⁰ Na lição de Peci, Alketa. *Regulação Comparativa: uma (des)construção dos modelos regulatórios*. p. 80, In: Peci, Alketa (Org.) *Regulação no Brasil: desenho, governança e avaliação*. São Paulo, Atlas – 2007, “o primeiro passo foi o encaminhamento das leis, e depois, a discussão sobre os conceitos básicos do modelo”.

⁷¹ Pacheco, Regina Silva. *Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle*. RAP, Rio de Janeiro 40(4):523-43, Jul./Ago. 2006. p. 528

esforços vigentes, o desenho institucional final ficou a cargo de pressões de credores e investidores externos e do Congresso Nacional, quando este adequou o projeto da primeira agência aos parâmetros internacionais⁷².

De observar também, que o Brasil, recém-saído de um longo período de ditadura militar, em que se conseguiu reestabelecer a democracia e conquistou promulgar uma nova Constituição Federal, galgou passos importantes em sentidos neoliberais, com a promoção de reformas administrativas e jurídicas travestidas com uma roupagem empresarial e gerencialista. Nesse ínterim, logrou-se desvencilhar das amarras patrimonialistas para privatizar e liberalizar setores estratégicos, de forma a se tornar mais atraente para o capital externo.

Nesse novo contexto, as agências surgem para exercer o papel importante de serem garantidores de uma *moral* tecnocrata que assegure a livre concorrência, a competitividade e os interesses dos regulados e dos reguladores.

2.2.1 Síntese Conclusiva

No cenário brasileiro, as primeiras agências reguladoras com autonomia reforçada ou “independência” surgem no contexto pós reforma administrativa do Estado. Nota-se que, apesar de serem oriundas de um quadro jurídico de privatizações, essas não se confundem com esse processo. As agências são criadas *pari passu*, vistas como uma necessidade moderna do Estado reorganizar os diversos setores ofertados a iniciativa privada e fomentar a concorrência saudável.

Desta feita, esses serviços passam a ser fiscalizados e regulados por essas entidades que, para prosseguirem seus objetivos, necessitam ter sua independência garantida e respeitada. Claro que, a regulação estatal já ocorria em modelos de administração anteriores⁷³, agora, entretanto, exige-se que a regulação passe a ser exercida de uma maneira distinta.

O relatório da OCDE (2008) reconhece que a vantagem das agências reguladoras independentes é que elas podem isolar as atividades regulatórias das considerações políticas

⁷² Peci, Alketa, *op. cit.*, “a criação das agências reguladoras brasileiras foi impulsionada pelas diretrizes do Banco Mundial e a concepção dessas agências foi inspirada na experiências internacionais, especialmente dos Estado Unidos”.

⁷³ Como é o caso do Banco Central do Brasil (1964) e da Comissão de Valores Imobiliários (1976).

de curto prazo e da influência de interesses especiais públicos ou privados, particularmente das empresas reguladas. A independência é a garantia de transparência, previsibilidade e qualidade em relação à tomada de decisões⁷⁴. Importante sublinhar que estas características se tornam imprescindíveis no contexto político brasileiro, em que as instituições democráticas estavam se estabilizando, não dispondo, da confiança do mercado e da sociedade.

Ainda, conforme a OCDE (2008), os dois papéis principais para as agências reguladoras no contexto brasileiro são: minimizar a incerteza regulatória, que pode reduzir a confiança do investidor, e projetar-se como um administrador imparcial e autônomo dos agentes do mercado⁷⁵. Logo, o modelo de regulação independente, regulado por agências, surgido nos Estados Unidos e livremente adaptado nos países europeus, aparece como o caminho comum a se adotar no Brasil.

Destarte, aprofundaremos a análise acerca das características, poderes e especificidades deste regime especial das autarquias brasileiras, no capítulo seguinte. E posteriormente, nos debruçaremos sobre os artifícios usados para minorar o grau de autonomia e independência das agências no cenário político brasileiro.

⁷⁴ Relatório sobre a Reforma Regulatória. BRASIL: Fortalecendo a governança para o crescimento. Brasília: Alia Opera, 2008. p. 19.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 6.

3. A caracterização das Agências Reguladoras Brasileiras

No Brasil, o legislador situou as agências reguladoras na esfera da administração indireta, como autarquias especiais sob regime especial. Como não há ainda uma lei geral no Brasil que norteie os poderes e características dessas agências, temos que analisar a fonte de criação de cada uma dessas entidades para percebermos as suas particularidades⁷⁶. Diferentemente do cenário que se encontra hodiernamente em Portugal, onde podemos verificar as características comuns às entidades reguladoras independentes na Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto.

No cerne da criação jurídica das agências brasileiras, diante do que foi planejado inicialmente, optou-se por classificar o fenômeno das agências reguladoras como autarquias, tendo em vista o gênero *serviço autônomo* constante no artigo 5º, I do Decreto-Lei 200 de 1967, assim definido: autarquia - serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

O projeto inicial tinha por plano “transformar as autarquias e fundações que possuíam poder de Estado em agências autônomas, administradas segundo um contrato de gestão⁷⁷”. Essa busca pela autonomia e o facto de haver previsão constitucional⁷⁸, levou o Governo à época a enquadrar as agências como autarquias da administração indireta. Entretanto, o planejamento dessas entidades, diante do novo cenário que se descortinava, revelava-se um tanto quanto tímido e não muito inovador. Experiências estrangeiras, diretrizes do Banco Mundial e outros organismos internacionais mostravam que o país poderia avançar ainda mais no sentido da independência regulatória.

De se entender que, o país, no deflorar da nova era democrática, evidenciava-se ainda cauteloso para abrir mão do controle de certos setores estratégicos. Todavia, o futuro

⁷⁶ A criação das agências reguladoras teve dinâmica e motivações próprias das áreas a que foram destinadas. As dificuldades, desafios, pressões dos grupos de interesse e da política governamental do período refletem-se na arquitetura institucional contida em cada uma das leis instituidoras.

⁷⁷ Brasil, Presidente. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado*. Brasília, 1995, p. 57

⁷⁸ O inciso XIX, do art. 37, CF/88, trata da criação de autarquias (por lei específica), fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista (autorizadas por lei específica). Entretanto, quando se trata de autarquias sob regime especial, nesse caso, agências reguladoras independentes, a doutrina não é pacífica quanto a previsibilidade constitucional. Assim, com exceção da agência para telecomunicações (ANATEL) e para o petróleo (ANP), as demais agências reguladoras não têm previsão determinada diretamente pela Constituição.

que se deslindava não era compatível com os métodos intervencionistas e patriarcais de gerenciamento. Nessa seara, munidos de estudos e com o apoio de consultorias internacionais, coube ao Poder Legislativo a intervenção no desenho final das agências, concedendo maior autonomia e outras características ímpares, o que forçou o legislador a adotar o qualificante “especial” ao vocábulo autarquia para harmonizar a concepção com as definições constante no Decreto-lei 200 de 1967.

Destarte, a partir dessa discussão, foi internalizado o conceito de “autarquia sob regime especial” para criar e designar as agências reguladoras independentes com a função de exercer a atividade regulatória, fiscalizando, regulamentando e sancionando os titulares dos serviços públicos delegados. Esse papel regulatório foi pensado para priorizar a eficiência financeira e econômica, desviando-se à primeira vista, das pretensões de regulação social⁷⁹.

Dado a relevância do que se dispõem regular e fiscalizar, as agências, no âmbito de seu propósito, atuam em um ambiente conflitante, onde interesses opostos se convergem. Temos por um lado os grandes conglomerados privados, exercendo pressão, por outro o interesse legítimo dos regulados e conjuntamente aos dois, os interesses governamentais. Então, em razão desta feita, foi necessário atribuir qualidades especiais a esses entes. Assim, a natureza de regime especial dessas agências refere-se, em linhas gerais, à autonomia administrativa e financeira (busca pela eficiência e resultados) e à autonomia política e orçamentária (busca pela credibilidade decisória e ausência a subordinação hierárquica), sendo fundamentais na prossecução de suas atividades regulatórias.

⁷⁹ Nesse sentido, Rosa, Ádima Domingues. *Agências Reguladoras e Estado no Brasil: reformas e reestruturação neoliberal nos anos 90*. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista, Marília-SP, 2008, p. 99. Alongando-se ao quesito de regulação social, é de se supor que no Brasil as ideias iniciais acerca de regulação se centrem, primordialmente, na área econômica, pois as agências surgem para regular setores estratégicos recém liberalizados e privatizados, numa tentativa de contornar a crise econômica. Deixamos aqui um estudo de Eric Windholz e Graeme A. Hodge, *Conceptualising Social and Economic Regulation: Implications for Modern Regulators and Regulatory Activity*. *Monash University Law Review*, v. 38, n. 2, 2012, publicado no Brasil na revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 264, p. 13-56, set/dez. 2013, pág. 48, em que os autores examinam os conceitos de regulação econômica e social: “A análise da literatura identificou um conceito amplamente consistente de regulação econômica, centrada no aprimoramento da concorrência e na eficiência econômica. Entretanto, em relação à regulação social, duas concepções amplas e conflituosas foram identificadas. A primeira analisa a regulação social como um mecanismo de corrigir os efeitos prejudiciais da atividade econômica; a segunda, como um mecanismo para alcançar resultados socialmente desejados. Enquanto cada concepção é instrutiva, nenhum conceito reflete precisamente o que acontece na prática. Os governos são simultaneamente convidados a criar condições nas quais os mercados possam operar mais eficientemente e a produzir resultados socialmente desejados. [...] A diferença entre regulação econômica e social é agora mais fina e sutil do que o uso conveniente desses rótulos tradicionais sugere e, portanto, seu uso continuado pode vir a confundir”.

Na criação da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), a lei assim instituiu: “a natureza de autarquia especial é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira⁸⁰”. Esse padrão de regramento se repete, similarmente, nas leis de criação de outras agências, como:

- **Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA** (lei nº 9.782, de 1999): artigo 3º, parágrafo único, estabelece que: A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada pela independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira;
- **Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS** (lei nº 9.961 de 2000): no artigo 1º, parágrafo único, estabelece: A natureza de autarquia especial conferida à ANS é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes;
- **Agência Nacional de Águas - ANA** (lei nº 9.984 de 2000): no artigo 3º, estabelece que: Fica criada a Agência Nacional de Águas - ANA, autarquia sob regime especial, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, [...];
- **Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ** (lei nº 10.233 de 2001): no artigo 21, parágrafo 2º, informa que: O regime autárquico especial conferido à ANTT e à ANTAQ é caracterizado pela independência administrativa, autonomia financeira e funcional e mandato fixo de seus dirigentes;
- **Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC** (lei nº 11.182 de 2005): estabelece no seu artigo 4º, que: A natureza de autarquia especial conferida à ANAC é caracterizada por independência administrativa, autonomia financeira, ausência de subordinação hierárquica e mandato fixo de seus dirigentes.

⁸⁰ Artigo 8º, parágrafo 2º da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

- **Agência Nacional do Cinema - ANCINE** (MP 2.228-1 de 2001): Artigo 5º estabelece: Fica criada a Agência Nacional do Cinema - ANCINE, autarquia especial, [...], dotada de autonomia administrativa e financeira.

Entretanto, o mesmo não aconteceu na criação das seguintes entidades:

- **Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL** (lei nº 9.427 de 1996);
- **Agência Nacional do Petróleo - ANP** (lei nº 9.478 de 1997);

Nessas leis, o legislador não previu as características expressamente, limitou-se a mencionar que as agências são autarquias sob regime especial, vinculadas aos respectivos ministérios, sem, no entanto, pormenorizar a natureza especial. Ou seja, percebe-se que não há uniformização, nem uma lei que defina genericamente o que é o regime especial, deixando tal feito aos cuidados de cada uma das normas instituidoras.

Nesse sentido, a lei portuguesa já o faz desde 2013, reunindo os elementos conformadores da natureza de independência em um só normativo. Nessa acepção, a Lei n.º 67/2013, no seu nº 2 do artigo 4º, assevera que as entidades reguladoras devem observar os seguintes requisitos:

- a) Dispor de autonomia administrativa e financeira;
- b) Dispor de autonomia de gestão;
- c) Possuir independência orgânica, funcional e técnica;
- d) Possuir órgãos, serviços, pessoal e património próprio;
- e) Ter poderes de regulação, de regulamentação, de supervisão, de fiscalização e de sanção de infrações;
- f) Garantir a proteção dos direitos e interesses dos consumidores.

Para Pedro Gonçalves e Licínio Martins (2014: 15) esses são elementos, na sua generalidade, constitutivos do próprio conceito de entidade administrativa independente⁸¹. Nota-se que a legislação portuguesa foi mais cuidadosa e volumosa ao elencar os elementos que a agência deve observar. A Lei-Quadro, desta maneira, permite que ocorra uma certa uniformização e orientação a ser seguida ao se atribuir independência a uma entidade

⁸¹ Gonçalves, Pedro Costa; Martins, Licínio Lopes. Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes de regulação da atividade económica. In: Textos de Regulação da Saúde. Porto. Nº 4 (2014), p. 9-28

reguladora⁸². Esse entendimento alinha-se com Cardona (2016: 216) em que a jurista afirma que “deve caber a lei quadro a definição dos diversos poderes, e aos estatutos apenas o enunciado dos mesmos, de modo a assegurar a necessária harmonização, no âmbito das atribuições e competências e do normativo aplicável as diversas autoridades⁸³”. Para Oliveira, *et al.* (2004), uma lei geral não deve engessar demasiadamente o funcionamento, mas estabelecer procedimentos mínimos a serem observados pelas agências⁸⁴.

Em ambos ordenamentos, somente com o conjunto de todos os elementos é que se pode possibilitar e asseverar a autonomia reforçada dessas entidades. Na falta de algum desses elementos, a sua independência ficaria comprometida.

Desta feita, percorreremos, mesmo que brevemente, cada um dos elementos essenciais caracterizadores do regime especial que definem a independência dessas agências, abarcando suas definições e aspectos relevantes, de forma que, na continuação do estudo, possa ser possível visualizar mais claramente como esses elementos são assegurados ou não pelo Poder Executivo, dentro do contexto brasileiro. Assim, não nos propomos, de maneira alguma, a esgotar a discussão acerca das particularidades consagradas em lei sobre o regime especial das autarquias reguladoras.

3.1. Análise dos elementos do regime especial das autarquias

Como investigado, a lei não esclarece nem delimita a abrangência das expressões que conformam o regime especial, deixando sua interpretação aberta, possibilitando uma hermenêutica mais restritiva ou mais ampla dos dispositivos que balizam a independência das agências.

Por conseguinte, analisaremos as características marcantes dessa independência, como a autonomia financeira (e orçamentária), autonomia administrativa, mandato fixo e

⁸² Todavia, na ponderação de Calvão da Silva, “não obstante haver vários exemplos europeus de leis-quadro das autoridades reguladoras independentes (v.g. Espanha, Holanda, Suécia), justificadas em nome da homogeneização das soluções institucionais e enquadramento jurídico destas entidades e do seu alinhamento com as melhores práticas internacionais, uma regulamentação deste género neste âmbito não nos convence”. *Poderes e instrumentos regulatórios das entidades reguladoras ao abrigo da Lei-Quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo*. P. 386 In: Pedro Gonçalves (Org.) *Estudos de Regulação Pública – II*. Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) – Faculdade de Direito de Coimbra. Editora Coimbra, 2015.

⁸³ Cfr. Cardona, Maria Celeste. *Contributo para o Conceito e a natureza das Entidades Reguladoras Independentes*. As autoridades Reguladoras. Almedina, Coimbra, maio de 2016. p. 216.

⁸⁴ Cfr. Oliveira, Gesner; Werneck, Bruno; e Machado, Eduardo Luiz. *Agências Reguladoras: A Experiência Internacional e a Avaliação da Proposta de Lei Geral Brasileira*. Brasília: CNI, 2004. pp. 11 e ss.

estabilidade e a ausência de subordinação hierárquica. Esta última, constituindo-se do elemento mais relevante para a distinção entre as agências reguladoras e outras entidades de administração pública e alvo preferencial das críticas do Governo. Ainda, segundo Moreira Neto (2000: 417) “a experiência tem demonstrado que, sem essas quatro garantias, qualquer ente regulador que se institua, não obstante se lhe dar esta denominação, não passará de uma repartição a mais na estrutura hierárquica do Poder Executivo, pois estará impossibilitado de executar a *política legislativa* do setor, como se pretende que deva fazê-lo”⁸⁵.

A doutrina traz diferentes agrupamentos para se debruçar sobre as prerrogativas especiais das agências reguladoras. Consoante Pó e Abrucio (2006: 687), não há um modelo institucional claro e definido para configuração das agências, entretanto, “ainda que não exista um modelo geral, de fato, algumas características em comum podem ser destacadas”. Nesse sentido, optamos por estudar os aspectos principais, sem recorrer a um agrupamento de características específico.

Conforme Aragão (2005: 130), “nunca é demais lembrar, toda autonomia é, por definição, limitada: autonomia é a liberdade de agir dentro de limites fixados por uma instância normativa superior”⁸⁶.

3.1.1 Autonomia Financeira e Autonomia Orçamentária

Conforme mencionado, é a reunião de todos os elementos que garante e caracteriza o estatuto da independência nas agências reguladoras. Contudo, alguns aspectos que compõem essas características se fazem sentir mais que outros. É o caso em epigrafe.

Consideramos a autonomia financeira e orçamentária condição *sine qua non* para que as outras autonomias se efetivem na prática, sendo um pressuposto lógico do exercício de todas as outras autonomias estabelecidas para as agências reguladoras (Aragão, 2004 e Sultani, 2005). Enquanto a maior parte da doutrina se volta para as questões envolvendo a legitimidade democrática, poderes regulamentares, previsão constitucional, entre outros, em termos procedimentais práticos, é em relação a autonomia financeira e orçamentária que o Poder Executivo consegue exercer, pesadamente, seu controle e influência, rompendo com

⁸⁵ Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. A independência das agências reguladoras. Boletim de direito administrativo: São Paulo. Referência: v.16, n.6, p. 416–418, jun, 2000; p. 417.

⁸⁶ Aragão, Alexandre Santo. Agências Reguladoras e Governança no Brasil, p. 130; In Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer/Lucia Helena Salgado e Ronaldo Seroa da Motta, editores. — Rio de Janeiro: Ipea, 2005.

a lógica da independência das agências. Mas, antes de adentrar nessa seara, voltaremos a atenção para a análise desses conceitos.

Durante a revisão bibliográfica, nos deparamos com alguns autores que aludem a esses termos como sinônimos, como por exemplo, ao misturarem em suas análises que o poder da agência em elaborar seu próprio orçamento corresponde a um dos elementos da autonomia financeira e não da autonomia orçamentária. Percebemos que tratam os elementos dessas autonomias como uma coisa só, estando a questão orçamentária embutida no conceito da autonomia financeira. Esse desalinho ampara-se em razão da falta de precisão das leis instituidoras⁸⁷, ao estabelecer que a autarquia especial possui autonomia financeira e na sequência, delega a competência para a agência elaborar e apresentar sua proposta orçamentária ao Ministério do respectivo setor (autonomia orçamentária), atuando com independência⁸⁸. *Data vênia*, entendemos que essas autonomias se traduzem em ações distintas, dessa maneira, achamos por bem, começar por diferenciá-las⁸⁹.

De forma resumida, autonomia financeira corresponde a *liberdade* que a entidade detém de executar o próprio orçamento e disponibilidade de recursos materiais e humanos suficientes para a execução das atividades, advindo desta maneira, sua capacidade extrafiscal de cobrança de taxas e contribuições. As leis instituidoras buscaram fornecer a autonomia financeira por meio da possibilidade de as agências cobrarem *taxas regulatórias*.

Conforme Maçãs e Moreira (2003: 265), “compreende-se que as agências independentes não devam necessitar de autorização ministerial para a realização de despesas, devendo por isso beneficiar de autonomia financeira para se governarem livremente, no quadro do respectivo orçamento”⁹⁰.

⁸⁷ Na nossa opinião, a lei deveria mencionar expressamente a autonomia “financeiro-orçamentária” para as autarquias de regime especial. Nesse sentido, Harada, Kiyoshi. *Autonomia orçamentária*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 47, 1 nov. 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/1279>>. Acesso em: 19 ago. 2018, corrobora com o nosso entendimento, ao exemplificar no art. 99 da Constituição Federal quando “se refere à autonomia administrativa e financeira do Judiciário, na verdade, quis o legislador constituinte referir-se à autonomia administrativa e orçamentária”.

⁸⁸ Ainda, algumas leis instituidoras nada mencionam sobre a competência da entidade de elaborar sua proposta orçamentária, como é o caso da ANEEL – lei 9.427/96, ANP - lei 9.478/1997, da ANS - lei 9.961/00 e outras.

⁸⁹ Nosso entendimento está consoante com os ensinamentos de Harada, *op. cit.*, em que prega que a questão da autonomia orçamentária é uma daquelas não compreendidas adequadamente por parcela ponderável dos doutrinadores e que autonomia orçamentária não quer dizer exatamente autonomia financeira como muitos pensam.

⁹⁰ Maçãs, Fernanda, Moreira, Vital. *Autoridades Reguladoras Independentes - Estudo e Projecto de Lei-Quadro*. Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) – Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2003. P. 265.

Para o professor Marçal Justen (2009: 181) a garantia da autonomia financeira das agências significa “a possibilidade de manutenção de sua estrutura e de seu funcionamento sem dependência de disputas políticas sobre a distribuição de verbas orçamentárias”⁹¹.

Marques Neto (2005: 77) considera que a autonomia financeira é “imprescindível para que o regulador tenha meios adequados para o exercício de suas atividades. A pior captura que pode acometer uma agência é aquela de engessar suas funções por falta de meios adequados ao seu exercício, transformando-a em um simulacro”⁹².

Contudo, essa autonomia não pode corresponder a uma soberania financeira, pois suas ações devem se submeter as regras e princípios da boa gestão financeira, além dos processos de *accountability*.

De outro modo, a autonomia orçamentária é entendida como a capacidade que a entidade possui de elaborar e determinar o seu próprio orçamento. Também, nesse caso, observados os princípios e planejamentos estabelecidos pela Constituição Federal e por leis infraconstitucionais.

Para o professor tributarista Kiyoshi Harada (2000), autonomia orçamentária significa que

determinado órgão, foi contemplado pela lei orçamentária anual com dotação própria, fixando o montante das despesas autorizadas [...] podendo utilizar-se das verbas com que foi contemplada, mediante observância dos rígidos princípios orçamentários e à medida de disponibilidade financeira do Tesouro. (HARADA, 2000).

Como exposto supra, as agências reguladoras foram atribuídas com a competência para elaborarem suas propostas de orçamento, enviando para o Ministério de tutela. Esse regramento, alinha-se “com a maioria das práticas internacionais, estabelece que o orçamento é definido pela própria entidade e aprovado pelo membro do governo da área das finanças e pelo ministério responsável”⁹³. Esse último fator decorre do princípio da Unidade Orçamentária⁹⁴, que possibilita um controle limitador da autonomia orçamentária e como

⁹¹ Justen Filho, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Fórum, 14ª ed. 2009: 590, *apud* Matheus carvalho. Manual de direito administrativo. 3º ed. Salvador, 2016. p. 181.

⁹² Marques Neto, Floriano Azevedo. Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico. Ed. Fórum, 1 ed. Belo Horizonte. 2005 p. 77

⁹³ Cardona (2016), *op cit.* p. 222.

⁹⁴ O princípio é respaldado legalmente por meio do Art. 2º da Lei 4.320/64 e pelo § 5º do art. 165 da CF 88. São evidências do cumprimento deste princípio, o fato de que apenas um único orçamento é examinado, aprovado e homologado. Além disso, tem-se um caixa único e uma única contabilidade. Fonte: <http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/cidadao/entenda/cursopo/principios.html>. Acesso em 20/08/2018.

será visto, o Poder Executivo utiliza-se dos contingenciamentos de repasses financeiros para constranger o orçamento das agências. Também, o Poder Legislativo pode exercer controle sobre a atuação das agências, por meio do mesmo mecanismo de aprovação do orçamento federal. Entendemos que o problema não é o controle orçamental realizado pelos Poderes, mas os constrangimentos infligidos às agências reguladoras, por meio do contingenciamento de recursos.

Em suma, o exposto resume a autonomia orçamentária das agências reguladoras, não se confundindo com a autonomia financeira *per se*. Ambas autonomias servem para dar condições das agências reguladoras não sofrerem a teoria da captura, ficando protegidas dos *lobbies* e pressões políticas. Na realidade brasileira, as agências podem estabelecer seus planejamentos de despesas e receitas, livre de ingerências, todavia, o poder central pode reduzir esses montantes de forma até a inviabilizar certas atividades. Ou seja, as agências carecem de uma unidade orçamentária própria, o que poderia evitar o cerceamento dessas autonomias. Na sequência, analisaremos se o poder político fornece condições de assegurar o cumprimento dessas prerrogativas.

3.1.2 Autonomia Administrativa

A autonomia administrativa está intrinsecamente relacionada com a autonomia financeira e orçamentária, pois na falta destes, torna-se improvável que a agência consiga manter um nível aceitável de boa gestão nas suas atividades fins.

Essa autonomia é definida pelo poder que a agência tem para praticar seus atos administrativos (organização, serviços e gestão), sem que seja necessária autorização de algum ente superior ou que suas ações sejam submetidas a avaliação e censura. A agência tem liberdade de meios e instrumentos para organizar seus serviços e exercer sua atividade sem ingerência do Poder Executivo. Ou seja, sua ação e modo de agir, desde que permitidos em lei, constituem a vontade final do agente regulador.

Na lição de Marques Neto (2005),

Trata-se da liberdade para determinar, internamente, como serão alocadas as competências e atribuições dos agentes para exercício das atividades regulatórias. Isso envolve (obviamente observadas as condicionantes previstas na lei que criou a agência) não só a prerrogativa de se organizar funcionalmente, como também de distribuir-se regionalmente. Envolve também a liberdade para optar por firmar contratos ou convênios. (MARQUES NETO, 2005: 78).

Claro que esses atos não são inteiramente independentes, pois pelo regramento pátrio, as agências podem ter seus atos suscetíveis de apreciação pelos tribunais quanto ao controle de legalidade. Desta forma, a autonomia administrativa reveste-se de regra para as agências, limitado apenas a aspectos de legalidade; não podendo o Judiciário entrar no mérito administrativo (questões de conveniência e oportunidade). No Brasil impera o princípio da inafastabilidade de jurisdição, ou seja, o Poder Judiciário é único competente para apreciar qualquer ato administrativo que possa ocasionar lesão ou ameaça a direitos. Distintamente da França, onde o sistema é dualista e os atos das agências podem ser apreciados pelo contencioso administrativo.

3.1.3 Ausência de subordinação hierárquica

Essa característica é defendida pelos doutrinadores como de relevância mor para a aceção da independência das agências, pois este elemento garante que as entidades reguladoras atuem sem se sujeitar, *a priori*, a censura do Poder Executivo. Para a administração pública tradicional, a hierarquia é indispensável para seu arranjo administrativo. Como explica Di Pietro (2003: 74), “a subordinação hierárquica só existe relativamente às funções administrativas, não em relação às legislativas e judiciais⁹⁵”. Ou seja, desse princípio decorre o poder da Administração Central de rever os atos dos subordinados, sancionar, delegar e avocar certas competências.

É precisamente quanto a esses aspectos que as agências independentes se diferenciam das demais entidades de administração pública. O Poder Central, via de regra, não pode rever os atos das agências reguladoras (nem de ofício, nem mediante recursos), não pode punir, nem avocar competências. Assim, as autarquias especiais não se subordinam hierarquicamente a Administração Central.

Uma vez mais, Marques Neto (2005: 75) considera que esses “atos praticados pelas agências não são passíveis de anulação, revisão ou revogação por parte dos dirigentes do órgão da Administração Central aos quais os órgãos reguladores são institucionalmente vinculados⁹⁶”.

⁹⁵ Di Pietro, Curso de Direito Administrativo, 2003, p. 74.

⁹⁶ Neto, Floriano de Azevedo Marques. *Op. cit.*, p. 75.

Devido a essa ausência de subordinação, em princípio, os atos exarados na realização da função reguladora não deveriam estar sujeitos a recurso às instâncias administrativas superiores, a vontade da agência deveria, nessa seara, ser final - observada a inafastabilidade do poder revisão do Judiciário, pois independência não significa ausência de controles.

Contudo, em 2006, a Advocacia-Geral da União (AGU), órgão advocatício de defesa dos interesses do Governo⁹⁷, expediu parecer alegando a admissibilidade de recurso impróprio⁹⁸ em sede de supervisão ministerial, em atenção ao direito constitucional de petição. O parecer em questão, negou a possibilidade do recurso hierárquico impróprio naquele caso, pois se tratava de competência finalística da agência reguladora, mas admitiu a possibilidade quando inobservadas a compatibilização da decisão com as políticas públicas⁹⁹.

Esse tema não é inteiramente pacificado pela doutrina brasileira, sendo que há expoentes que defendem a inconstitucionalidade¹⁰⁰ dessa autonomia e há quem defenda essa prerrogativa da natureza de regime especial e, por conseguinte, a impossibilidade de recursos impróprios contra as decisões das agências.

⁹⁷ Nos termos do art. 131 da Constituição, "a Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo."

⁹⁸ Di Pietro denota que "recurso hierárquico impróprio é dirigido a autoridade de outro órgão não integrado na mesma hierarquia daquele que preferiu o ato. Não decorrendo da hierarquia, ele só é cabível se previsto expressamente em lei". Di Pietro, Curso de Direito Administrativo, 2003, p. 607.

No ordenamento português, o recurso hierárquico impróprio é regulamentado pelo Artigo 176º do Decreto-Lei nº 442/91 de 15 de novembro de 1991.

⁹⁹ AGU. Processo n. 50000.029371/2004-83. Ementa: Excepcionalmente, por ausente o instrumento da revisão administrativa ministerial, não pode ser provido recurso hierárquico impróprio dirigido aos Ministérios supervisores contra as decisões das agências reguladoras adotadas finalisticamente no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor. No caso em análise, a decisão adotada pela ANTAQ deve ser mantida, porque afeta à sua área de competência finalística, sendo incabível, no presente caso, o provimento de recurso hierárquico impróprio para a revisão da decisão da Agência pelo Ministério dos Transportes, restando sem efeito a aprovação ministerial do Parecer CONJUR/MT no 244/2005. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8453>

¹⁰⁰ Na exposição de motivos do Projeto de Lei 413/2003 da Câmara dos Deputados que "Restringe a autonomia das Agências Reguladoras, dando poderes ao Presidente da República para exonerar Conselheiros e Diretores", elaborada pelo partido político do Governo com a contribuição de Eros GRAU, afirma que a não subordinação hierárquica desrespeita a Constituição Federal: "a autonomia ou independência de que se afirma gozarem os órgãos e as autarquias [entre as quais as agências] só pode ser, no Brasil, na vigência da Constituição de 1988, entendida como independência perante os agentes sujeitos à regulação. Serem elas independentes, isso somente pode significar, no Brasil, que se impõe não sejam elas "capturadas" pelos agentes econômicos afetados pela regulação, o que, toda a gente sabe disso, não é incomum... Pois é gritantemente evidente que a independência [= ausência de subordinação hierárquica] das autarquias não as coloca à margem do aparato estatal, de modo a legitimar o exercício, por elas, de atuação adversa às políticas públicas governamentais". Disponível em: <http://www.camara.gov.br/>

3.1.4 Mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes

Esses dois dispositivos seguem na mesma linha do que foi visto, visam blindar as decisões do colegiado¹⁰¹ das agências das pressões políticas e eleitoreiras e, também, dos grupos regulados. Desta forma, os dirigentes possuem uma garantia para tomar uma decisão que seja melhor para o setor e para o interesse geral, mesmo que tal contrarie as intenções do governo ou até mesmo dos grupos de interesse dentro do setor regulado.

Alguns doutrinadores nomeiam esses dois dispositivos como elementos da autonomia decisória. Segundo relatório do Tribunal de Contas da União – TCU, quanto à autonomia decisória, “as leis de criação das agências reguladoras e a Lei Geral de Gestão de Recursos Humanos dessas entidades (Lei 9.986/2000) estabelecem que seus dirigentes sejam nomeados, por prazo fixo e não coincidente [...] Esse procedimento confere a essas entidades maior autonomia frente ao Executivo [...]”¹⁰².

A estabilidade¹⁰³, em geral, significa que os dirigentes escolhidos para o cargo terão garantia de inamovibilidade¹⁰⁴ para realizar suas funções e fixação de prazo para duração do seu mandato.

A garantia da estabilidade é motivada, semelhantemente, a estabilidade prevista em norma constitucional¹⁰⁵ para o servidor público federal investido por meio de concurso público. Buscou-se reunir as condições mínimas para que o servidor possa realizar suas funções, sem ameaças de destituição funcional decorrente de pressões políticas, garantido

¹⁰¹ As leis instituidoras atribuíram as decisões das agências ao regime de colegiado. Na experiência brasileira predomina o modelo constituído por 5 dirigentes (um presidente e quatro diretores ou conselheiros).

¹⁰² Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 240/2015; TC 031.996/2013-2. Pag. 4.

¹⁰³ Emprestamos a complementação de Marques Neto (2005) em que o professor nota que “foi justamente este aspecto (estabilidade dos dirigentes das agências) que, foi levado à apreciação da Suprema Corte Americana. Trata-se do célebre caso Humphrey Executor X EUA, julgado em 1935 onde se discutia basicamente o direito de o regulador (William E. Humphrey) seguir à frente do *Federal Trade Commission*. para a qual ele havia sido nomeado pelo Presidente Hoover por um mandato de 7 anos. Ao assumir o governo, o presidente Roosevelt pretendia nomear alguém próximo seu para substituir Humphrey. Este, porém, não aceitando retirar-se do cargo, foi demitido por Roosevelt em outubro de 1933. Faltando-lhe ainda cerca de cinco anos de mandato, assegurado por lei federal (o *Federal Trade Commission Act*), Humphrey recorre ao Judiciário pedindo que fosse indenizado pelo prazo restante. A questão chega à suprema corte em 1935. E, na oportunidade, decide-se por distinguir as *executive agencies* das *independent agencies*, admitindo para estas a possibilidade de serem imunes ao controle do Chefe do Executivo e a admissibilidade de que por lei os seus dirigentes sejam investidos na função por prazo de mandato. (Marques Neto, 2005: 74, nota 63).

¹⁰⁴ As exceções a inamovibilidade, além dos casos de renúncia, são: improbidade administrativa, condenação criminal e *descumprimento manifesto de suas atribuições*. Este último não muito bem recepcionado pela doutrina, pois, por meio de termos vagos o legislador abriu a possibilidade do Poder Executivo minar a estabilidade do dirigente que decida contra sua política.

¹⁰⁵ Art. 41, Constituição Federal de 1988: São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

assim sua permanência durante as trocas de governo e a preservação da memória institucional. Da mesma forma que visa assegurar ao regulador que suas decisões sejam de caráter técnico e imunes a pressões e ingerências do poder público.

Esses dois mecanismos visam frustrar que o governo exonere, de acordo com a sua conveniência, o dirigente que não estiver alinhado com os objetivos do partido que estiver no poder. Assim, o decisor regulatório encontra amparo na lei, para que possa tomar as decisões técnicas que melhor sirvam o setor e não o governo. Contudo, essas decisões, mesmo que técnicas, precisam estar alinhadas com as políticas públicas setoriais.

A lei, ao pensar nessa combinação de fixação de prazo¹⁰⁶ e estabilidade, denota que a pessoa escolhida para exercer o cargo cumpra seu papel até o final. Até por esse motivo, o procedimento de escolha do dirigente é diferenciado dos demais, não perfazendo a burocracia tradicional, exigindo-se que a indicação do Presidente da República seja aprovada pelo Senado Federal. Poucos cargos de nomeação política, na administração pública brasileira, passam por esse procedimento, se assemelhando, por exemplo, às indicações dos Presidente do Banco Central, Ministros dos Tribunais Superiores, Ministros do Superior Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça e Procurador-Geral da República.

Desta maneira, a lei tencionou que o nome indicado ao cargo seja alguém que ultrapasse o mero alinhamento político e detenha competências técnicas e experiência profissional que justifiquem todo esse procedimento e que possa conduzir as decisões da agência com qualidade, imparcialidade política e que minimize o risco da captura.

Dessa estabilidade e fixação de prazo decorrem também os princípios da *não-coincidência* de mandatos e *ausência de nomeações em bloco*. Assim, cada lei instituidora estabelece os procedimentos a serem adotados para que o início e cessação dos mandatos dos dirigentes não coincidam, o que, supostamente, evitaria que um mesmo governo nomeasse mais de um dirigente ao mesmo tempo. Segundo estudo da FGV (2016: 23) “na medida em que os mandatos são terminados em diferentes datas – mais especificamente, diferentes anos –, a formação do colegiado não se dá apenas no contexto de um específico governo [...] garantindo-se a pluralidade de visões políticas¹⁰⁷”.

¹⁰⁶ A regra da fixação de mandatos minimiza a ocorrência de nomeações em bloco e, assim, resguarda a regra da não coincidência de mandatos.

¹⁰⁷ FGV. Dinâmica de nomeações das Agências Reguladoras. Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas De São Paulo – FGV. *Coordenação*: Bruno Meyerhof Salama; Arthur Barrionuevo. Grupo das Relações entre Estado e Empresa Privada – GRP. São Paulo, julho de 2016. P. 23.

Assim, por meio dessas ações, o legislador almejou reforçar o insulamento das decisões técnicas face as ingerências do poder político, livrando o dirigente de ameaças de exoneração e buscando qualificar as decisões regulatórias com independência, expertise técnica e diversidade de pensamentos.

3.1.5 Síntese Conclusiva.

Em síntese, o intuito deste tópico foi elucidar brevemente os elementos que caracterizam o regime especial das autarquias, de forma que seja possível analisarmos como esses elementos são aplicados na prática diante da conjuntura brasileira.

Assim, vimos que as autonomias atribuídas em matéria financeiro-orçamentária, de gestão, de ausência de subordinação hierárquica e aliados a inamovibilidade e dispensa imotivada dos dirigentes têm por condão garantir que as agências possam atuar livre das amarras do Poder Executivo, conduzindo-se por parâmetros técnicos e balizados pelas leis e políticas públicas dos respectivos setores.

Em relatório de auditoria, o TCU sustenta que as

agências reguladoras devem ser imparciais e, principalmente, protegidas de interferências do Executivo, [contudo] não significa que estejam livres para atuar segundo premissas próprias. A atuação das agências deve ter sempre clara a sua vinculação às pautas estabelecidas nas políticas públicas, assim como a necessária coordenação que deve existir com o restante da Administração Pública, com o Poder Executivo central e com a rede composta do conjunto das demais instituições autônomas. (TCU, 2015:4)

Portanto, tais características relevam o regime especial dessas autarquias, distinguindo-as das demais entidades da administração pública federal. A liberdade de atuação dos dirigentes funciona como pressuposto fático, permitindo a agência exercer sua autonomia com celeridade, tomando decisões isentas do pragmatismo político-partidário, revestidas de legitimidade técnica e buscando com independência a consecução de seus objetivos. Essa liberdade de atuação é garantida por meio das autonomias acima estudadas, estabelecidas em suas próprias leis instituidoras.

Essas autonomias são imprescindíveis para evitar-se a captura do regulador pelos regulados e pelos políticos. Entretanto, não existe a autonomia plena conforme as leis fazem aludir. Em todos os quesitos vemos uma relativa dependência ou uma possibilidade de

ingerência do Poder Executivo e controle quanto aos poderes Legislativo e Judiciário. Conforme bem coloca Pacheco,

O debate em torno do grau de autonomia das agências reguladoras, no Brasil, ainda não faz as distinções necessárias entre controle político e controle hierárquico, nem entre controle político e controle social. Tende a remeter autonomia à ausência de controle; tais características podem, no entanto, não ser antinômicas, desde que se avance na compreensão da natureza do “controle político”. O controle hierárquico não garante responsabilização, e sim alinhamento; pode, portanto, não criar os mecanismos de *accountability* requeridos. (PACHECO, 2006: 541).

Na prática, essa tentativa de controle político, por meio de *accountability*¹⁰⁸ reveste-se de uma suspeição de subordinação das agências reguladoras independentes ao poderio político do Governo, trazendo à baila os paradigmas burocráticos clássicos. Para Pó e Abrucio (2006: 686), “controle e *accountability* não são sinônimos, sendo o primeiro um dos componentes do segundo, embora sejam, num regime democrático, indissociavelmente ligados, porque não há efetivação da *accountability* sem a utilização de instrumentos institucionais de controle”¹⁰⁹. Há, também, o controle externo, por ordem constitucional, que o Tribunal de Contas da União exerce sobre as entidades da administração pública.

A *accountability* pode ser entendida como o dever que a agência possui de prestar contas à sociedade e aos poderes eleitos democraticamente. Esse dever é especialmente cobrado por parte da doutrina e dos opositores ao sistema de regulação independente por entenderem que as agências carecem de legitimidade democrática e essa responsabilização é entendida como requisito básico para a delegação de autonomias. Mesmo com os aparatos previstos em leis e regulamentos de boas práticas, ainda persistem críticas, nomeadamente quanto a insuficiência de mecanismos de responsabilização e controle. (Sebba Ramalho, 2009).

Assim, essa obrigação de prestar contas à sociedade deve ser viabilizada por meio de mecanismos que possibilitem aos cidadãos serem parte do processo, participando e avaliando o desempenho dos dirigentes. Essa aproximação dos dirigentes que detêm prerrogativas típicas, mas que não foram eleitos, com a sociedade, busca trazer uma legitimação processual ao jogo dos mercados regulados. Por que, conforme Gilardi e

¹⁰⁸ Não pretendemos aqui aprofundar análise acerca dos mecanismos de controle e *accountability*, pois este tema é vasto e foge ao propósito deste estudo.

¹⁰⁹ Pó, Marcos Vincius; Abrucio, Fernando Luiz. Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e *accountability* das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças. RAP Rio de Janeiro 40(4):679-98, Jul /Ago. 2006. p. 686.

Maggetti (2010: 2), *the spread of independent regulators means that more and more aspects of our lives are shaped by decisions made by institutions that are not elected and that are not under the direct control of elected officials, which has importante implications for the democratic accountability of policy-making*¹¹⁰.

Os instrumentos de *accountability* variam de acordo com as agências (suas leis instituidoras e especificidades dos setores), pois ainda não se tem uma lei geral que definia o mínimo que deve ser garantido para instrumentalizar a participação social. Não obstante, alguns mecanismos já são característicos como as consultas e audiências públicas, transparência dos atos das agências, além de publicação de estudos, relatórios e informações. Nesse sentido, exemplifica Majone (1998),

The simplest and most effective way of improving transparency and accountability is to require that regulators give reasons for their decisions. This requirement activates a number of other mechanisms for controlling regulatory discretion and enhancing regulatory legitimacy, such as public participation and debate, peer review, complaint procedures, and judicial review. (MAJONE, 1998: 14)

Ainda, aparte da fiscalização dos atos das agências exercida pela sociedade, temos os controles de responsabilização por parte dos poderes legalmente instituídos. Como exposto, os poderes têm prerrogativas de aparar as propostas orçamentárias das agências, exercendo, por exemplo, o Poder Legislativo uma forma de *accountability* sobre os dispêndios das agências.

A percepção relevante aqui é, mitigar a discricionariedade administrativa dos tomadores de decisão por meio da sujeição de suas ações ao controle social e aos limites definidos constitucionalmente, condizentes com o Estado de Direito. O relatório do TCU sacramenta que as “ações [das agências] devem ser técnicas, autônomas e possuir legitimidade, prestando contas à sociedade e certificando-se de que sua atuação gera mais benefícios que obrigações e custos”^{111,112}.

Em suma, o regime especial dessas autarquias se caracteriza por ter órgãos de decisão colegiados, nomeados pelo Presidente e sabatinados pelo Congresso, por um período fixo de mandato e não coincidente, com estabilidade e autonomia administrativa,

¹¹⁰ Gilardi, Fabrizio; Maggetti, Martino. *The independence of regulatory authorities*. In Levi-Faur, David (ed.) (2010), *Handbook of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar. p. 2

¹¹¹ Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 240/2015; TC 031.996/2013-2, pag. 4.

¹¹² Percebemos, nesse sentido, a influência doutrinária da *Executive Order 12.291* implementada pelo governo Reagan nos EUA que introduziu a análise custo-benefício das medidas regulatórias exaradas pelas agências, conforme visto na parte inicial desta dissertação.

financeira/orçamentária e não se subordinam hierarquicamente, embora sejam vinculados ao Ministério do setor. Por sua vez, a submissão de suas ações ao controle social e a prestação de contas harmonizam-se com os objetivos impostos pelas políticas para o setor e com os limites legais.

Assim, a lei ao garantir que essas entidades atuem com certa autonomia e independência dos poderes legalmente instituídos e ao exigir os mecanismos de *accountability*, permite que as agências escapem às ingerências dos poderes dominantes, tanto da esfera pública como da esfera privada e persigam os objetivos traçados em suas leis instituidoras, além de tornar o país mais atrativo para investidores. Ainda, para atuar com imparcialidade e para tornar efetivas tais autonomias, as agências foram revestidas de prerrogativas e poderes inerentes as suas características, as quais serão vistas a seguir.

3.2 Poderes

Como visto, apesar das leis instituidoras preverem um conjunto de características para a atuação independente das agências face aos Poderes clássicos, entretanto isso não significa que elas estão isentas de controles (e *accountability*) e de um mínimo de interferências das autoridades. Além dos princípios constitucionais como legalidade, eficiência, razoabilidade, publicidade e moralidade, as agências devem pautar sua atuação com transparência, procedimentalização, decisões com respaldos técnicos, consoante a política pública desenhada para o setor e com respeito as limitações impostas aos seus poderes.

A razão de ser destas agências, isto é, sua função *prima facie* é de atuar na lacuna deixada pelo Estado na regulação dos mercados. Natural então, a atribuição de prerrogativas e poderes específicos, além da famigerada independência, que ultrapassam a mera atividade administrativa, uma vez que, ao exercerem atividades típicas de Estado, necessitam de instrumentos para viabilizar sua vontade.

Os poderes intrínsecos à regulação permitem que as agências editem regras, apliquem e assegurem o cumprimento dessas regras, coíbam infrações e solucionem conflitos. Para Gonçalves e Martins (2014:14), “pressupostos legalmente necessários para a

existência e/ou criação de uma entidade deste gênero”¹¹³. Na visão dos autores, “trata-se de requisitos estatutários de qualificação” das agências reguladoras independentes.

Essas variedades de prerrogativas diferem de uma agência ou de um setor para outro, pois refletem as especificidades de cada área.

Em se tratando dos poderes das agências reguladoras, merece atenção descrevermos os poderes outorgados em lei que, também, caracterizam e reforçam o regime especial dessas autarquias. Como lembra Calvão da Silva (2008: 157), os poderes “variam em função do sector e do país¹¹⁴”. A legislação portuguesa traz como poderes os de regulação, de regulamentação, de supervisão, de fiscalização e de sanção de infrações. Como o Brasil carece de uma lei que reúna todas as prerrogativas em um mesmo normativo, nos pautaremos pelas acepções normativa, sancionatória, de fiscalização e de resolução de litígios.

3.2.1 Poder Normativo

Escolhemos por começar a analisar o poder normativo, por entendermos que este poder é amplo e dentro de sua conceituação engloba os poderes de regulamentação, de regulação e de outorga¹¹⁵. Por assim dizer, a “categoria” do poder normativo contempla diversos atos administrativos, tais como os regimentos, resoluções, portarias, instruções e deliberações emanadas pelas agências reguladoras independentes. Isto posto, salientamos que não há consenso sobre este tema na doutrina brasileira. Assim, consideramos um exame mais amplo do poder normativo, em detrimento de uma análise restritiva e proibitiva.

Em paralelo, relevamos que a Lei portuguesa que trata sobre as agências reguladoras (Lei n.º 67/2013), em seu número 2 do artigo 3º dispõe que as autoridades reguladoras possuem poderes: de regulação, de regulamentação, de supervisão, de fiscalização e de sanção de infrações; e em seu artigo 40, detalha o que compete a cada um desses poderes. Ou seja, a Lei-Quadro é minuciosa ao tratar dos poderes inerentes a independência das agências.

¹¹³ Gonçalves, Pedro Costa; Martins, Licínio Lopes. Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes de regulação da atividade económica. In: Textos de Regulação da Saúde. Porto. Nº 4 (2014), p. 9-28

¹¹⁴ Calvão da Silva, João Nuno. *Op. cit.*; p. 157.

¹¹⁵ Para Marques Neto (2005), o poder de outorga “consistente na prerrogativa de emissão, em consonância com as políticas públicas aplicáveis ao setor, de atos concretos de licenças, autorizações, injunções, com vistas a franquear ou interditar o exercício de uma atividade regulada a um particular”. Marques Neto, Floriano Azevedo. *Op. cit.*; p. 60.

Contudo, antes de adentrar na análise deste poder, julgamos necessário tecer algumas considerações acerca da dissimilitude conceitual que perdura entre regulamentação e regulação.

Compreendemos que o poder de regulação se traduz na própria razão de existir das agências, expressamente previsto em sua lei instituidora. Destrinchando o conceito, temos que Moreira Neto (2003) entende que regulação é a

função administrativa, que não decorre, assim, do exercício de uma prerrogativa do poder político, mas, muito pelo contrário, decorre de uma abertura, pela lei, de um espaço decisório reservado a uma ponderação politicamente neutra de interesses concorrentes em conflitos setoriais, potenciais ou efetivos. (NETO, 2003: 133).

Em linhas gerais, a regulação pode ser entendida como todo e qualquer tipo de intervenção que o aparelho estatal faz no meio econômico para orientar, instruir e garantir o bom funcionamento do mercado e a prevalência do interesse público.

Desta forma, depreende-se que o poder de regulação é a reunião das prerrogativas, assim denominadas, *quase* – executiva, legislativa e judiciária, compreendendo dentro deste poder a liberdade das agências de expedirem normas e decisões técnicas - *não políticas*, ou seja o poder de regulamentação. Essa normatização reguladora não se confunde com a regulamentação, pois aquelas “não se destinam nem a definir nem a impor imperativamente qualquer espécie de interesse público nas relações interprivadas, mas apenas a harmonizá-lo com todos os demais interesses juridicamente relevantes e protegidos [...]”¹¹⁶.

Assim, o poder de regulamentação é uma manifestação do poder de regulação e diz respeito a prerrogativa das agências de expedirem diplomas de caráter secundário ou derivado, com a função de detalhar e especificar, atribuindo a particularidade técnica própria das agências reguladoras, respeitando a reserva de lei¹¹⁷ na busca pela harmonização com a ordem jurídica.

Novamente, emprestamos as palavras de Moreira Neto (2003: 132), onde explica que a regulamentação consiste “no exercício de uma *prerrogativa do poder político* de impor

¹¹⁶ Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. Direito regulatório. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 131.

¹¹⁷ Nesse sentido, assevera Calvão da Silva (2015) que “naturalmente, os *regulamentos dos reguladores*, para além do respeito da Constituição [...], devem obediência ao princípio da reserva de lei, sob pena de subversão do princípio da separação de poderes. Calvão da Silva, João Nuno. Poderes e instrumentos regulatórios das entidades reguladoras ao abrigo da Lei-Quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo. P. 383 – 416. In: Pedro Gonçalves (Org.) Estudos de Regulação Pública – II. Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) – Faculdade de Direito de Coimbra. Ed. Coimbra, 2015. p. 403

regras secundárias, em complemento as normas legais, com o objetivo de explicitá-las e de dar-lhes execução, sem que possa definir quaisquer interesses públicos específicos nem, tampouco, criar, modificar ou extinguir direitos subjetivos”¹¹⁸.

Desta feita, a criação normativa das agências, por meio de resoluções, instruções, portarias e outros não pode ultrapassar, por óbvio, os limites que impõe a reserva de lei. Essa criação normativa resume-se a regular a própria atividade, produzindo efeitos internos, restrito ao setor que regulam e a dar interpretação dos conceitos e vontade do poder político, sem, no entanto, inovar na ordem jurídica.

Desse modo, os atos normativos emanados pelas agências, conforme se depreende, ocupam posição hierárquica inferior no ordenamento jurídico. Além disso, esses atos não podem conter orientações gerais e abstratas, pois caracterizariam a existência de um regulamento autônomo, que é de competência exclusiva do Presidente da República, segundo a Constituição Federal.

O poder regulamentar abarca o viés supracitado quanto à prerrogativa de pormenorização das leis, não se confundindo, no entanto, com o ordenamento constitucional que destina ao Chefe do Poder Executivo a competência regulamentar. Isto porque o artigo 84, IV da Carta Magna, reserva ao Presidente da República a competência limitada de exercer o poder regulamentar por meio de edição de decretos e regulamentos autônomos. Nesse sentido, Souto (2006: 127), sustenta que a “atividade de regulação não está limitada à edição de normas, também por ser atividade de ordem técnica e não política e, ainda, por ser voltada à coletividade e não à sociedade como um todo”¹¹⁹. Ou seja, para as agências reguladoras é vedada a edição normas que sejam gerais e abstratas, que contrariem a legislação ou que não tenham sido objeto de lei anterior. Reforça Canotilho (*apud* Calvão da Silva, 2008: 161) que “as autoridades administrativas não podem exercer competências regulamentares em matérias de reserva da lei. O que é proibido no Governo é também proibido à administração independente”¹²⁰.

Nessa esteira, Guerra (2004: 42), entende o poder normativo “como um *poder-dever* de exercer uma função normativa secundária”¹²¹, observadas as normas superiores”¹²². Desta

¹¹⁸ Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. *op. cit.*; p. 132.

¹¹⁹ Souto, Marco Juruena Villela. Extensão do Poder Normativo das Agências Reguladoras. In Aragão, Alexandre Santos de (Coord.). O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

¹²⁰ Calvão da Silva, João Nuno; *op. cit.*, p. 161

¹²¹ Secundária, pois, somente o Poder Legislativo dispõe do poder normativo primário.

¹²² Guerra, Sérgio. Introdução ao Direito das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

maneira, no entendimento deste autor, não há que se falar em usurpação de poderes do Legislativo ou do Executivo. Consoante este pensamento está Justen Filho (2002), que entende como uma competência normativa derivada das agências reguladoras e Leila Cuéllar (2001: 117), que assevera que poder regulamentar “pode ser exercido não somente pelo Presidente da República, mas também pelos Ministros de Estado e por outros órgãos da administração pública, como as autarquias¹²³”.

Com uma visão mais restritiva, Di Pietro (1999: 134), leciona que a distinção entre regulação e regulamentação, ocorre em virtude do alcance de cada uma: “a primeira inovaria a ordem jurídica a partir de conceitos jurídicos indeterminados previstos em lei, o que seria permitido apenas em relação as agências reguladoras previstas constitucionalmente, ao passo que a segunda limitar-se ia, de acordo com o art. 84, IV, da nossa CF, apenas a edição das regras necessárias a fiel execução da lei, sem inovar a ordem jurídica”¹²⁴.

Enfim, a parte de todo o embate doutrinário acerca do tema, consideramos que o poder normativo das agências reguladoras brasileiras abarca os poderes de regulação e de regulamentação, entretanto, não engloba a competência regulamentar autônoma, pois este é de competência exclusiva do chefe do Poder Executivo.

Em suma, o poder normativo, consiste na capacidade de emanar e editar normas para o setor regulado¹²⁵. Salieta Cuéllar (2001: 107), que “na própria noção de agência reguladora está implícita a ideia de poder regulador, exercido por meio de atribuição normativa. Logo, não teria sentido criar tais entes sem que eles pudessem editar normas referentes às diversas áreas sob suas competências”¹²⁶.

Na lição de Matheus Carvalho (2016: 183) “o poder normativo destas entidades só obriga o prestador do serviço. Agências reguladoras não podem editar atos que obriguem particulares que não têm relação com a prestação do serviço, só a lei pode obrigar a atuação do particular usuário do serviço”¹²⁷.

¹²³ Cuéllar, Leila. As agências reguladoras e seu poder normativo. São Paulo: Dialética, 2001, p. 117. No mesmo sentido estão: San Tiago Dantas, Caio Tácito e Arnoldo Wald.

¹²⁴ Di Pietro, 1999, p 134; *apud* Aragão, Alexandre Santos de. Regulação da Economia: Conceitos e características. p. 37, nota 24. In: Peci, Alketa (Org.) Regulação no Brasil: desenho, governança e avaliação. São Paulo, Atlas – 2007.

¹²⁵ Di Pietro entende que, de forma diversa de outros autores, apenas as agências reguladoras previstas especialmente no texto constitucional possuem capacidade normativa, não aceitando o artigo 174 da Constituição como fundamento para a criação das demais agências reguladoras. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 407.

¹²⁶ Cuéllar, Leila. As agências reguladoras e seu poder normativo. São Paulo: Dialética, 2001. p. 107.

¹²⁷ Carvalho, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 3º ed. rev. ampl. e atual. JusPodivm, Salvador, 2016. p. 183.

Ou seja, esse poder concedido as autarquias de regime especial, não podem ultrapassar os limites da lei, devendo manter-se na seara de orientações técnicas e decisões consoantes sua função de regulação e controle. Além disso, como já exposto, sujeitam-se ao controle de legalidade do Judiciário. Por esse motivo, não se pode alegar que esse poder, atribuído às agências reguladoras, fere o princípio da separação dos poderes, pois não se trata propriamente de um poder que exorbita a esfera da administração pública.

3.2.2 Poder de Fiscalização

O poder de fiscalização concedido às agências reguladoras exprime a ação para controlar e verificar as atividades que estão sendo desenvolvidas pelos agentes privados no âmbito do setor regulado. O ato de fiscalizar é decorrente da expressão do poder de polícia que detém o Estado e, por conseguinte, transmitido a agência para assegurar o respeito as normas regulamentares do setor. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio, em sede de julgamento do STF de Ação Direta de Inconstitucionalidade, as agências “atuam com poder de polícia, fiscalizando, cada qual em sua área, atividades reveladoras de serviço público, a serem desenvolvidas pela iniciativa privada. [...] em que pese a própria razão de ser dessa espécie de autarquia¹²⁸”.

Para que uma agência possa exercer suas funções de regulação com independência, esta precisa dispor de mecanismos que garantam que os regulados cumpram suas determinações. Desta maneira, dentro de suas prerrogativas, estabelece as diretrizes e busca o *enforcement* mediante a fiscalização e aplicação de sanções, de modo a impedir a transgressão das regras e alcançar os objetivos regulatórios.

Assim, essa fiscalização se reflete tanto pela supervisão das atividades reguladas, quanto na verificação e controle das ações dos regulados, de forma a certificar-se que o interesse público, as normas e políticas do setor estão sendo respeitados e o serviço público prestado com eficiência. Além disso, importa notar que, essa fiscalização pode se originar também, das denúncias realizadas pelos usuários quando do descumprimento dos parâmetros de qualidade na prestação dos serviços ou da omissão de prestação em que o direito do usuário seja violado, acarretando prejuízos.

¹²⁸ STF. ADI: 2310 DF, Relator Min. Marco Aurélio. Publicação DJ, 01/02/2001.

Entretanto, por vezes, esse *poder-dever* da agência de exercer a fiscalização fica comprometido pelos constrangimentos alegados pelas agências diante dos contingenciamentos de recursos orçamentários pelo Poder Executivo, constituindo-se também, num flagrante desrespeito a autonomia financeira e orçamentária das entidades¹²⁹.

3.2.3 Poder Sancionatório

O poder de sanção decorre diretamente do poder de fiscalização, de forma que permita a agência persuadir e punir os concessionários e permissionários que não cumpram com suas determinações legais.

Esse poder traduz-se na autorização que as autarquias especiais possuem de aplicar as sanções e medidas cautelares de urgência, previstas em lei, para sanar os efeitos nocivos da conduta prejudicial do regulador à concorrência e aos consumidores.

Como mencionado, as sanções e penalidades precisam estar previstas em leis, nos contratos de concessão/permissão ou em outros atos que estabeleçam vínculo jurídico. Sem pormenorizar, as sanções podem abarcar advertências, multas, suspensão, inabilitação temporária, cassação do registro de produtos, proibição da fabricação/comercialização de produtos e serviços, rescisão de contratos e outras que podem variar conforme as especificidades de cada setor. No caso, as multas podem ser aplicadas independentemente de outra penalidade administrativa.

Conforme ressalta Farena (2003: 11), “o processo sancionatório das agências, respeitando os imperativos constitucionais da ampla defesa e contraditório, não pode reproduzir as mazelas dos processos judiciais, criando, por exemplo, inúmeras instâncias revisoras”.¹³⁰

¹²⁹ Acórdão 1091/2006, Processo 012.581/2003-3, do Tribunal de Contas da União, em que o relatório aponta os motivos para a fiscalização deficitária da agência reguladora ANATEL, *in verbis*: “A agência afirma que o primeiro fator a impactar diretamente a fiscalização são os cortes preliminares feitos pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão à proposta orçamentária elaborada pela ANATEL. Após aprovado, prossegue a recorrente, o orçamento ainda sofre contingenciamento, o que interfere, de forma negativa, no potencial de evolução e modernização dos serviços, principalmente em face de um setor como o de telecomunicações, que tem crescido de forma significativa. Esse contingenciamento é admitido expressamente pelo próprio Relatório do TCU, que atesta o esforço empreendido na fiscalização de campo, que vem crescendo a cada ano. Apesar disso, os dados demonstram que a capacidade operacional da Fiscalização não tem suportado as demandas. Há ainda um segundo fator de grande impacto na realização das atividades de fiscalização por parte da ANATEL que é a própria limitação de seu quadro próprio de pessoal”.

¹³⁰ Farena, Duciran Van Marsen - Agências reguladoras: fiscalização dos serviços públicos e defesa do consumidor - Revista Eletrônica do Ministério Público Federal – vol. 4. 2013. p. 11.

Ou seja, esses processos de aplicação de sanções pelas agências necessitam ser ágeis e desburocratizados, de forma a coibir e cessar o abuso de função cometido pelos regulados no âmbito de atuação e reparar e ressarcir os usuários ou o Estado pelos danos causados pela conduta lesiva ao interesse público. Contudo, em nome da celeridade não se pode dispor do devido processo legal, em que pese a autonomia decisória¹³¹ e a ausência de subordinação hierárquica dessas autarquias.

Assegurados o contraditório e a ampla defesa e, caso necessário, medidas cautelares de urgência, os procedimentos de aplicação das sanções são definidos nos regulamentos, ficando a espécie de sanção a ser usada à discricionariedade da agência. Contudo, na prática, essa discricionariedade e o uso de conceitos amplos¹³² na letra da lei, abrem a possibilidade de ocorrer a captura do regulador pelo regulado. Para exemplificar, emprestamos o estudo do Professor Farena, em que atesta que

o tratamento individualizado de lesões que a fiscalização apurou terem caráter coletivo, [resultou] em aplicação de penas insignificantes, correspondentes apenas ao pequeno universo de efetivos “reclamantes”. Enfim, agora desacreditando a atividade de sancionamento estão as “anistias brancas” em que multas já com trânsito em julgado administrativo, relativas a infrações amplamente comprovadas e lesivas ao usuário, são trocadas por “metas” que vão demandar novo trabalho de aferição e fiscalização, recaindo no já mencionado trabalho de Sísifo, além de que o principal lesado, o consumidor, não é nunca indenizado ou ressarcido por aquelas lesões, cujas penalidades foram convertidas em etéreas metas de difícil avaliação quanto aos benefícios reais ao maior prejudicado. (FARENA, 2013:13)

Nesse sentido, as agências ocorrem o risco de serem desmoralizadas perante o regulado e perdem a confiança dos usuários em matéria de proteção dos seus interesses.

Ademais, foi feito um levantamento do potencial de poder arrecadatório das sanções aplicadas pelas agências e constatou-se que apenas 6% das multas aplicadas são efetivamente recolhidas ao Cofre da União. Essa enorme discrepância entre o aplicado e o

¹³¹ A independência financeira, estrutural e funcional das agências reguladoras permite a sua independência decisória, tão importante para a adoção de decisões técnicas, e não políticas. (Oliveira, 2004: 48)

¹³² Conforme Guerra, [...] a lei não exprime com exatidão o sentido dos conceitos, às vezes demonstrando serem obscuros e contraditórios, sendo resultado de um acordo entre partidos, não delineando sua aplicação em caso concreto. Continua, [...] a norma não determina o exato e preciso sentido dos conceitos jurídicos indeterminados, haja vista que estes não admitem rigorosa e abstrata quantificação ou limitação, somente devendo ser identificados, caso a caso, diante do fato real. Sérgio Guerra (2015: 140) *apud* Dias, Carmo e Simões. O Poder Normativo Discricionário na atividade Regulatória da ANTT e a Ausência de Controle Jurisdicional. Meritum – Belo Horizonte – v. 12 – n. 2 – p. 212-233 – jul./dez. 2017. Nessa seara, a OCDE (2008) também já se manifestou a respeito, onde seu relatório atesta que “a incapacidade de construir uma clara maioria política para aprovar leis inequívocas e bem definidas, conduz, às vezes, a textos ambíguos, o que vai exigir acordos políticos. Isso deixa os assuntos mais difíceis, e vantagens e desvantagens para o Judiciário lidar em um estágio posterior”. OCDE – Relatório sobre a Reforma Regulatória. BRASIL: Fortalecendo a governança para o crescimento. Brasília: Alia Opera, 2008. p. 58.

recolhido podem evidenciar indícios de inconsistência na lavratura do ato punitivo e falhas processuais, o que acarreta na suspensão posterior da coima pela via administrativa, além da falta de transparência nos procedimentos das agências, conforme aponta o TCU.

Entretanto, mesmo com o baixo número percentual de arrecadação, a arrecadação das multas teve um crescimento de 406% no período de 2011 a 2014.¹³³

3.2.4 Poder de Resolução de Litígios

Esse poder reside na autoridade moral setorial que a agência possui de dirimir, conciliar ou mediar os possíveis conflitos de interesse entre os regulados e entre estes e os consumidores, não afastando a jurisdição dos órgãos de defesa do consumidor, nem do Poder Judiciário.

Para a doutrina, essa competência para resolução de litígios, representa um poder quase-jurisdicional das autarquias especiais¹³⁴. Entretanto, damos por superada a discussão entorno da ofensa ao princípio da separação dos poderes, visto que, apesar de próximas, tais atribuições não se misturam. As decisões exaradas pelas autarquias independentes para dirimir controvérsias não se pautam pelos mesmos critérios das decisões judiciais.

Entende Calvão da Silva (2008: 176), que não deve existir um “monopólio jurisdicional dos tribunais, salvos nos casos expressamente previstos na Constituição e nas situações em que um *entendimento exigente do princípio do Estado de direito democrático* o requeira”¹³⁵. Alinhamos com esse pensamento, sobre tudo no caso das agências reguladoras, onde estas detêm o conhecimento e expertise técnica, além de possuírem maior celeridade que o Poder Judiciário para encontrar a melhor solução e propor um acordo entre os litigantes. Ainda, reforça o mesmo autor, esse poder concedido as agências é “admissível desde que garantido o recurso para os tribunais e não se invada o núcleo duro da função

¹³³ Cfr. Acórdão Nº 1970/2017 – Plenário; Processo 029.688/2016-7; “o incremento da arrecadação efetiva consolidada das multas das agências/entidades fiscalizadoras, que passou de R\$ 185,4 milhões, em 2011, para R\$ 939,6 milhões, em 2014, o que representa um crescimento de 406% no período.”

¹³⁴ “A concepção originária dos E.U.A. e o sistema do Common Law praticamente desconheciam a função administrativa, daí a já mencionada utilização da nomenclatura de função “quase-judicial” e “quase-legislativa” das agências reguladoras, para que, em realidade não eram nada mais do que, respectivamente, a função processual e regulamentar da Administração Pública. Com a atual posição da Suprema Corte, que impede uma série de ingerências do Poder Legislativo sobre as agências que exercem funções administrativas, ficou claro que as outrora chamadas funções “quase-judiciais” e “quase-legislativas” das agências reguladoras são espécies da função administrativa lato sensu [...]”. Aragão, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes – algumas desmistificações à luz do direito comparado. Brasília a. 39 n. 155 jul./set. 2002. p. 299.

¹³⁵ Calvão da Silva (2008), *op. cit.*, p. 176.

jurisdicional”¹³⁶. Ou seja, as decisões emanadas pelas agências em matéria de resolução de conflitos, não alcançam a qualidade de coisa julgada e, por conseguinte, podem ser passíveis de objeção judicial.

Assim como no poder sancionatório, onde a agência possui a discricionariedade para eleger a espécie de sanção a ser aplicada, no poder de resolução de litígios, esta também goza de liberdade administrativa para decidir pela execução do instituto jurídico que julgar justo para o caso em concreto, pautando-se pela conveniência e oportunidade adstritas ao setor regulado. Acontece que, como no caso anterior, o uso do recurso legislativo de conceitos amplos, pode levar a resolução de uma controvérsia da esfera administrativa para o judiciário, sem que houvesse real necessidade. Consoante esse entendimento, a OCDE (2008: 58) averba que “o Judiciário é então colocado na posição de tornar-se responsável pela arbitragem de conflitos políticos, em vez da simples aplicação da legislação¹³⁷”. Assim, além do ônus ao Poder Judiciário, o “excesso da atuação jurisdicional sobre as decisões administrativas traz consigo a controvérsia acerca da substituição das decisões dos agentes administrativos pelos juízes¹³⁸”.

3.2.5 Síntese Conclusiva

Fechando esse tópico, vimos que as agências, via de regra, foram dotadas com prerrogativas e poderes de modo a viabilizar a execução de suas atividades regulatórias. Consoante Cuéllar (2001: 129), “as agências reguladoras precisam dispor de meios de atuação, de poderes compatíveis com as funções que lhes foram outorgadas”. Assim, compreendemos que são poderes próprios das agências e não delegados, pois decorrem diretamente da lei instituidora.

Todavia, parte da doutrina ainda se debruça nas discussões acerca da legitimidade e constitucionalidade dessas prerrogativas, dado que essas entidades administrativas detêm funções típicas dos três Poderes tradicionalmente constituídos e nesse sentido, muitos entendem que pode haver afronta ao princípio da separação dos poderes. Seja como for, é

¹³⁶ *Ibidem*, p. 177.

¹³⁷ OCDE. *op. cit.*; p 58.

¹³⁸ Guerra, Sérgio. Atualidades sobre o Controle Judicial dos Atos Regulatórios. REDAE Edição: 21 - fev/mar/abr 2010. p. 10

inegável o fato que as agências reguladoras independentes estão constituídas em diversos países e intervindo eficientemente no mercado.

Conforme Binenbojm (2005: 154), “cumprido o papel de geração de confiabilidade para atração de investimentos, apercebem-se agora os agentes econômicos, os agentes políticos e doutrinadores pátrios da necessidade de *matizar* a autonomia técnica das agências com mecanismos de controle político e jurídico”¹³⁹.

A autonomia, consoante o que foi discutido, busca dar a base para a imparcialidade e neutralidade das ações regulatórias das agências. Para o Governo Federal Brasileiro (2003: 9) “o conceito [autonomia] usualmente busca distanciar o desenho e execução da função regulatória de muitas das pressões administrativas e políticas do governo”¹⁴⁰.

Assente ao estudado, brevemente, em síntese de conclusão, temos que o poder normativo das agências se baliza em criar normativos que expressem o conhecimento técnico que o setor necessita para funcionar eficientemente e que se harmonize com a aplicação da lei e das diretivas da política pública. Não obstante, o Governo Federal, entende que cabe a essas entidades

regulamentar e fiscalizar as atividades reguladas, implementando, no que lhes cabe, a política setorial. A função da agência reguladoras não é cumprir a “política do setor definida pelo Poder Executivo”, mas sim as atribuições previstas nas respectivas leis setoriais, isto é, em suas leis de criação. Em outras palavras, cabe às agências aplicar o marco regulatório em vigor – lei, portarias, decretos, etc - e atingir os objetivos expressos nas suas leis de criação. Por outro lado, a política setorial em sentido mais amplo, a cargo do Executivo, e a aplicação da legislação setorial e contratos são ações que, ainda que possam afetar-se reciprocamente e guardem alguma intersecção, são complementares e relativamente separadas. (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2003: 28)

Assim, consoante entendimento prévio, as agências expedem seus atos por meio do seu colegiado, exercendo o poder normativo que se confina ao âmbito da regulamentação e da regulação, diferenciando-se do poder de expedir regulamentos autônomos, reservado ao chefe do Executivo.

Exercem ainda poderes de fiscalização, que é imprescindível para uma eficiente regulação, pois sem essa prerrogativa a agência dificilmente conseguiria impor sua autonomia com efetividade. Como bem elucida Farena (2013)

¹³⁹ Binenbojm, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 240: 147-165, Abr./Jun. 2005. p. 154.

¹⁴⁰ Brasil. Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro. Presidência da República, 2003. p. 9

se a regulação tem em vista a criação do ambiente competitivo, mediante regulamentação adequada, a fiscalização visa promover o cumprimento dos deveres do concessionário, quanto ao interesse público, ao desenvolvimento econômico, à qualidade dos serviços, e à proteção do consumidor, que também integra o marco regulatório, ao contrário da visão reducionista que ali vislumbra apenas a lei específica, os regulamentos do serviço e o contrato, como se não existissem Código de Defesa do Consumidor e Constituição. (FARENA, 2013: 8).

Indissociável desse processo decorre o poder sancionatório, por meio do qual o agente regulador consegue impor seus atos e punir aqueles que o desacatem. Assim, para o mesmo autor, evita um “clima de impunidade que uniformiza as práticas abusivas”¹⁴¹.

Na resolução de conflitos, as agências, por estarem mais próximas dos litigantes e por possuir conhecimento técnico naquela matéria, o que reiteradamente carece o judiciário, detém autonomia para mediar e conciliar as controvérsias que possam surgir no âmbito da sua área de regulação. Não obstante a universalidade de apreciação do Poder Judiciário, ocorre no Brasil o que a OCDE se refere a *judicialização* do conflito político, “compreendido como a tendência das forças políticas em transferir para o Poder Judiciário as disputas de natureza essencialmente política, que não são solucionadas dentro do âmbito apropriado, conduzindo a *politização* do Judiciário”¹⁴². Motivo esse que muitas vezes, devido a lei ter sido forjada com conceitos amplos, o que pode acarretar na divergência de interpretações, sobretudo em matérias de sanção e resolução de conflitos.

Em suma, essas autonomias e prerrogativas visam garantir a liberdade de ação das agências, ficando livre das sujeições políticas governamentais e eleitoreiras, busca-se garantir que sejam tomadas decisões técnicas que conciliem o interesse público e assegure o funcionamento justo do mercado para os regulados.

Na continuação, analisaremos alguns casos concretos para auferir como essa independência é abalizada na prática e como o Poder Central se posiciona em relação a essas prerrogativas.

¹⁴¹ Farena, Duciran Van Marsen - Agências reguladoras: fiscalização dos serviços públicos e defesa do consumidor - Revista Eletrônica do Ministério Público Federal – vol. 4. 2013. p. 08.

¹⁴² OCDE. *op. cit.*; p 58.

4. A questão da independência *versus* ingerências do Poder Executivo

Iniciamos esse capítulo abordando, brevemente, a teoria da captura do regulador, pois na análise dos fatos que serão trazidos à baila, nos leva a refletir se se trata de uma captura do regulador pelo poder político ou de afronta às autonomias das agências, por meio de artifícios normativo-jurídicos que visam minorar a independência e criar uma situação de subordinação.

Optamos pelo exame do relacionamento político entre o poder central e as agências, por entender que essa relação tende a ser menos subjetiva a diferentes interpretações, visto que o agente público só pode atuar em virtude de lei (princípio da legalidade). Ou seja, suas ações estão documentadas e publicizadas por meio de normativos, tornando mais palatável a investigação dos possíveis desrespeitos a autonomia das agências. Não obstante, a organização política possui o interesse legítimo na preservação da finalidade pública, entretanto, por vezes, esse desvelo pode se desvirtuar e ser direcionado a satisfazer premissas outras que não a utilidade pública. As agências precisam lidar com esse tipo de ação política, que se mostram, na realidade brasileira, organizadas e com amplo acesso ao Poder, o que pode forçar o cerceamento das decisões que melhor atenda ao interesse da coletividade.

A captura do regulador pelo mercado exigiria uma análise técnica de todos os atos emanados pelas agências em vias de regulação do setor, o que demandaria uma pesquisa hercúlea de todas as portarias e instruções que, possivelmente, poderiam estar em afronta ao princípio da supremacia do interesse público e de políticas públicas para o respectivo setor. Além disso, alinhamos com Aragão (2006) quando assevera que

A invocação de um princípio da supremacia do interesse público, princípio, aliás em franco declínio em sua afirmação doutrinária, uma vez que não há um interesse público abstratamente considerado que deva prevalecer sobre os interesses particulares eventualmente envolvidos. A tarefa regulatória do Estado é, de fato, bem mais complexa do que a singela formulação de uma supremacia do interesse público. [...] o STF afirma *que o interesse público e privado se entrelaçam de tal forma, que as mais das vezes não é possível separá-los*. [ADIN 493-DF]". (ARAGÃO, 2006: 237)

Também, há situações em que não é possível comprovar de imediato, sem acesso a documentos de trâmite interno do colegiado, se houve má fé de parte dos decisores, o que, possivelmente, poderia configurar uma situação de captura pelo mercado ou se ocorreu

“incompetência” técnica da agência¹⁴³, causada por diferentes fatores, entre eles constrangimentos orçamentários que limitam os recursos materiais e humanos¹⁴⁴. Não obstante, o professor Justen Filho complementa que

as próprias decisões adotadas pelos administradores das agências apresentam diferentes graus de autonomia em face da influência derivada de fatores externos. É muito problemático imaginar que os administradores das agências estariam absolutamente imunes a orientações oriundas dos setores de mais elevada hierarquia governamental ou derivadas dos interesses de poderosos grupos políticos e econômicos. (JUSTEN FILHO, 2002: 377)

A teoria da captura ganha proeminência quando o economista da Escola de Chicago, George Stigler, 1971, inova ao propor a integração da análise econômica com a do comportamento político. Nessa teoria, as falhas do sistema político entram na discussão sobre os motivos da captura do regulador, visto que os objetivos do governo são mais intrincados que os da indústria e, por consequência, os regulados, a fim de influenciar na regulação, poderiam oferecer doações e financiamentos de campanha para os partidos políticos. A partir dessa tese se desenvolveram várias outras aprofundando ou criticando o modelo de Stigler. Nessa seara, Posner (1974) aprecia que

It discards the unexplained, and frequently untrue, assumption of pristine legislative purpose; it admits the possibility of "capture" by interest groups other than the regulated firms; and it replaces the "capture" metaphor, with its inappropriately militaristic flavor, by the more neutral terminology of supply and demand. But it insists with the political scientists that economic regulation serves the private interests of politically effective groups. (POSNER, 1974: 343)

Na doutrina nacional Justen Filho considera que

A captura configura quando a agência perde a condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoísticos de um, alguns, ou todos os segmentos empresariais regulados. A captura da agência se configura, então, como mais uma faceta do fenômeno da distorção de finalidades dos setores burocráticos estatais. (JUSTEN FILHO, 2002: 369)

Dessa forma, temos que, na teoria da captura as forças contrapostas se encontram e que cabe ao regulador harmonizar esses interesses divergentes, que se iniciam desde o legislador/político que pode advogar em interesse próprio na busca por uma posição de destaque no meio do jogo político (votos e emendas orçamentárias); temos os próprios

¹⁴³ Esse fato refere-se ao caso do erro de metodologia do cálculo de reajustes das tarifas do setor elétrico, o que resultou em pelo menos R\$ 7 bilhões cobrados a mais dos consumidores brasileiros, pelas contas do TCU, entre 2002 e 2009. Voltaremos a este assunto adiante.

¹⁴⁴ Conforme a OCDE (2008), p 242, “atrasos na entrega de recursos, impactou a capacidade técnica das agências. Isso também tem resultado em implicações no desenho de órgãos técnicos eficientes que treinem funcionários qualificados”.

reguladores, que podem possuir interesse em galgar uma colocação profissional em algum dos regulados, findo seu mandato e a quarentena, ou até mesmo para lograr um cargo comissionado no governo; e, ainda, temos os interesses da indústria, onde objetivam maximizar o lucro e por contrapartida podem oferecer vantagens tanto pro legislador como pro dirigente.

Todavia, não podemos inferir no sentido de uma captura do regulador, pois isso significaria afirmar que os agentes públicos foram cooptados para agirem de acordo com os interesses do partido do Governo ou do grupo de interesse dos regulados. Não arriscaríamos proceder a análise nesse sentido, dado que não dispomos de todas as informações necessárias para tal julgamento. Contudo, saliente relatar que é notório que já houve captura das agências reguladoras no Brasil, quando em 2012, vinte e uma pessoas foram indiciadas por fraudes em pareceres técnicos¹⁴⁵.

Assim, no prosseguimento do estudo, abordaremos os desrespeitos a autonomia das agências como afronta à independência e não como captura política do regulador. Em 2003 o Governo já demonstrava certo desconforto com o nível de autonomia das agências ao elencar suas preocupações no estudo elaborado pela Casa Civil, conforme segue:

Primeiro, [...] o distanciamento com relação ao Poder Executivo pode dar origem à negligência da autoridade do regulador para com outros fortes atores políticos do Executivo ou Legislativo [...].

Segundo lugar, pode ser argumentado que, sendo menor e mais focalizada que um ministério, a instituição regulatória independente é mais vulnerável à captura [...]. Uma terceira fraqueza de estruturas regulatórias independentes é, paradoxalmente, relacionada à sua força. Há a possibilidade de uma agência independente poder tornar-se tão forte, ou “tão independente” que venha a se comportar como um poder quase independente dentro do Estado. Se não contida, uma entidade independente pode ir além do papel visado para ela ao tempo da sua criação, ensejando a necessidade de medidas restritivas e corretivas por parte do legislador. (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2003: 28)

Procederemos análises no sentido que essas investidas contra a independência se devem em razão do Governo tentar submeter as agências ao seu poderio, sem, no entanto, visar auferir que os agentes tenham sido cooptados ou que haja um balcão de negócios, não

¹⁴⁵ Operação Porto Seguro da Polícia Federal do Brasil. A Operação foi deflagrada em 23 de novembro de 2012, com o objetivo de desarticular a organização criminosa que se infiltrou em diversos órgãos federais com o fim de influenciar na elaboração de pareceres técnicos fraudulentos em órgãos públicos e agências reguladoras para beneficiar interesses privados; 21 pessoas foram indiciadas, dentre as quais servidores públicos que atuavam na Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq, Agência Nacional de Águas - ANA, Agência Nacional de Aviação Civil - Anac, Advocacia Geral da União (AGU), Ministério da Educação (MEC) e Cultura e Secretaria do Patrimônio da União – SPU e no Gabinete da Presidência da República em São Paulo. Fonte: <http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2012/dezembro/operacao-porto-seguro-2013-pf-entrega-relatorio-a-justica-federal>

procurando demonstrar se se estabeleceu um *mercado político*, conforme explica Bagatin (2013: 49), “em que a regulação é fruto do encontro da *oferta* e da *demanda*. Assim como os agentes econômicos, os agentes políticos empreendem, isto é, atuam proativamente na busca da maximização dos seus próprios interesses”¹⁴⁶.

Parece que alguns governantes, assim como os críticos do sistema de regulação independente, não veem com bons olhos as agências reguladoras possuírem essa autonomia face aos poderes. No exemplo supra, um ano após o estudo da Casa Civil, o Governo Lula apresentou dois Projetos de Lei referentes a gestão, organização e controle social das agências reguladoras, visando esvaziar algumas competências e transferindo-as para os respectivos Ministérios do setor. Mattos e Mueller (2006) elaboraram um estudo acerca das principais propostas destes Projeto de Lei e analisaram em especial suas consequências na ANATEL. Em suma, os pontos mais impactantes tratam da transferência do poder normativo (outorga) para o Poder Executivo, conforme segue:

Transferir os seguintes poderes da Anatel para o Poder Executivo (Ministério das Comunicações):

- editar atos de outorga de direito de exploração e celebração de contrato de concessão do serviço no regime público;
- editar atos de outorga do direito de uso de radiofrequência e de órbita;
- expedir autorização para prestação de serviço no regime privado¹⁴⁷.

Também, a proposta do Governo previa a alteração da decisão dos dirigentes de maioria absoluta para maioria simples, redução do mandato de 5 anos para 4 anos com recondução, indicação de assessores especiais para acompanhar o processo de consulta pública, introdução do contrato de gestão, entre outras medidas. Assim, os autores concluem que, as “propostas caminham na direção do maior constrangimento da ação da Anatel, sendo que todas, consistentemente, ou reduzem suas competências, ou enfraquecem sua independência, ou aumentam sua burocracia”¹⁴⁸.

Os Projetos de Lei ficaram anos “em trâmite” no Congresso Nacional e não seguiram adiante, apontando talvez que, posteriormente, o Governo tenha entendido o papel central das agências na busca pela credibilidade regulatória e sua afetação à atração de investimentos e, também, por que nesse tempo conseguiu indicar dirigentes mais alinhados

¹⁴⁶ Bagatin, Andreia. *Captura das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo, Saraiva – 2013; p. 49.

¹⁴⁷ Projeto de Lei 3.337 de 2004. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/>

¹⁴⁸ Mattos, César Costa Alves de; Mueller, Bernardo. *Regulando o regulador: a proposta do Governo e a Anatel*. *Revista Econ. contemp.*, Rio de Janeiro, 10(3): 517-546, set./dez. 2006, p. 533.

com sua visão de governo. Mas, isso não significa que as incursões governamentais contra a independência das agências cessaram.

Essas tentativas de modificar algumas prerrogativas próprias das autarquias especiais demonstra como o poder político se posiciona em relação a essa independência regulatória. Nesse sentido, já em 2000, Moreira Neto notava que

[...] não raro se tem apreciado a indesejável introdução de estranhos hibridismos institucionais e temperamentos autocráticos nas recentes leis criadoras de agências reguladoras, procurando retirar, em maior ou menor grau, conforme a ascendência do Executivo sobre as respectivas casas parlamentares, a independência das novas agências, sempre com o intuito, claro ou velado, de mantê-las submetidas ao guante da Administração”. (MOREIRA NETO, 2000: 417)

Compreendemos, consoante o pensamento de Cardona (2016: 294) que “a soberania e a *unidade de ação* não permitem a criação de estruturas administrativas absolutamente independentes do Poder Executivo¹⁴⁹”, mas a manutenção de certas prerrogativas é imprescindível para que seja assegurada a neutralidade e a imparcialidade do jogo regulatório. Conforme leciona Vital Moreira (2004: 574), “a racionalidade da regulação independente consiste na desgovernamentalização, despolitização e despartidarização da função reguladora, fazendo prevalecer os valores da imparcialidade, tecnicidade e previsibilidade¹⁵⁰”.

A despeito de toda essa discussão, conforme salientado e sacramentado, a importância da independência das agências é imperativa à sua razão de ser. Não obstante, descartada a ideia do exame da captura do regulador pelo poder político, no resta imbricar análise no sentido de auferir a interferência¹⁵¹ do poder central na autonomia das agências.

Diversos autores¹⁵² desenvolveram modelos e teorias para auferir ou testar o nível de independência das autoridades reguladoras, compondo-se sistemas com diferentes indicadores, pesos e dimensões de análise.

¹⁴⁹ Cardona, Maria Celeste. Contributo para o Conceito e a natureza das Entidades Reguladoras Independentes. As autoridades Reguladoras. Almedina, Coimbra, maio de 2016. p. 294.

¹⁵⁰ Moreira, Vital (Org). Estudos de Regulação Pública - I. Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) – Faculdade de Direito de Coimbra. Editora Coimbra, 2004. p. 574.

¹⁵¹ “A interferência remete a ameaças ou a incentivos do Poder Executivo para que as ações da agência se adéquem às suas preferências” (HANRETTY; KOOP, 2009) *apud* Batista, Mariana. Mensurando a independência das agências regulatórias brasileiras. planejamento e políticas públicas n. 36, 2011. p. 216.

¹⁵² Deixamos aqui exemplos de autores que já se debruçaram sobre o tema: Gilardi (2003) sugere investigar a credibilidade para avaliar a importância da independência das agências reguladoras. Segundo o autor, quanto maior o grau de independência da agência reguladora, maior sua credibilidade. Gual (2003) propõe o desenvolvimento de dois índices de desregulamentação e dois de independência de agências reguladoras, que combinados tem por objetivo analisar de forma multidimensional o impacto do processo de reformas que introduziram as agências reguladoras. Pedersen e Sørensen (2004) discutem o processo de transformação das agências reguladoras comparando a perspectiva histórica e institucional. Destaque-se que as autoras enfatizam

Nesse intuito, não abordaremos a independência pelo seu grau, como os ilustres autores desenvolveram suas teorias e índices, mas abordaremos os aspectos mais recorrentes que parecem incomodar o Governo Federal brasileiro, como a questão da autonomia orçamentária, a ausência de controles hierárquicos, mandato fixo e estabilidade dos dirigentes. A independência orçamentária e dos diretores também permeiam as discussões doutrinárias dos autores em comento.

A contento, iniciaremos abordando as possíveis afrontas à autonomia orçamentário-financeira das agências por parte do poder central.

4.1 Ingerências à autonomia orçamentário-financeira.

A autonomia financeira e orçamentária, conforme apreciado anteriormente, não se confundem, entretanto, analisaremos ambas em conjunto de forma a facilitar a compreensão do tópico. Todavia, para lembrar, a autonomia financeira se refere a garantia de recursos próprios e de execução que dispõe a agência, sem que seja necessário depender do Tesouro da União ou de autorizações. E a autonomia orçamentária é a prerrogativa que a agência tem de elaborar e propor o seu próprio orçamento.

Pelo regramento orçamentário, de preceito constitucional, todas as entidades da administração pública federal devem se submeter ao Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA), em respeito ao princípio da unidade orçamentária. Além disso, todo recurso financeiro tem que ingressar pela Conta Única do Tesouro Nacional (princípio da Unidade de Caixa).

Isto é, a agência reguladora envia sua proposta de orçamento, com base na sua autonomia administrativa, de gestão e financeira, para o Ministério da pasta, pois não possuem rubrica própria no Orçamento da União, e este encaminha para o Ministério responsável pelo Orçamento-geral da União. Assim, em teoria, com um orçamento uno e integrado é possível obter um panorama das finanças públicas do país e permitir a *accountability* do Legislativo e do Executivo.

que a existência destas características não garante totalmente que a agência é independente de interesses políticos. O trabalho de Cukierman et al (1992) avalia a independência de Bancos Centrais a partir de uma série extensa de critérios (legais, institucionais, culturais e pessoais), alguns dos quais difíceis de quantificar e não observáveis pelo público em geral. (Batista, 2011: 217 e ss.)

Dessa forma a agência reguladora elabora sua proposta, com base no planejamento de suas despesas, de acordo com suas ações e funções e estima suas receitas¹⁵³, que além das dotações orçamentárias, preveem as arrecadações das atividades regulatórias por meio da cobrança de taxas de regulação ou fiscalização¹⁵⁴, além das coimas quando for o caso.

Ou seja, é imperioso que haja um certo nível de coerência entre o que se estima em arrecadar e as necessidades reais da entidade para exercer sua função regulatória, pois não há a finalidade mor de obtenção de lucros, embora, não seja proibido. Entende Marques Neto (2015: 77), que “quando as receitas das agências provierem da cobrança de taxas, é importante dizer, os recursos auferidos deverão ser necessariamente despendidos no exercício da atividade regulatória¹⁵⁵”.

Todavia, na prática, tal coerência não é atendida pelas agências e pelo Governo. O TCU em relatório se manifestou confirmando que “a prática corrente não se coaduna com o modelo pretendido pelo legislador, eis que suas autonomias decisória e financeira são constantemente mitigadas; todavia, não foi possível conceituar com precisão o significado desta autonomia”¹⁵⁶. Paulo Motta (2003), traça o panorama dos orçamentos públicos no Brasil que

[...] no mais das vezes, não passam de peças de má ficção, em que os valores previstos e os valores realmente executados jamais se encontram. Ademais, famosos são no Brasil os denominados contingenciamentos orçamentários, que se constituem em atos administrativos baixados pelos ministros da área econômica, que proíbem os órgãos e os entes da Administração de executarem os valores previstos na lei orçamentária. (MOTTA, 2003: 102)

Dessa forma, após a agência enviar sua proposta de orçamento para o Governo Federal, essa proposta é recalculada à discricionariedade do Ministério do Planejamento e Orçamento e posteriormente, contingenciado¹⁵⁷ para formação do superávit primário,

¹⁵³ Calvão da Silva (2015) advoga que para “assegurar a independência relativamente ao poder público, é fundamental, do ponto de vista financeiro, a existência de recursos próprios das autoridades reguladoras independentes”. Calvão da Silva, João Nuno. *Op. cit.*, p. 392.

¹⁵⁴ Um dos desdobramentos mais importantes em relação às taxas por exercício do poder de polícia é que, por serem cobradas em razão da fiscalização do serviço, o montante arrecadado deve guardar relação com o valor necessário para custeio destas atividades e, como tributo de arrecadação vinculada que é, deve ser gasto exclusivamente com essa finalidade. FGV. *Autonomia Financeira das Agências Reguladoras dos Setores de Infraestrutura no Brasil*. 2016. p. 3

¹⁵⁵ Marques Neto, Floriano Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Ed. Fórum, 1 ed. Belo Horizonte. 2005, p. 77.

¹⁵⁶ Tribunal de Contas da União. ACÓRDÃO Nº 2261/2011 – PLENÁRIO; Processo 012.693/2009-9.; 24/8/2011. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/>

¹⁵⁷ O contingenciamento consiste no retardamento ou, ainda, na inexecução de parte da programação de despesa prevista na Lei Orçamentária em função da insuficiência de receitas. Normalmente, no início de cada ano, o Governo Federal emite um Decreto limitando os valores autorizados na LOA, relativos às despesas

visando o reequilíbrio das contas públicas. Assim, as agências sofrem limitação, redução e retardamento do repasse de seus recursos previstos na lei orçamentária anual (LOA). Essa redução nas rubricas das agências causa desarmonia entre o planejamento prévio das despesas e a estimativa das receitas, ocasionando constrangimentos nas atividades regulatórias e conseqüentemente, ferindo a autonomia financeira-orçamentária.

Para Motta (2003: 102) e Marques Neto (2005: 76) “uma autoridade administrativa independente, jamais poderia sofrer restrição na execução de seu orçamento”, pois a autonomia interdita contingenciamentos ou cortes orçamentários que sejam feitos para atender a objetivos de política monetária ou fiscal.^{158, 159} Acaba por ocorrer que as agências reguladoras se tornam entes arrecadadores para o Governo Federal¹⁶⁰, pois este descompasso entre seu orçamento real e a estimativa prévia evidenciam que as agências arrecadam muito mais que gastam, desrespeitando o preceito que vincula o montante arrecadado, por meio de taxas, com a finalidade da atividade regulatória (tributo de arrecadação vinculada).

Desta maneira, os limites impostos pelo Poder Executivo ao orçamento das autarquias especiais não encontram amparo legal para sua realização e não consideram a correlação com o que foi arrecadado no ano anterior. Notabiliza-se que o poder central deixa de atuar como um mero intermediário (pois deveria agregar e encaminhar o projeto de lei orçamentário para aprovação do Congresso) e passa a atuar intervindo diretamente, praticamente, desconsiderando as propostas despachadas pelas agências reguladoras, num flagrante desrespeito as prerrogativas destas. Como bem explana Pedro Gonçalves e Licínio Martins (2014),

Dada a indeterminação normativa estrutural dos conceitos legais [...] sempre existirá o risco de o Governo, a pretexto ou a coberto da sua utilização, substituir os planos financeiros e de atividade das entidades reguladoras pelo juízo político, eventualmente formado em função de fatores circunstanciais ou contingenciais,

discricionárias ou não legalmente obrigatórias (investimentos e custeio em geral). O Decreto de Contingenciamento apresenta como anexos limites orçamentários para a movimentação e o empenho de despesas, bem como limites financeiros que impedem pagamento de despesas empenhadas e inscritas em restos a pagar, inclusive de anos anteriores. O poder regulamentar do Decreto de Contingenciamento obedece ao disposto nos artigos 8º e 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). Fonte: <http://www.planejamento.gov.br/servicos/faq/orcamento-da-uniao/elaboracao-e-execucao-do-orcamento/o-que-e-contingenciamento>

¹⁵⁸ Ferreira Motta, Paulo Roberto. Agências Reguladoras. Ed. Manole, 1ª ed, São Paulo, 2003, p. 102

¹⁵⁹ Neto, Floriano de Azevedo Marques. Agências Reguladoras independentes: fundamentos e seu regimento jurídico. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2005. p. 76.

¹⁶⁰ Segundo levantamento feito pela Unareg, associação dos funcionários das agências reguladoras, a pedido de EXAME, em 2016, 84% de todos os valores arrecadados pelas agências reguladoras ficaram para o Governo Federal.

passando o Governo a “marcar a agenda” das entidades reguladoras, por via do exercício de uma genuína tutela de mérito. (GONÇALVES; MARTINS; 2014: 19)

Como consequência direta disso, além dos constrangimentos orçamentários que podem desestabilizar a atividade regulatória, os diretores das agências ficam suscetíveis aos *lobbies* políticos e a pressões partidárias para que tenham seus orçamentos aprovados ou liberados, desvirtuando sua independência face ao jogo político.

O Tribunal de Contas da União, no exercício de seu controle externo, já se manifestou em diversas oportunidades sobre essas afrontas aos orçamentos das agências reguladoras. Reproduzimos aqui alguns trechos dos Acórdãos em que o Tribunal relatou à respeito da questão da autonomia orçamentária e financeira das agências:

21. Especificamente quanto à autonomia financeira, vê-se que o processo orçamentário vigente, a descentralização de recursos e o financiamento por recursos próprios não fomentam o modelo idealizado, mas, ao contrário, o enfraquecem.

[...]

23. Em razão desse fluxo orçamentário, para que a proposta orçamentária da agência seja razoavelmente acolhida pela setorial de orçamento, é imperioso um bom relacionamento entre a agência e o ministério vinculador, prejudicando, por demasia, a autonomia pretendida.

[...]

25. De igual sorte, o procedimento adotado para o repasse de valores também se mostra prejudicial à autonomia, eis que não existem mecanismos aptos a garantir a estabilidade dos recursos a elas destinados, os quais, por vezes são repassados de modo intempestivo ou são objeto de contingenciamento promovido pelo Poder Executivo. (TCU, 2017)¹⁶¹.

...

381. O contingenciamento orçamentário tem o condão de dificultar o planejamento e a própria execução das atividades das agências, com possíveis repercussões negativas de grande impacto para os setores regulados e a sociedade em geral. O impacto gerado por suas atividades regulatórias tende a ser relativamente maior que os respectivos montantes de seus orçamentos, visto que regulam setores que envolvem expressivas mobilizações de capital e intimamente associados ao desenvolvimento do país. (TCU, 2011)¹⁶².

Sobre a questão dos contingenciamentos, o Tribunal de Contas da União (TCU), a Fundação Getúlio Vargas (FGV) e a ONG Contas Abertas já realizaram estudos sobre os montantes efetivos que foram retidos pelo Governo, demonstrando claramente o uso das agências como máquina arrecadatória, mesmo embora com sua baixa arrecadação de multas aplicadas, conforme visto anteriormente.

¹⁶¹ Tribunal de Contas da União. ACÓRDÃO 1427/2017 – PLENÁRIO; Processo 009.180/2012-5; 05/07/2017. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/>

¹⁶² Tribunal de Contas da União. ACÓRDÃO Nº 2261/2011 – PLENÁRIO; Processo 012.693/2009-9; 24/8/2011. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/>

A ONG Contas Abertas¹⁶³, que busca o controle social sobre os orçamentos públicos, elaborou um estudo que analisou os orçamentos aprovados para as agências reguladoras entre 2010 e 2015 e constatou que dos 57 bilhões de reais orçados, apenas 19,3 bilhões de reais foram liberados. Ou seja, em 6 anos, houve uma média de 66% de retenção de recursos que deveriam ter sido destinados para as atividades regulatórias, prejudicando ações essenciais, como as fiscalizações.

A FGV¹⁶⁴ analisou as agências regulatórias dos setores de infraestrutura, caracterizando um panorama geral dos contingenciamentos de 2006 a 2014, mostrando que em 2007 chegou-se a 75% de bloqueio orçamentário e verificou, especificadamente, as duas maiores agências, ANATEL e ANEEL traçando um paralelo entre os valores arrecadados com as taxas regulatórias e o orçamento autorizado, evidenciando a incoerência entre eles. Trazendo alguns montantes à baila, temos o exemplo da Agência Nacional para Telecomunicações (ANATEL), que 2011 a LOA definiu um montante de 467 milhões de reais de orçamento, 40% inferior ao solicitado, em contraste, com a arrecadação regulatória, em que a agência arrecadou em 2011, 7.27 bilhões. Em suma, desde sua criação¹⁶⁵, a agência arrecadou um total de cerca de 90 bilhões de reais em taxas¹⁶⁶ e seu orçamento autorizado para o mesmo período foi de 8.6 bilhões de reais, sendo que essa diferença, 81.3 bilhões de reais ficaram nos cofres público, ou seja, praticamente 90% do que a agência arrecada fica retido para o Governo Federal¹⁶⁷. Segundo relatório de auditoria do TCU, a finalidade originária da taxa regulatória do Fistel reside em prover recursos para a execução da fiscalização de serviços de telecomunicações. No entanto, até 2016 somente 4% dos recursos foram efetivamente empenhados nas atividades relacionadas à fiscalização do setor de telecomunicações¹⁶⁸.

¹⁶³ Estudos disponíveis em: <http://www.agenciacontasabertas.com.br/categorias/?criterio=reguladoras>

¹⁶⁴ O estudo Autonomia financeira das agências reguladoras dos setores de infraestrutura no Brasil está disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/18341>

¹⁶⁵ Período analisado de 1997 a julho de 2018.

¹⁶⁶ Criado pela Lei 5.070, de 7 de julho de 1966, o Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (FISTEL), de natureza contábil, tem por finalidade prover recursos para cobrir despesas feitas pelo Governo Federal na execução da fiscalização de serviços de telecomunicações, desenvolver os meios e aperfeiçoar a técnica necessária à essa execução. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5070.htm

¹⁶⁷ ANATEL - Relatório de Gestão 2017. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documentoVersionado.asp?numeroPublicacao=348395&documentoPath=348395.pdf&Pub=&URL=/Portal/verificaDocumentos/documento.asp>

ANATEL - Arrecadação do fundo de fiscalização das telecomunicações – FISTEL, disponível em: <https://cloud.anatel.gov.br/index.php/s/tghGkUP0maP5PuQ#pdfviewer>

¹⁶⁸ TCU - ACÓRDÃO Nº 749/2017 – Plenário. Processo nº TC 033.793/2015-8.

O exemplo trazido foi da ANATEL, mas se aplica para todas as agências, especialmente as que detém prerrogativa de cobrar taxas regulatórias. Nesse sentido, fica uma reflexão emanada pelo representante do Ministério Público Federal junto ao TCU no processo de análise dos contingenciamentos efetuados nos recursos provenientes da Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica, da ANEEL:

[...] considerando que o saldo entre a arrecadação da Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica e os desembolsos orçamentários contingenciados da Aneel estaria gerando a ocorrência de superávit financeiro, levanta duas questões hipotéticas: ou o orçamento contingenciado da Aneel é realmente insuficiente para que a autarquia exerça a contento todas as suas atribuições, o que soaria como verdadeiro contrassenso ou seja, produzir superávit com aquela taxa quando se verifica que, por insuficiência de recursos, a Agência não está a funcionar adequadamente; ou: o orçamento contingenciado seria, de fato, o adequado para funcionamento da Aneel e, nessa hipótese, a cobrança da taxa de fiscalização estaria sendo praticada em níveis acima do efetivamente necessário, com a consequente majoração injustificada dos preços dos serviços públicos de energia elétrica. (TCU, ACÓRDÃO 2271/2006)

Essa é uma reflexão complexa e importante, pois se realmente está ocorrendo um excesso de arrecadação por parte das agências reguladoras, isso poderia levar os particulares a recorrerem aos tribunais por excesso de tributação ou até por desvio de finalidade do tributo, dado que a taxa que onera o setor e que não devolve uma atividade de regulação e fiscalização, levaria a inviabilidade da cobrança (Marques Neto, 2005).

Isto posto, é inegável a interferência do Poder Executivo e o desrespeito à autonomia financeira e orçamentária das agências reguladoras. Entendemos que a independência é de fato limitada, por leis e controles, mas isso não pode ensejar uma submissão aos poderes. Uma agência dita autônoma não pode ficar dependente de quem tenha o poder de liberar, reter ou contingenciar o recurso oriundo de suas próprias receitas. Esse fato contribui para que ocorra um balcão de negócios, ficando os dirigentes, para que tenham o seu orçamento aprovado, sujeitos a pressões políticas.

Além desse fato, ocorre prejuízos para as atividades das reguladoras, não dispondo de meios suficientes para exercer com eficiência suas atribuições e qualificar o corpo técnico da entidade, fragilizando sua capacidade de defesa dos consumidores. Nessa linha, coadunamos com Marques Neto (2015: 77) quando assevera que “inobstante a nobreza dos seus objetivos, o cerceamento da autonomia financeira das agências pelas autoridades fazendárias, para além de comprometer a atividade dos reguladores, pode produzir um efeito

deletério para as finanças públicas”¹⁶⁹. Nesse sentido, a OCDE também já se manifestou, ao afirmar que “recursos humanos e financeiros adequados são críticos para assegurar uma autonomia do ente regulador em relação aos ministérios e às empresas reguladas”¹⁷⁰.

Conforme mencionado na parte primeira desde capítulo (Nota 143), foi detectado um erro na metodologia de cálculo da agência reguladora ANEEL, que ocasionou um prejuízo de mais de 7 bilhões de reais aos consumidores. Dificilmente pode-se apontar para um motivo, mas essa falha de regulação pode ter origem na escassez de recursos humanos e materiais, pois diante dos contingenciamentos, as agências reguladoras dispõem de dotações menores para poder investir no desenvolvimento de seu corpo técnico, acarretando assim, em falhas de análise, decisões técnicas empobrecidas, distanciamento entre o regulador e o regulado e, por fim, um desvirtuamento da função regulatória. O relatório da OCDE (2008: 242) relembra que o Banco Mundial já apontava em 2004 que “as dificuldades operacionais e algumas ordens judiciais impediram que a agência [ANEEL] construísse uma base sólida de servidores permanentes, levando a uma alta rotatividade de funcionários, o que não permite à agência crescer institucionalmente. A perda prematura de funcionários é um desperdício de capacitação”¹⁷¹. No caso em tela, salienta-se a importância dos mecanismos de *accountability* e o controle externo exercido pela Corte de Contas, onde em relatório próprio, o TCU concluiu que houve omissão regulatória por parte da reguladora e desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos:

A falha apontada nos autos consistiu na omissão regulatória por parte da Aneel que propiciou no caso de aumento da demanda de energia, ganhos indevidos às concessionárias, ou seja, a “Parcela B” calculada no reajuste tarifário absorve indevidamente os ganhos de escala decorrentes do aumento de demanda, que não são repassados para o consumidor, provocando o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. (TCU, Acórdão 3438/2012)

Não obstante, a mesma falha regulatória se repetiu nos anos seguintes¹⁷², assim como o incremento dos contingenciamentos.

¹⁶⁹ Neto, Floriano de Azevedo Marques. *Agências Reguladoras independentes: fundamentos e seu regimento jurídico*. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2005, p. 77.

¹⁷⁰ OCDE – Relatório sobre a Reforma Regulatória. BRASIL: Fortalecendo a governança para o crescimento. Brasília: Alia Opera, 2008, p. 242.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² Vide reportagens:

- Aneel admite erro de cálculo em cobranças em contas de luz: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/INDUSTRIA-E-COMERCIO/453634-ANEEL-ADMITE-ERRO-DE-CALCULO-EM-COBRANCAS-EM-CONTAS-DE-LUZ.html>
- Erro pode ter levado a cobrança indevida de R\$ 1,8 bi nas contas de luz: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/10/erro-pode-ter-levado-cobranca-indevida-de-r-18-bi-nas-contas-de-luz.html>

Para minimizar tal efeito e tentar garantir alguma autonomia para as agências, o Projeto de Lei 6.621/2016 que tramita no Congresso, prevê em seu artigo 3º, parágrafo 1º que cada agência reguladora corresponderá a um órgão setorial dos Sistemas de Planejamento e Orçamento Federal e de Administração Financeira Federal. Ou seja, com a criação de rubricas próprias visa-se garantir a autonomia em relação ao Ministério da pasta, podendo as agências negociar diretamente com o Ministério do Planejamento e Orçamento.

Não só isso, é importante que se fortaleçam os mecanismos de *accountability* e controle externo dos órgãos competentes para coibir abusos por partes das agências na cobrança das taxas regulatórias. Que se elabore propostas de orçamento detalhadas, minuciosas e transparente de forma a dificultar qualquer justificativa do poder federal para realizar cortes e contingenciamentos. Conforme compara Ramalho (2016),

é possível identificar importantes diferenças entre o formato norte-americano e aquele presente no caso brasileiro pois: nas *regulatory commissions*, há maior prestação de contas (*accountability*) na correlação entre as despesas estimadas e cada um dos objetivos definidos pelo relatório de estimativa orçamentária para o ano fiscal, o que não é tão claro nas estimativas orçamentárias de agências brasileiras; nos Estados Unidos, os recursos autorizados no início do ano fiscal ficam à disposição do regulador, enquanto no Brasil o empenho das despesas pode sofrer contingenciamentos pela pasta ministerial correspondente no transcurso do ano; Por fim, a análise das *regulatory commissions* norte-americanas é útil para ilustrar como a autonomia financeira do regulador não é prejudicada com um duplo escrutínio orçamentário (*OMB* e parlamento) quando a sua operacionalização é realizada em um ambiente de maior amadurecimento político. (RAMALHO, 2016: 70-72)

Ou seja, é possível adotar mecanismos e controles para se garantir uma arrecadação e um orçamento real justos para as agências reguladoras independentes, sem que seja necessário ir de encontro à autonomia desses entes. Conforme nos ensina Alexandre Santos de Aragão,

o próprio espírito originário das autarquias já denotava a exigência da autonomia frente ao Executivo central, porque, se não fosse para ser assim, não haveria razão para que o Estado criasse uma pessoa jurídica para desempenhar parte das suas funções, bastando que criasse mais um órgão integrante da sua estrutura hierárquica, mas não uma autarquia, cuja própria etimologia já denota a efetiva autonomia de que deveria gozar. (ARAGÃO, 2007: 252)

Embora, somente o que foi relatado ensejaria discussão para uma reforma administrativa para se garantir a credibilidade regulatória brasileira e acabar com os subterfúgios que o Poder Executivo usa para subordinar as autarquias especiais, continuaremos a analisar outros fatores que também mitigam a independência das agências reguladoras no Brasil.

4.2 Ingerências à autonomia orgânica.

Outra questão que vem ganhando destaque no Brasil são as tentativas de afrontas à autonomia orgânica, nomeadamente frente às vacâncias, mandato fixo e estabilidade dos dirigentes.

Essas prerrogativas servem para tentar se garantir decisões técnicas das agências ao blindar os dirigentes de pressões políticas e dos grupos de interesse, impossibilitando os governantes de destituírem os dirigentes que não os agradem. Segundo Cardona (2016: 268), a “administração independente foge ao jogo das alternâncias partidárias e atua em espaços de neutralidade e imparcialidade sufragados pela denominada “independência técnica” dos seus componentes e dirigentes”¹⁷³.

Essa premissa é muito importante num país como o Brasil, onde frequentemente ocorre um “loteamento” de cargos da administração pública federal entre os partidos da coligação vitoriosa para Presidente da República. Dessa forma, os cargos de dirigentes das agências poderiam servir como uma espécie de moeda de troca entre os partidos políticos.

A estabilidade dos dirigentes é uma discussão antiga que remonta a idos da década de 30, nos Estados Unidos, quando do julgamento *Humphrey Executor X USA*. No Brasil a lei sobre a gestão de recursos humanos nas agências reguladoras (Lei 9.986/2000), dispõe que os “Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar”, protegendo os mandatados e vedando sua exoneração *ad nutum*.

Entretanto, o meio político utiliza-se de outros caminhos para contornar a norma supra. Em 2003, ficou notório o caso de desgaste entre o então Presidente da ANATEL e o Ministro da Pasta. Divergências em matéria de reajustes de tarifas aplicáveis aos contratos das concessionárias levou o Ministro das Comunicações e o Presidente da República a se manifestarem publicamente contra o Presidente da agência reguladora, que havia sido nomeado no governo anterior. Essas pressões políticas, manifestadas na imprensa, levaram o dirigente da ANATEL a pedir renúncia do cargo de Presidente e do cargo de Conselheiro, interrompendo seu mandato dois anos antes do prazo fixado. O Governo entendia que a estabilidade prevista em lei era somente para o cargo de conselheiro, podendo ser substituído

¹⁷³ Cardona, Maria Celeste. Contributo para o Conceito e a natureza das Entidades Reguladoras Independentes. As autoridades Reguladoras. Almedina, Coimbra, maio de 2016. p. 268.

do cargo de presidente da agência reguladora. A equipe econômica do Governo era contra a saída abrupta do dirigente, pois isso poderia sinalizar para o mercado o desrespeito a contratos e a independência das agências do novo Presidente¹⁷⁴. Ou seja, utilizando-se de subterfúgios e pressões públicas, o Governo conseguiu “exonerar a pedido” o presidente da agência e nomear um mais alinhado a sua política setorial, violando o princípio da pluralidade de pensamentos e estabilidade do mandato que o legislador almejou ao conceder tais prerrogativas.

Todavia, após o Decreto de exoneração do Presidente da ANATEL, houve de imediato a nomeação de um novo dirigente para assumir o cargo de Conselheiro e Presidente da agência, contradizendo a prática governamental que viria a ser observada ao longo dos anos seguintes. Isto é, a regra se tornou a demasiada demora para que o Governo preenchesse as vacâncias surgidas nas diretorias das agências reguladoras, acarretando em problemas de governança e paralisias decisórias dessas entidades.

Sem o número completo do colegiado, o quórum mínimo para deliberações dificilmente é atingido. A discussão técnica, que é premissa do colegiado, fica empobrecida e reduzida. Em alguns casos pode levar a paralisia, pois sem o quórum não há como votar e tomar decisões. Contudo, essas vacâncias podem durar meses, forçando a agência a compor sua diretoria com interinos, previstos especialmente nos casos de impedimentos e ausências pontuais¹⁷⁵.

O estudo da FGV (2016: 77) faz uma reflexão sobre essa situação, em que aclara que esses interinos são “substitutos simples, que não passaram pelo processo complexo de nomeação envolvendo Executivo e Legislativo. Todo este quadro agrava a insegurança

¹⁷⁴ *Vide:*

- Diário Oficial da União – Seção 2, N. 5; 8 de janeiro de 2004. p. 2 Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=2&pagina=2&data=08/01/2004;>
- Jordão, Eduardo; Ribeiro, Mauricio Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. Revista Estudos Institucionais, Vol. 3, 1, 2017; Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/155/132>
- Lula negocia saída de Schymura da Anatel. Folha de São Paulo, Jan/2004. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0601200413.htm>

¹⁷⁵ A nomeação para o cargo pode demorar entre uma semana até dois anos, sendo o mais comum (48%) de dois meses a um ano. No panorama geral, a média de vacância é de 353 dias e 264 dias é a mediana. Além da demora do processo em si, o que mais impacta é o atraso na indicação do Chefe do Executivo. FGV. Dinâmica de nomeações das Agências Reguladoras. Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas De São Paulo – FGV. Coordenação: Bruno Meyerhof Salama; Arthur Barrionuevo. Grupo das Relações entre Estado e Empresa Privada – GRP. São Paulo, julho de 2016, p. 80.

jurídica nos setores regulados – são as normas editadas por um colegiado com quórum alcançado por interinos válidas? A resposta é duvidosa”¹⁷⁶.

Essa situação de insegurança leva aos questionamentos quanto a legitimidade dessa regulação. Conforme relatório do TCU, “verifica-se a praxe de perpetuação desses interinos nos cargos de direção. Como aos ocupantes interinos não se estendem as garantias do cargo percebidas pelos titulares, a autonomia decisória das agências também fica comprometida”. Nesse interim, Vital Moreira (2003: 132) assevera que a “legitimação da administração independente decorre, portanto da autolegitimação pessoal de seus membros, pela sua reputação e prestígio, pelo seu desempenho independente na condução do cargo, podendo falar-se por isso numa espécie de legitimação técnica¹⁷⁷”, que no caso em tela, fica prejudicado.

Ou seja, a demora do Governo em nomear dirigentes acarreta em uma série de problemas, paralisias e descredibilidade para as agências reguladoras. A morosidade para suprir essa carência deixa as agências à mercê do jogo político, pois o Governo pode apropriar-se dessa debilidade para cooptar um diretor-interino, visto que na expectativa de serem indicados, estes podem ficar suscetíveis aos interesses políticos, isto é, a captura política¹⁷⁸. Também, por não terem as mesmas garantias que um diretor nomeado, os interinos podem ser destituídos da função a qualquer momento, caso seja de interesse do Governo, gerando insegurança regulatória. De fato, ocorre, comprovadamente, prejuízos e cerceamentos a autonomia decisória das agências.

Em sede de conclusão, o relatório do Tribunal de Contas da União alude que

225. Resta evidente que a autonomia decisória é frágil, com algumas agências sofrendo mais que outras pela excessiva falta de Diretores/Conselheiros titulares em seus colegiados, afetando a capacidade de instituir e aprimorar a governança, o cumprimento de suas funções legais e o atendimento do interesse público.

226. A correspondência entre o grau de autonomia e o exercício da governança em cada agência auditada é clara. As agências com maiores percentuais de vacância em suas Diretorias e Conselhos são as de fraco desempenho nas dimensões analisadas. Em situação oposta, as agências menos afetadas por vácuos em seus colegiados são as que atendem aos requisitos mínimos de transparência do processo decisório, possuem uma estratégia organizacional instituída ou estão em estágio avançado de implementação e tomaram providências no sentido de se capacitarem para implementar AIR em seus processos decisórios. (TCU, Acórdão nº 240/2015; pag. 28)

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 77.

¹⁷⁷ Moreira, Vital. *Administração Autônoma e Associações Públicas*. Editora Coimbra, 2003, p. 132.

¹⁷⁸ Ainda, essa é uma assunção que não nos permite comprovar somente por meio de revisão da literatura.

Além dos problemas supra expostos, como insegurança jurídica, paralisia das tomadas de decisões e da dependência política, a vacância demasiada longa dos cargos acarreta também no desrespeito aos princípios da *não-coincidência* de mandatos e *ausência de nomeações em bloco*.

Uma das características impostas pela Lei 9.986/2000 às autarquias de regime especial é a *descoincidência* de mandatos. Esse preceito, em teoria, levaria a uma pluralidade de ideologias e de nomeações feitas por diferentes governos, reforçando o caráter técnico e independente das decisões. Cada agência determina, por meio de lei, como é estabelecido o sistema de *não-coincidência* dos mandatos, que em linhas gerais, ocorre com o distanciamento e preservação do término do mandato de cada diretor em relação aos seus pares, escalonando-se a primeira diretoria colegiada, criando uma espécie de “rodízio de dirigentes”¹⁷⁹. Seguindo-se esse modelo de alternância do tempo de mandatos¹⁸⁰, levaria a uma *ausência de nomeações em bloco*, ou seja, se evitaria duas ou mais nomeações ao mesmo tempo para uma determinada agência.

Parte da doutrina brasileira ainda não se aquietou com o fato da não-coincidência dos mandatos com o do Chefe do Executivo que os indicou. “Isso faz com que o novo Presidente da República seja obrigado a aceitar a permanência de diretores de agências indicados pelo governo anterior, violando o princípio republicano e desencadeando diversas crises institucionais”¹⁸¹. Nesse sentido, se alinha Bandeira de Mello quando apregoa que “seria uma fraude contra o próprio povo” e advoga que “encerrado tal período governamental, independentemente do tempo restante para conclusão deles, o novo Governo poderá sempre expelir livremente os que os vinham exercendo”, julga ainda que com essa prerrogativa dada às agências reguladoras, os dirigentes nomeados por governos passados, “mesmo derrotados no pleito eleitoral, persistiriam gerindo o Estado segundo os critérios rejeitados pelos eleitores e obstando a atuação de quem os sucedesse, em antítese absoluta com a ideia de Democracia e de República”¹⁸².

¹⁷⁹ Partindo do ponto que os mandatos serão cumpridos até o final, cria-se uma situação de rodízio permanente de dirigentes. A ideia se coaduna com a manutenção de coerência no processo de tomada de decisão, evitando bruscas alterações de entendimento. Na medida em que os mandatos são terminados em diferentes datas – mais especificamente, diferentes anos. FGV, *op. cit.*, p. 23.

¹⁸⁰ A duração dos mandatos varia entre as diversas agências reguladoras, que pode ser de: 3 anos: no caso da Anvisa e da ANS; 4 anos: para a Aneel, ANP, ANA, ANTT, Antaq e Ancine e 5 anos: na Anatel. (Mazza, 2016; 255).

¹⁸¹ Cfr. Mazza, Alexandre. Manual de direito administrativo. 6. ed. – São Paulo, 2016. p. 256

¹⁸² Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 14ª ed, 2002, p. 153-154

Data vênia, o brilhantismo da exposição do egrégio Professor, não alinhamos com essa posição, por entender que o dirigente nomeado por um determinado governo não representa, nem se posiciona politicamente como representante da política derrotada nas urnas ou da nova política, pois este deve exercer suas atividades com imparcialidade e suas decisões devem ser revestidas de amparo técnico, longe da ingerência do velho ou novo governante. Conforme compreende o próprio Poder Executivo, “a função das agências reguladoras não é cumprir a *política do setor definida pelo Poder Executivo*, mas sim as atribuições previstas nas respectivas leis setoriais, isto é, em suas leis de criação¹⁸³”. Além do que, as indicações presidenciais a esses cargos são atos administrativos compostos, dependendo do crivo do Legislativo para se conformarem e devem (ou deveriam) seguir critérios técnicos com restrições ativas e passivas¹⁸⁴. Nossa posição, em garantir uma regulação livre de pragmatismos políticos, coaduna-se com Paulo Otero, que expressa,

ao justificar-se a criação destas autoridades administrativas independentes, nas ideias de reforço da neutralidade, imparcialidade e objetividade decisórias da Administração Pública em certas matérias, lança-se uma correlativa suspeição de sinal contrário sobre toda a restante Administração, comprovando-se, por esta via, a impregnação política das diversas estruturas administrativas. (OTERO, 2003: 446).

As agências reguladoras independentes são “uma resposta política a um determinado problema de natureza econômica, financeira ou social”¹⁸⁵, uma inovação trazida à ordem para sanar a falta de credibilidade passada pelos governantes.

Ademais, causado pela demora excessiva nas indicações, ocorreram nomeações em bloco, causando também coincidência de mandatos naquelas agências que permitem a substituição simples¹⁸⁶, sendo a ANEEL a mais afetada com isso, conforme levantamento da FGV¹⁸⁷. Contudo, mesmo que essas determinações fossem aplicadas e respeitadas conforme quis o legislador, a realidade política brasileira é outra. A história política recente

¹⁸³ Brasil. Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro. Presidência da República, 2003. p. 28

¹⁸⁴ Nessa seara, Justen Filho não considera suficiente “um processo de seleção em que as preferências pessoais do governante sejam objeto de uma mera ratificação formal de outro órgão, normalmente sob controle político dele. Quando menos, não se admite que todos os membros das agências sejam indicados por um único sujeito”. Justen Filho, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”? Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, v. 2, 2003. p. 284. Concordamos que o processo hodierno poderia ser mais elaborado, a exemplo dos processos de escolha por meio de listas triplíces.

¹⁸⁵ Cfr. Cardona, Maria Celeste. Contributo para o Conceito e a natureza das Entidades Reguladoras Independentes. As autoridades Reguladoras. Almedina, Coimbra, maio de 2016. p 338.

¹⁸⁶ Agências que não adotam o mandato a termo fixo.

¹⁸⁷ Cfr. FGV. Processo de nomeação de dirigentes de agências reguladoras: Uma análise descritiva. Escola de Direito de SP, 2016, p. 10.

do Brasil nos mostra que os partidos tendem a se reeleger, ficando 8 anos no poder ou mais no caso do Partido dos Trabalhadores¹⁸⁸. Isto é, em 22 anos houve somente uma alternância de poder significativa, prejudicando naturalmente o esquema de “rodízio de dirigentes”.

Essa questão da demora nas nomeações dos quadros dos colegiados das agências nos remete a outro problema que decorre da qualificação profissional do indicado pelo Presidente, muitas das vezes, sem a necessária isenção que requer um cargo na administração independente.

A legislação indica como requisitos positivos para a indicação do dirigente, que ele seja brasileiro, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade do cargo para qual será nomeado¹⁸⁹. Algumas agências definem ainda alguns requisitos negativos, que se referem aos impedimentos para desempenhar o cargo¹⁹⁰. Nesse ponto, entretanto, a legislação não é homogênea, tendo agências que não expressam nenhum impedimento. Observados esses requisitos, o Presidente indica, o Senado sabatina e havendo aval do Legislativo, o Executivo o nomeia mediante decreto para o cargo.

Nesse aspecto, o que sobressai, além da falta de homogeneidade da legislação entre as agências, são os poucos requisitos e impedimentos que o legislador exigiu para um cargo de dada importância e, mais uma vez, os termos subjetivos e questionáveis como “elevado conceito no campo de especialidade, reputação ilibada¹⁹¹ e formação universitária¹⁹²”.

Quanto ao elevado conceito de especialidade, ou seja, expertise técnica, o estudo da FGV revelou que apenas 58% dos que foram nomeados tinham experiência profissional condizente com a função a ser desempenhada na agência reguladora¹⁹³.

Outro dado relevante descoberto pelo estudo foi que apenas 6% dos nomeados eram provenientes do setor privado e 91% provenientes do setor público, incluídos os que exerciam funções em empresas estatais (12%) e acadêmicos das universidades públicas

¹⁸⁸ Partido da Social Democracia (PSDB) – Fernando Henrique Cardoso – 8 anos. Partido dos Trabalhadores (PT) – Lula - 8 anos; Dilma - 6 anos.

¹⁸⁹ Cfr. Artigo 5º da lei 9.986 de 2000.

¹⁹⁰ Impedimentos como: Ser acionista, sócio ou integrar Conselhos de administração, fiscal ou executivo de empresa regulada; fazer parte de sindicatos, associações ou congêneres de defesa do consumidor.

¹⁹¹ Cfr. a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal, "Considera-se detentor de reputação ilibada o candidato que desfruta, no âmbito da sociedade, de reconhecida idoneidade moral, que é a qualidade da pessoa íntegra, sem mancha, incorrupta". Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/1999/09/29/reputacao-ilibada-e-a-qualidade-da-pessoa-integra-define-ccj>

¹⁹² Cfr. 54% desses dirigentes possuem mestrado e 27% são doutores. FGV, *op. cit.*, 240.

¹⁹³ Quando o dirigente dedicou parte expressiva de sua carreira profissional ao tema relacionado com a função da agência ao qual foi nomeado. Em, FGV. Processo de nomeação de dirigentes de agências reguladoras: Uma análise descritiva. Escola de Direito de SP, 2016, p. 04.

(10%), Senado Federal (6%), órgãos públicos (15%), ministérios (23%) e Agências Reguladoras (25%). Esse último dado demonstra o que foi debatido supra, que a nomeação dos interinos é prática recorrente, sendo um “indicativo de que o colegiado não é composto apenas por diretores nomeados; na prática, o colegiado se estende para a média burocracia alocada nas Agências Reguladoras”¹⁹⁴.

Outro elemento, são as indicações de pessoas oriundas dos Ministérios, órgãos públicos e empresas estatais, evidenciando a forte conexão do Poder Executivo (no mínimo 50% dos nomeados) com a administração independente. Assim, o estudo conclui que para uma pessoa ser indicada, suas maiores chances são se ela, “preferencialmente dispor em sua trajetória de uma experiência como agente público, exercendo cargo comissionado como assessor, superintendente, diretor ou secretário.”¹⁹⁵

Fazemos aqui uma ressalva, o estudo faz referência a cargo comissionado, que segundo a Constituição Federal, é uma exceção à regra de acesso aos cargos públicos (sem aprovação em concurso público), diferentemente da *função de confiança* que é exclusivo dos cargos efetivos (nomeados por concurso público). Assim, o cargo comissionado é de livre nomeação e exoneração, isto é, depende da relação de confiança entre o nomeado e a autoridade pública. Caso, de fato seja essa a situação, isto indica que um alto percentual dos nomeados possuíam vínculos de dependência com as autoridades do Poder Executivo, colaborando, nesse sentido, para o reforço da premissa da teoria da captura, uma vez que isso sugere uma indicação política.

Em se tratando de indicação política, todas as agências pesquisadas possuem algum dirigente com filiação político-partidária¹⁹⁶, sendo a ANP a mais afetada com 37% do seu colegiado e, na outra ponta, a ANTAQ com 17%. O total geral corresponde a 27% dos nomeados com registro em partidos políticos¹⁹⁷. Nesse sentido, o estudo sugere que “a filiação político-partidária indica o máximo de sinergia do nomeado com as orientações políticas adotadas pelo partido político, de modo que a regulação praticada exprimirá essas orientações políticas”¹⁹⁸.

¹⁹⁴ FGV, *op. cit.*, p. 190.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 195.

¹⁹⁶ A pesquisa levou em conta somente as filiações registradas no Tribunal Superior Eleitoral, desconsiderando outros aspectos como ideologia manifesta ou relacionamentos com os partidos.

¹⁹⁷ *Ibidem*, pp. 223 - 225.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 223.

Ainda, para encerrar o assunto das nomeações, apenas 24% dos dirigentes foram reconduzidos ao cargo. Ou seja, o temor da doutrina ao se permitir a recondução¹⁹⁹, que ensejaria elementos para a cooptação do regulador, visto que ele poderia trabalhar no sentido de tentar garantir a sua permanência no cargo, não se mostra tão assente no estudo empírico. Obvio que isso não isenta a possibilidade de vir a ocorrer ou, até mesmo, já ter ocorrido. Temos casos em que um dirigente, findo seu mandato em uma agência foi nomeado na sequência para assumir um cargo em outra agência reguladora²⁰⁰.

Isto posto, é possível perceber um panorama dos colegiados das agências brasileiras, em um sistema composto, onde o Executivo indica e nomeia e o Legislativo sabatina, dando o aval ou recusando. Esse duplo processo dá legitimidade procedimental²⁰¹ ao indicado para assumir o cargo, visto que há todo um debate político de bastidores para se chegar ao consenso para a aprovação do nome.

Em prol de uma regulação de qualidade, o sistema de colegiado coaduna-se com o propósito de se garantir a independência do regulador, ao criar prerrogativas para decisões técnicas, livre das pressões políticas. Entretanto, como visto, o Poder Executivo mune-se de artifícios para burlar ou mesmo descaracterizar alguns desses mecanismos, tendo o aval da legislação, pois não há previsão de sanção ou limites para coibir tais práticas. Esse fato enfraquece a credibilidade das agências reguladoras e cria meios de subordinar os dirigentes às vontades do poder central. Apesar dos tolhimentos a várias autonomias e prerrogativas como apreciado, ainda há espaço para outras, como veremos na sequência.

¹⁹⁹ Cfr. FGV. Processo de nomeação de dirigentes de agências reguladoras: Uma análise descritiva. Escola de Direito de SP, 2016, p. 9. “Na esfera federal, metade das leis de criação das Agências Reguladoras estudadas autorizam expressamente a recondução (ANTAQ, ANTT e ANP). As demais (ANATEL, ANEEL e ANAC) são silentes sobre o tema”.

²⁰⁰ Em 2005, o Diretor-Presidente da ANA (2001-2004) assumiu o cargo de Diretor-Geral da Aneel (2005-2008). Cfr. <http://www.kelman.com.br/>

²⁰¹ Cfr. Apolinário (2016), “a legitimidade procedimental implica, entre outras coisas, que as autoridades reguladoras são criadas por leis democraticamente aprovadas que definem a sua autoridade legal e os seus objectivos; que os reguladores são nomeados por órgãos democraticamente eleitos; que a tomada de decisões regulatórias obedece a determinadas regras formais, que muitas vezes exigem participação pública; e que as decisões destas entidades são devidamente fundamentadas, encontrando-se sujeitas a controlo judicial. Esta dimensão procedimental da legitimidade é, por sua vez, complementada pela credibilidade, expertise e profissionalismo que caracteriza a actuação das autoridades reguladoras independentes (e que se traduz na sua legitimidade substantiva)”. (Apolinário, 2016: 283).

4.3 Ingerências à autonomia face ao poder político.

Não obstante os artifícios usados pelo Poder Executivo para tentar suprimir a independência das agências reguladoras, em 2006, a Advocacia Geral na União (AGU) emitiu parecer manifestando-se sobre a possibilidade de admissão de recursos hierárquicos impróprios, revisão ministerial de ofício contra decisão da agência reguladora e de avocação de competências regulatórias pelo Presidente da República. Ou seja, a AGU explicitou e normatizou²⁰² a admissibilidade da violação dos princípios da não-subordinação hierárquica e da autonomia decisória das autarquias de regime especial.

O parecer da AGU 51/2006 assevera que

I - O Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal- (DL nº 200/67, art. 170).

II - Estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta.

Como se trata de uma afronta direta a independência das agências reguladoras, é mister, tecer uma breve análise sobre este diploma.

A AGU alega que não é possível o cabimento do recurso quando se tratar de atividades finalísticas da agência, previstas em sua lei. Outrora, em se tratando de atividades administrativas não finalísticas e frente a casos de afastamento da política pública do Governo, admite-se a supervisão, conforme o parecer preconiza “o cabimento do recurso hierárquico impróprio não encontra objeções já que inexistente área administrativa imune à supervisão ministerial, reduzindo-se, contudo, o âmbito de seu cabimento, de modo idêntico, na mesma razão inversa da obediência às políticas de iniciativa do Ministério supervisor”.

Abriu-se, também, a possibilidade para cabimento de recurso quando a agência ultrapassa os limites de sua competência, segue o Parecer “[...] só desfrutam dessa pretendida autonomia na medida em que desempenhem seus encargos ou poderes no limite da competência legal, situação em que a supervisão ministerial fica inversamente mitigada.”

Ora, diante dessas três situações descritas, nos parece temerário a subversão de uma prerrogativa inerente as agências reguladoras, sujeitando-as a supervisão ministerial, visto

²⁰² Os Pareceres da AGU aprovados pelo Presidente da República adquirem efeitos normativos, possuindo a natureza de um ato administrativo normativo infralegal.

que, primeiramente, para que haja a possibilidade excepcional de recurso hierárquico impróprio, se exige previsão expressa em lei, o que de fato não ocorre²⁰³. Segundo, que nos casos de descumprimento de norma legal, abuso de poder ou extrapolação de suas competências por parte do regulador, há a previsão inafastável de recurso ao Poder Judiciário²⁰⁴. Ou seja, é possível exercer o controle de legalidade das agências, sem derrogar sua independência face ao Executivo.

O Parecer continua interpretando, equivocadamente, alguns conceitos, como o que se segue

[...] o pressuposto necessário da premissa é a existência incondicional da supervisão ministerial como traço essencial do regime presidencialista vigente - que, aliás, repita-se, não é mera aplicação das regras do Decreto-Lei nº 200/1967, mas reconhecimento da aplicação sistemática das prerrogativas constitucionais de regulação privativas do Presidente da República.

A AGU parece enlear o poder regulamentar com o poder de regulação, além de majorar as características do modelo presidencialista, onde o STF já se debruçou ao afirmar que “um Poder Executivo presidencialista, mais especificamente o nosso presidencialismo, tal como configurado na CF/88, não implica necessariamente em um Executivo centralizador e napoleônico, que possa determinar o comportamento de todas as entidades da Administração”²⁰⁵. Parece haver um olvidamento que as agências reguladoras foram dotadas de um regime especial pelo legislador, para exatamente, escapar as ingerências do Executivo, previstas no decreto-lei de 1967, contexto no qual o Brasil vivia sob um regime militarista. Nessa seara, julgado do Superior Tribunal de Justiça de 2002 denota que

a supervisão ministerial a que se referem os Arts. 19 e 20 do DL 200/67 limita-se à supervisão e controle das atividades exercidas pelos órgãos subordinados ao Ministro de Estado. Tal supervisão [...] é bem diferente do recurso hierárquico. Supervisão, no dizer do Supremo Tribunal Federal, é competência genérica não se confundindo com a intervenção em grau de recurso. (STJ, MS 8.810/2002: 02).

A alegação de ferimento do direito constitucional de petição não procede à razão, visto que o peticionário pode entrar com recurso na própria instituição e perante o Poder

²⁰³ Cfr. Aragão, Alexandre Santos de. Supervisão Ministerial das Agências Reguladoras: limites, possibilidades e o parecer AGU n. AC — 51. Revista de Direito Administrativo, v. 245, p. 237-262, 2007. “Não há, seja na Constituição Federal, no Decreto-lei nº 200/67 ou nas leis das agências reguladoras uma referência sequer a recurso hierárquico impróprio”.

²⁰⁴ Cfr. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 15º ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 411. “A rigor, não cabe recurso perante a Administração Direta, contra atos praticados por entidade descentralizada. [...] excepcionalmente, poderá ser interposto recurso, desde que haja previsão legal expressa, sendo, nesse caso, chamado de recurso hierárquico impróprio. Com exceção dessa hipótese, nas demais, prolatada a decisão final pelo dirigente da entidade, somente cabe recurso ao interessado recorrer ao Poder Judiciário”.

²⁰⁵ Cfr. Aragão (2007), *op. cit.*, 240.

Judiciário. O STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.949-0/RS, na página 199, exara que as agências reguladoras “ao caráter final de suas decisões, não são passíveis de apreciação por outros órgãos da Administração Pública, [...] como autarquias de regime especial, seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo”²⁰⁶. Segundo Aragão (2007)

a doutrina, de forma geral, refuta as conclusões adotadas pelo parecer-normativo da AGU, defendendo que o recurso hierárquico impróprio não pode ser genericamente extraído da supervisão ministerial ou, muito menos, do regime presidencialista, sendo imprescindível a sua previsão legal expressa e específica. (ARAGÃO, 2007: 244).

Todavia, Sérgio Guerra (2006: 498) entende ser plausível o cabimento de recurso hierárquico impróprio, mesmo sem previsão legal expressa, pautando-se no conceito de *controle interior excêntrico* - expressão cunhada por Pereira Junior em 1976 -, quando as decisões das agências deliberarem acerca de temas exclusivamente relacionado às políticas públicas do setor regulado, em flagrante ilegalidade e usurpação de competência do Poder Legislativo e Executivo²⁰⁷. Com a devida *vênia*, nesses casos específicos, consoante já relatado, entendemos que o caminho correto seria o acionamento da agência frente ao Poder Judiciário e não a subordinação face ao Poder Executivo.

Não cabe, também, a permissão de avocação de assuntos das autarquias especiais pelo Presidente da República, visto que as competências das agências são decorrentes de força de lei e não por delegação. Conforme sacramentam Oliveira (2004) e Marienhoff (1969), citado por Aragão (2007:248), "avocar é o ato do hierarca que traz para si a competência que é do subalterno" e "a avocação é, pois, uma consequência do poder hierárquico".²⁰⁸ As leis instituidoras, vinculam as agências aos Ministérios das Pastas, o que decorre a exemplo de outros países, como Portugal, entretanto, essa vinculação não denota hierarquia, existe apenas para fins de controle²⁰⁹. Consoante Marques Neto (2005)

A razão da inexistência de controle hierárquico é de fácil entendimento. Se admitida esta espécie de controle, os órgãos da Administração direta poderiam interferir permanentemente na atividade do regulador, monitorando seus atos e, sempre que tomados em contrário à vontade política existente no núcleo do poder,

²⁰⁶ ADIN 1.949-0/RS. Em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347344>

²⁰⁷ Guerra, Sérgio. Agência Reguladora e Supervisão Ministerial. p. 498. In: Aragão, Alexandre Santos de (Coord). O poder normativo das agências reguladoras. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2006.

²⁰⁸ *Apud* Aragão, *op. cit.*, 248.

²⁰⁹ Entendemos que essa vinculação prevista em lei decorre da falta de rubricas próprias das agências reguladoras no orçamento-geral da União e como forma de posicionamento administrativo das agências aos setores que estão adstritos pelo princípio da especialidade.

desfariam o ato reformando-o ou determinando o seu refazimento. (NETO, 2005: 75)

Ainda, a Lei 9.784/1999 que trata sobre processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu artigo 15 averba que só é permitida, excepcionalmente, a avocação de competências, temporariamente, à órgão hierarquicamente inferior²¹⁰, restando claro a necessidade de hierarquia para ser possível o instituto da avocação de competências.

Assim, o Parecer de um órgão do Executivo, totalmente parcial nesse sentido, em um manifesto retrocesso institucional, contradizendo jurisprudência do Judiciário, destoando da melhor doutrina, de vários preceitos já sacramentados, de leis instituidoras e das práticas internacionais, coloca em dúvida a própria existência das autarquias de regime especial no ordenamento brasileiro.

Ademais, cabe aqui uma reflexão, ao admitir tais procedimentos, subordinando as agências ao Poder Executivo, acaba a AGU por dar fim a discussão acerca da legitimidade democrática das agências reguladoras?²¹¹

Inobstante, tudo que foi visto em prol do tolhimento da independência das agências reguladoras no Brasil, ainda, em distintas ocasiões foram tentados outros meios de subordinar essas entidades independentes ao Executivo ou de atravancar suas atividades, de forma a inviabilizar sua celeridade e credibilidade. Como o Decreto 4.635/2003, que foi revogado um ano após a sua edição, em que se tentou submeter a agência reguladora ANATEL à fiscalização do Ministério, por meio do dispositivo que dava competências para o Ministro “orientar, acompanhar e fiscalizar as atividades da Agência Nacional de Telecomunicações”²¹², criando uma subordinação hierárquica.

Esse mesmo artifício já havia sido utilizado pelo Governo anterior, em que se legalizou a ingerência do Ministro de Estado nas competências da agência reguladora ANVISA, por meio da Medida Provisória 2.190-34/2001, acrescentando ao artigo 8º da lei instituidora da referida entidade, que “o Ministro de Estado da Saúde poderá determinar a realização de ações previstas nas competências da Agência Nacional de Vigilância Sanitária,

²¹⁰ Art. 15. Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior.

²¹¹ Nos debruçaremos sobre essa reflexão após este assunto.

²¹² Artigo 11, inciso II, do Decreto nº 4.635, de 21 de março de 2003, em que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério das Comunicações, e dá outras providências.

em casos específicos e que impliquem risco à saúde da população”²¹³. Isto é, mais uma vez, pelo uso de termos amplos o legislador conferiu ao Poder Executivo a possibilidade de se dirimir a independência da agência reguladora quando a “saúde da população estiver em risco ou em casos específicos”, seja lá o que isso signifique.

Diante disso, percebe-se que a realidade se distancia cada vez mais da teoria, quando pequenos dispositivos são inseridos sutilmente no ordenamento, de forma a permitir, quando conveniente, o abuso de competências por parte do Poder Central.

Mais recentemente, o Governo determinou um controle prévio por parte do Tribunal de Contas da União em editais e projetos, o que remete a retrocessos de 1967, época em que era regra o controle *a priori* do TCU em decisões administrativas que tivesse impacto financeiro para a União. A determinação foi no sentido de que as entidades submetam ao crivo do TCU editais não publicados de licitação em projetos de infraestrutura, mesmo não havendo previsão constitucional para tal. Essa é uma diretriz constante do “Projeto Crescer”, de 2016, onde destacamos a diretriz 5: “Os editais só serão lançados depois de passar pelo debate público e obter aval do TCU. Todos os estudos elaborados para os projetos terão publicidade ampla, por meio de audiências e consultas públicas”. Ressalta-se que esta última parte já é exigida por lei.

Essa diretriz pública contribui para retardar as ações das agências, de forma a submeter seus atos administrativos a um controle prévio, mesmo que não haja no ordenamento pátrio norma de qualquer hierarquia que conceda essa prerrogativa ao TCU. Conforme Jordão e Ribeiro (2017: 192), “o que é realmente relevante é que estas conversas prévias abram caminho para que o TCU tome o espaço das agências e atue como efetivo regulador, interferindo diretamente na própria modelagem dos projetos de infraestrutura”²¹⁴. Apesar disso, a lei que deu origem a esse projeto de governo, estabelece como um dos objetivos “fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação”²¹⁵, no entanto, sem revelar como.

Salientamos que essas determinações não possuem força de lei e fica a cargo das agências submeterem seus editais para apreciação do TCU. O que na prática ocorre, pois a *posteriori* incide ainda o controle externo realizado pelo próprio Tribunal de Contas, que

²¹³ Artigo 8º, parágrafo 6º da Medida Provisória 2.190-34/2001, incorporado a Lei 9.782/1999.

²¹⁴ Jordão, Eduardo; Ribeiro, Mauricio Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. Revista Estudos Institucionais. Vol. 3, 2017. p. 192. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/155/132>

²¹⁵ Artigo 2º, Inciso V, da Lei 13.334/2016, que cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI;

acaba por gerar nos agentes decisores o temor de responsabilização frente a alguma irregularidade, como se pressupõe²¹⁶. Segundo Jordão e Ribeiro (2017: 196), “o TCU justificou esta atuação, que não possui base normativa específica, com o argumento de que seria melhor para a própria administração pública que atuasse previamente, já que tinha poderes de sanção e de sustação posteriores à publicação²¹⁷”.

Bem, como visto, a independência das agências reguladoras no Brasil parece incomodar o Poder Executivo, tendo este, interferindo (ou tentando interferir) nas competências e prerrogativas do regime especial dessas autarquias.

4.4 Síntese conclusiva

Isto posto, torna-se descomplicado perceber as ações empreendidas pelo Poder Executivo para minar a independência das agências reguladoras. Algumas mais incisivas, outras mais sutis, mas todas com a mesma intenção, qual seja, aparelhar o sistema regulatório independente às vontades do governo. Em sede de desfecho, como brilhantemente observa Vital Moreira,

a animosidade do governo federal contra as agências reguladoras é fácil de explicar, baseando-se, por um lado, na vontade de remover as personalidades deixadas pelo Governo precedente e de substituí-las por outras próximas do novo poder político, e por outro lado, numa concepção mais marcadamente *política* e voluntarista da regulação, sobretudo no que se refere às tarifas dos serviços públicos, que o governo gostaria de controlar, dado que a sua subida afecta a sua base social de apoio. (MOREIRA, 2003: 228).

Assim, após envidado esforço, no sentido de analisar como os mecanismos que garantem as prerrogativas e autonomias das agências são em parte desrespeitados pelo Poder Executivo, podemos concluir que há, de certa maneira, uma tendência do governo brasileiro em tentar submeter as autarquias de regime especial a sua subordinação. Isto é, o traço fundamental que distingue as agências reguladoras das outras entidades da administração pública é constantemente alvo de críticas pela doutrina minoritária e pelos governantes que se empenham em achar artifícios para subverter a ordem imposta. No ensinamento de Marques Neto (2005: 95) “as agências não podem ser vistas como um obstáculo à capacidade de um governo eleito de imprimir à intervenção estatal na economia suas pautas políticas

²¹⁶ Cfr. Jordão e Ribeiro (2017), “há casos exemplares de punição pessoal do TCU a técnicos e diretores das agências reguladoras em que não há sequer suspeita de obtenção de quaisquer benefícios pessoais – apenas decisões contrárias às que os controladores consideram correta”. *Op. cit.*, p. 195.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 196.

apenas porque interditam o manejo político (aqui num sentido menor) dos instrumentos regulatórios”²¹⁸.

Os governantes parecem não considerar os benefícios e motivos que levaram à criação destes institutos independentes no Brasil e no mundo. A autonomia das entidades reguladoras é fator *sine qua non* para sua existência. “A doutrina alemã considera que certas entidades devem ser independentes para assegurar sua neutralidade, e devem ser neutras porque se em cada momento estivessem em relação de dependência com as maiorias políticas, poderiam pôr em perigo os valores superiores da comunidade”²¹⁹. Assim, seu maior atributo – ser independente face ao poder político – não pode ser minorado ao arbítrio do Executivo.

As diferentes autonomias e prerrogativas destinadas a estes entes são fruto do reconhecimento político da necessidade de se garantir uma regulação livre das interferências partidárias, eleitoreiras, econômicas e ideológicas. Depois de estruturado os setores e dos investimentos terem sido atraídos, não pode ou não deveria o Governo tentar mudar algumas nuances do jogo regulatório, sob o risco de penalizar toda uma sociedade, ao fomentar a sensação de falta de credibilidade e insegurança jurídica do sistema regulatório brasileiro.

Essas sucessivas tentativas do Poder Executivo de sujeitar as agências ao seu crivo, nas palavras do professor Aragão,

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* de 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 Presidente da República pudesse a qualquer momento impor caso a caso sua vontade. (ARAGÃO, 2007: 244)

A agência para exercer bem sua finalidade, deve ter a capacidade e integridade garantida de suas decisões, sem ingerências ou ameaças. Sua capacidade financeira deve ser respeitada para que possa investir no desenvolvimento da qualificação técnica de seu corpo de servidores e para conduzir suas atividades-fim com eficiência.

As agências operam em um ambiente de interesses contrapostos, assim, sua posição deve ser imaculada para se assegurar o bom funcionamento dos mercados, o interesse da coletividade e dos consumidores e a justa regulação.

²¹⁸ Neto, Floriano de Azevedo Marques. *Agências Reguladoras independentes: fundamentos e seu regimento jurídico*. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2005, p. 95.

²¹⁹ Cardona, Maria Celeste. *Contributo para o Conceito e a natureza das Entidades Reguladoras Independentes. As autoridades Reguladoras*. Almedina, Coimbra, maio de 2016, p. 293.

Consoante o exposto neste capítulo, Mattos e Mueller (2006) consideram que

São colocados tantos constrangimentos às agências, que torna-se mais razoável, como destacado por Azevedo Marques (2003), ou extingui-las de vez repassando suas funções para os (menos constrangidos) ministérios ou transformá-las em singelas autarquias sem autonomia e diretamente vinculadas àqueles. Em especial, evitar-se-ia a indesejável guerra de poder entre autoridades levando à incerteza regulatória. (MATTOS E MUELLER, 2006: 542)

Entendemos, entretanto, que a independência não se traduz em soberania ou ausência de controles, pelo contrário, pelo fator independência é que as agências devem se sujeitar a mecanismos de controle e *accountability* estritos. Mas, controle não se confunde com recursos hierárquicos impróprios e, menos ainda, com supervisão ministerial. Os controles devem ser exercidos por aqueles que detém a competência para tal, como o Tribunal de Contas e o Poder Judiciário, não se afastando o direito de petição e o princípio da inafastabilidade de jurisdição. Nessa seara, Moreira Neto (2003) relata que,

A falsa dependência, que consiste em subordinar politicamente a agência reguladora, seja de direito, pela criação de tutelas políticas indevidas sobre os dirigentes colegiados ou pela supressão das garantidas de seus mandatos, seja de fato, pressionando-os indiretamente, resulta na criação de simulacros abastardados do instituto que apenas desservem a administração pública, que perde eficiência, e a cidadania, que perde em garantias. (Neto, 2003: 213-214)

Finalizamos, assim, com um trecho do Acórdão 240/2015 do Tribunal de Contas, em que se evidencia que as questões por nós analisadas são de conhecimento das autoridades e, nesse sentido, nenhuma ação em concreto foi tomada para mitigar o risco de captura política ou desrespeito por parte do Poder Central, visto que não há previsão de sanção prevista para o Chefe do Executivo que contrariar as leis correlatas às agências reguladoras, inobstante as recomendações expressas do Tribunal:

44. Em 2009, foi realizada auditoria de avaliação da governança regulatória, pela qual diagnosticou-se: ausência de tratamento orçamentário distinto das demais entidades da Administração Pública, visto serem as agências reguladoras autarquias especiais; forte contingenciamento de recursos, inclusive de arrecadação própria; necessidade de extensão do período de quarentena dos dirigentes; excessiva demora na indicação e nomeação desses; ausência de regulamentação de forma de substituição dos conselheiros e diretores em seus impedimentos e afastamentos legais, ou ainda no período de vacância que antecede a nomeação de novo dirigente [...];

[...]

9.5. recomendar à Casa Civil da Presidência da República, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno TCU, que, no âmbito de suas competências, envide esforços para:

9.5.1. a edição de decretos visando regulamentar a forma de substituição dos Diretores e Conselheiros da Agência Nacional de Petróleo, Agência Nacional de Energia Elétrica e Agência Nacional de Aviação Civil, em seus impedimentos ou

afastamentos regulamentares, ou ainda no período de vacância que anteceder à nomeação de novo conselheiro ou diretor, nos termos do artigo 10 da Lei 9.986/2000;

9.5.2. a alteração do art. 56 da Lei 10.233/2001 a fim de excluir a expressão “descumprimento manifesto de suas atribuições”, visto ser conceito jurídico indeterminado que pode levar ao estabelecimento de hipóteses desarrazoadas e imotivadas para a exoneração de Diretores e Conselheiros das agências reguladoras, com efeitos danosos à autonomia decisória dessas entidades, e por conseguinte à governança regulatória;

9.5.3. a realização de estudos com vistas a alterar as regras orçamentárias no sentido de distinguir as agências reguladoras das demais autarquias no trato orçamentário, dotando-as de real autonomia financeira; (TCU, AC 240/2015)

Como exposto, nos ativemos àquelas prerrogativas que consideramos, evidentemente, que não estão sendo respeitadas na íntegra pelos governantes, impossibilitando as agências reguladoras independentes brasileiras que atuem com destreza e eficiência na prossecução de sua finalidade.

Concluído este capítulo, faremos uma breve reflexão acerca da legitimidade democrática das agências reguladoras. E, na sequência, procederemos para as impressões e arremates finais desta obra.

5. Breve reflexão sobre a Legitimidade Democrática

Sem o intuito de se alongar no tema, mas, meritório de ser abordado, a questão da legitimidade democrática, mesmo escapando singelamente ao foco deste trabalho, merece uma menção. Provocamos, anteriormente, ao questionar se o Parecer AC-51 da AGU, ao admitir a supervisão ministerial, agraciaria as agências com tal legitimidade.

O termo, *déficit democrático* cunhado na Europa para se opor a falta de representatividade do Parlamento Europeu, ganhou notoriedade mundial, significando, além da falta de participação direta da sociedade, a falta das concepções clássicas da separação dos Poderes. Tal como utilizado na Europa e importado para o Brasil, a solução adotada pela doutrina foi a legitimação procedimental²²⁰. Ora ultrapassada, a visão dos críticos prende-se às antigas acepções liberais de democracia, visualizando, assim, no Poder Legislativo o único representante legítimo dos interesses da sociedade. Teorias que antigamente serviam para o conceito de Estado, não mais conseguem acompanhar e explicar a evolução dos paradigmas estatais, da tecnologia, das novas formas de mercado e da globalização da economia.

Transpondo para a realidade política brasileira, a democracia então exercida no país, está longe de alcançar os ideais almejado pelos teóricos, não conseguindo responder adequadamente a crescente heterogeneidade social e sendo parte do problema da crise institucional que abala o Estado hodiernamente. O fato do representante ser eleito pelo povo pode não refletir o verdadeiro âmago da representatividade democrática, pois este, muitas das vezes, age em prol do partido político ou até em causa própria, em detrimento dos interesses dos representados. Sua neutralidade, em se tratando de áreas específicas da economia, como é a atividade regulatória, pode ser alvo de contestação.

Os críticos do sistema da regulação independente atacam a questão da juridicidade das agências alegando um déficit de legitimidade democrática, aludindo à falta do processo democrático para eleição dos dirigentes que possuem poderes fortalecidos frente a outras entidades da administração pública e pela independência face ao poder Central. Enquanto que, os defensores do sistema tentam legitimar esse déficit por meio da procedimentalização, da expertise técnica, dos processos de transparência e *accountability* e do ato de nomeação

²²⁰ Cfr. Justen Filho, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”? Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, v. 2, p. 273-301, 2003.

dos dirigentes, que envolvem dois Poderes constituídos por sufrágio universal, isto é, com legitimidade e representatividade democrática²²¹. Isto é, à falta de uma legitimidade baseada na representatividade política, a doutrina busca compensar o afastamento do circuito democrático pela racionalidade e correção formal das decisões das agências reguladoras, pela adoção de procedimentos de transparência, atendidos e controlados diretamente pela sociedade, visando a concretização da democracia participativa.

Ora, se a ideia da independência é blindar as decisões das sujeições do jogo político-partidário, como exigir que os dirigentes se submetam e participem do processo eleitoral e, ao mesmo tempo, fiquem imune a este jogo? A Corte Europeia dos Direitos Humanos (*apud* Justen Filho, 2003: 276), assevera que “a democracia não se restringe à supremacia constante da opinião de uma maioria; ela impõe um equilíbrio que assegure às minorias um tratamento justo e que evite todo abuso de uma posição dominante”. Para Maçãs e Moreira (2003: 47), “a desvinculação destas entidades de qualquer orientação política do executivo, e a conseqüente ruptura com o circuito democrático e a representação política, exige que se procure de uma nova e diversa legitimação”²²². Essa legitimação, defendem os ilustres doutrinadores, seria por meio da democracia procedimental e não da democracia política.

Por outro lado, como se legitima as decisões tomadas por agentes públicos não eleitos democraticamente, *vg* os Ministros de Estado? É por se sujeitarem hierarquicamente ao Presidente da República que suas ações ganham legitimidade democrática? No sentido da nossa indagação, Justen Filho (2007: 284) afirma que “o princípio fundamental da soberania popular não significa a necessidade de todos os agentes públicos serem eleitos mediante sufrágio popular. Aliás, a esmagadora maioria dos agentes estatais é investida em seus cargos e funções por vias diversas da eleição”²²³. Nessa situação encontram-se os membros do Poder Judiciário e Tribunal de Contas. Em tom crítico, salienta Cuéllar (2001: 130), que “o fato dos membros do Legislativo serem eleitos não os torna mais aptos [tecnicamente]” ou com conhecimentos técnicos específicos indispensáveis para

²²¹ Conforme relatado anteriormente, Justen Filho, critica esse modelo por indicação unilateral do Chefe do Executivo. Segundo o professor, “o fundamental reside em assegurar que a direção da agência retrate a heterogeneidade das orientações políticas, para o fim específico de evitar que as influências políticas e econômicas externas não encontrem barreiras internas de neutralização”. Justen Filho, *Op. cit.*, p. 284-285.

²²² Maçãs, Fernanda, Moreira, Vital. *Autoridades Reguladoras Independentes - Estudo e Projecto de Lei-Quadro*. Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) – Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 47.

²²³ Justen Filho, *op. cit.*, p. 284.

determinadas leis. Na essência, quem analisa e elabora os projetos de lei são os consultores legislativos, que são selecionados por meio de concurso público e não por sufrágio.

Conforme alude Moreira Neto (2003: 153), existe um erro de interpretação por parte dos críticos: “as agências reguladoras independentes são entes dotados de funções administrativas e não funções políticas, o que as caracterizam como órgãos administrativos e não órgãos políticos”²²⁴. Assim, prescindiria de legitimação via processo de escolha direta pela sociedade, pois esta não seria devida a órgãos administrativos. E o autor continua “a função reguladora não se destina a produzir normas legais, mas meras normas reguladoras”²²⁵, de natureza distinta das normas de função legislativa.

Então, por assimetria, com o Parecer AC-51 da AGU, que subordina as agências ao Poder Executivo, estariam as ações das agências, sob a revisão presidencial, legitimadas democraticamente? Respondendo a indagação e na contramão do Parecer, Vital Moreira (2003) leciona que

o remédio para o déficit de legitimidade democrática e prestação de contas das autoridades reguladoras independentes não é a sua governamentalização, sujeitando-as a superintendência ministerial, mas sim através de mecanismos de “democracia procedimental” (transparência e participação pública dos interessados, regulados e consumidores) e sobretudo através de um estreitamento das relações entre as mesmas e as comissões parlamentares permanentes. (MOREIRA, 2003: 229)

Isto posto, advogamos na razão contrária do Parecer AC-51 da AGU, no nosso entendimento não cabem recursos impróprios, nem subordinação hierárquica ao poder central. Doravante, a legitimação democrática precisa ser entendida em sentido *lato*. Isto é, todo o aparato de controle e *accountability* que são submetidas as decisões das agências, permitem uma participação mais ativa da sociedade engajada, maior que, simplesmente, exercer a cidadania a cada quatro anos, como costumeiramente acontece na política brasileira. Moreira Neto (2003:158), sacramenta que “como se observa, parece residir na experiência da regulação um dos mais nítidos prenúncios da passagem juspolítica de uma *democracia da representação* para uma *democracia da eficiência*”.²²⁶

Em desfecho, entendemos haver outras formas de processo democrático que se adequam melhor ao contexto das agências reguladoras independentes, podendo estas prescindir do pleito direto dos cidadãos na constituição do seu colegiado, sem, no entanto,

²²⁴ Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. Direito regulatório. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 153.

²²⁵ *Ibidem*, p. 154.

²²⁶ *Ibidem*, p. 158.

carecer de legitimidade democrática, pois o titular do poder democrático – a sociedade –, por meio da democracia participativa e procedimental, encontra outras formas de exercer bem e melhor o seu papel democrático.

6. Conclusão

No estudo aqui apresentado, envidamos esforços para trazer à baila as principais questões acerca da independência das agências reguladoras brasileiras, máxime, frente ao poder político eleito. Essas entidades reguladoras assumem o protagonismo central no modelo de regulação ora adotado na vasta maioria dos países, atuando em um ambiente de interesses difusos e contrários, sendo, assim, imprescindível que se garanta sua imparcialidade, credibilidade e autonomia.

Aragão (2002: 313) citando Tony Prosser (1997), nota que,

“alguns autores afirmam que a gênese da independência das Agências reguladoras está no espírito auto-regulatório e juridicamente pluralista das comunidades inglesas, reminiscência, talvez, das guildas medievais. As funções dessas pequenas auto-organizações sociais teriam-se tornado tão vultosas e complexas que se impôs a criação de um governo em miniatura, uma agência.”²²⁷

No Brasil, o desenho institucional adotado para as autarquias de regime especial foi livremente inspirado nas agências americanas e nas experiências de implementação europeia.

Desta sorte, previamente, foi necessário iniciar o estudo apresentando brevemente o debate doutrinário entorno do conceito e definição dessas entidades, para depois, visitar a gênese dessas entidades reguladoras americanas, que remonta a idos do século XIX. Essa exposição é digna de análise, pois este modelo inspirou os demais sistemas de regulação independente, especialmente na Europa e Brasil. Destarte, deslindamos as principais particularidades na implantação das agências reguladoras, nomeadamente no Reino Unido, França e Portugal. Com os fundamentos apreciados, partimos para a conjuntura brasileira, dentro de suas especificidades, vimos como o modelo regulatório se desenvolveu e criou suas agências reguladoras inspiradas nas experiências internacionais. Desta feita, sondamos a caracterização das agências dentro do ordenamento brasileiro e seguimos para investigar como se conformam seus poderes, prerrogativas e autonomias. Isto posto, verificamos e indagamos como o poder político se porta diante dessas prerrogativas que afrontam seu poderio centralizador.

Esse arrazoado, agora nos permite perceber como o Poder Executivo age perante um órgão administrativo dotado de regime especial, que não está à mercê de suas vontades

²²⁷ Cfr. Prosser, 1997, p. 34 – 37, *apud* Aragão, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes – algumas desmistificações à luz do direito comparado. Brasília a. 39 n. 155 jul./set. 2002, p. 313.

ligeiras e, também, nos permite concluir que, de fato, há sim uma tentativa de interferência do Governo nas atividades das autarquias especiais. Como aludido no início, não inquirimos no sentido de uma captura pelo poder político (*stricto sensu*), pois é árduo comprovar a cooptação do agente regulador em favor de interesses próprios ou interesses políticos escusos. Todavia, igualmente, não é possível negar a ocorrência de tal feito.

Assim, estudamos que a reforma do aparelho estatal promovida na busca por um Estado eficiente, na década de 90 no Brasil, adaptou as experiências internacionais de regulação, visto que era necessário transmitir ao mercado a credibilidade e segurança jurídica que faltava aos setores antes dominado pelo Governo. Essa imagem positiva é passada aos investidores por meio das agências reguladoras que atuam com alto nível de especialização técnica, imparcialidade e independência face aos poderes políticos. O que distingue este modelo de agências do modelo tradicional é a combinação de conhecimentos e experiência específicos e independência juntamente com a especialização. (Majone, 1999: 21)

Entretanto, essa independência é alvo de críticas e questionamentos por parte da doutrina e, principalmente, pelo Governo Federal. Nos Estados Unidos chegou-se a cunhar o termo “Quarto Poder” para designar esses entes com tamanhas prerrogativas. Mas, conforme visto, o modelo transposto para o ordenamento brasileiro está longe de ser considerado um Poder a parte. Dessa forma, Aragão (2001: 8) afirma que a “qualificação *independente*, conferida a muitas das agências reguladoras deve ser entendida em termos. Em nenhum país onde foram instituídas possuem independência em sentido próprio, mas apenas uma maior ou menor autonomia, dentro dos parâmetros fixados pelo ordenamento jurídico”²²⁸.

Nessa mesma linha, Cardona (2016: 294) assevera que as agências são “titulares de uma *independência com limites* no sentido em que, quer as atribuições, quer o exercício efetivo das suas funções, mantem relação (ainda que diferenciadas), quer com o Governo, quer com o Parlamento”²²⁹. Limites esses, entendidos como os processos democráticos de *accountability*, controle jurisdicional e pelos princípios constitucionais, sobretudo da legalidade. Esses limites e essa relação com os Poderes, jamais poderá ser interpretado à luz de uma subordinação hierárquica.

²²⁸ Aragão, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: Uma Contribuição da Teoria dos Ordenamentos Setoriais. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. N° 10, Bahia, Brasil. 2007. p. 8.

²²⁹ Cardona, Maria Celeste. Contributo para o Conceito e a natureza das Entidades Reguladoras Independentes. As autoridades Reguladoras. Almedina, Coimbra, maio de 2016, p. 294.

Mas, não é o que preconiza o Governo brasileiro. Desde 2001, se intensificando a partir de 2003, o Governo vem tentando de alguma forma tolher as autonomias concedidas as agências. Seja por meio de restrições e contingenciamentos orçamentários, por via legislativa ou por artifícios usados para dificultar sua independência, o Poder Executivo julga que tais entidades devem se sujeitar ao seu poderio, relegando o seu regime especial - caracterizador de sua essência.

Nesse desarranjo institucional, na contramão das melhores doutrinas e práticas, outros governos se mostram interessados em diminuir a autonomia desses entes. Conforme critica Majone (1998: 10), “*while the meaning of the political independence of regulators is reasonably clear in America, this is not yet the case in Europe*”²³⁰. Assim como no Brasil, onde na teoria, defende-se a importância da autonomia das agências reguladoras com o fito de blindar as decisões técnicas das influências político-partidárias e atrair investidores, na prática, explora-se as fragilidades do arranjo institucional das agências com o intuito de subordinar e interferir nos atos regulatórios. Similar ocorre na Europa, segundo o qual, o mesmo autor compara que as “*European agencies have less independence, de facto and generally also de jure, than American agencies*”²³¹. Apesar do modelo americano ter sido fonte de inspiração para vários outros países, este reserva sua originalidade e robustez, diferentemente dos países que adaptaram esse sistema, onde as culminações de um modelo de Estado falido levaram então ao surgimento das agências.

Nessa esteira, encontram-se as autoridades independentes francesas que pela forma que foram desenhadas institucionalmente e pelas competências concedidas, enseja margem para o governo intervir consideravelmente. Num paralelo, nossa crítica reside no uso de termos amplos e vagos nas leis instituidoras das agências brasileiras, o que, igualmente, abre margem para interpretações favoráveis à intromissão do Poder Executivo. No mesmo desalinho, a Lei-Quadro Portuguesa também carece de um maior cuidado do legislador, onde Calvão da Silva (2015: 406), revela a “*confusão conceptual entre mediação e arbitragem e da má redacção legislativa*”²³², além de perceptível a utilização de conceitos indeterminados, de difícil controle judicial, que podem mitigar a independência dos reguladores face ao

²³⁰ Majone, Giandomenico. *The Regulatory State and its Legitimacy Problems. Political Science Series Nº. 56. July 1998, p. 10.*

²³¹ *Ibidem.*

²³² Cfr. Calvão da Silva, João Nuno. Poderes e instrumentos regulatórios das entidades reguladoras ao abrigo da Lei-Quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo. 2015, p. 383 – 416.

Governo. Esses fatores podem ensejar o que Frédéric Boehm (2005) chama de Captura *ex-ante*, ou *state capture*, conforme o Banco Mundial, que consiste em capturar o legislativo antes da criação da lei instituidora, de forma a influenciar o arranjo institucional da entidade reguladora²³³. Apesar de possível, não temos o condão de concluir por essa trilha.

Nesse universo, constatamos como o poder central consegue exercer sua pressão e atravancar a autonomia financeira e orçamentária das agências. Sob a necessidade de regularizar as contas públicas, geradas pelos desajustes fiscais e má gestão financeira, o Governo realiza cortes e contingenciamentos para criar o superávit primário, em parte, a custas dos orçamentos das autarquias especiais, transformando-as, praticamente, em entes arrecadadores do Estado. Pelo exposto, não advogamos contra o controle orçamental realizados pelos Poderes, mas sim pelos contingenciamentos desmedidos as quais são submetidas as entidades reguladoras. Sobre esse aspecto, deixamos uma reflexão exarada pelo Procurador do Ministério Público junto ao TCU sobre a possível ocorrência de um excesso de arrecadação, ou seja, cobrança indevida nos valores das taxas, ou se estaria ocorrendo um contrassenso do governo ao contingenciar recursos necessários para o regular funcionamento da agência.

Nessa seara, entendemos que a Lei-Quadro portuguesa revela-se contemporânea e mais afinada com as especificidades das agências, prevendo que “os resultados líquidos das entidades reguladoras transitem para o ano seguinte, podendo ser utilizados, designadamente, em benefício dos consumidores ou do sector regulado, nos termos a definir nos estatutos de cada entidade reguladora”, não obstante, a previsão de ingerência do Poder Executivo no cálculo dos valores das tarifas regulatórias, que, segundo João Nuno Calvão (2015: 392), constitui um reforço da governamentalização da regulação²³⁴. Em sentido oposto, há o caso das *entités* que por não possuírem personalidade jurídica, tem seus orçamentos ligados diretamente ao Ministério vinculado.

No campo das restrições orçamentárias, é interessante notar como a Comissão Europeia se comporta, visto que o orçamento destinado a suas ações não perpassa 2% do Produto Interno Bruto da Comunidade Europeia. Assim, Majone (1999: 16) leciona que, uma vez que a Comissão Europeia não tem o poder independente de tributar e de dispende

²³³ Vide Boehm, Frédéric. *Corrupción y captura en la regulación de los servicios públicos*. Revista de Economía Institucional - [online]. vol.7, n.13, 2005, pp. 245-263. Disponível em: www.economiainstitutional.com/pdf/No13/fboehm13.pdf

²³⁴ Vide, Calvão da Silva, João Nuno. *op. cit.*, p. 392.

e a despeito das estritas limitações orçamentárias impostas pelos Estados membros, a única maneira pela qual a Comissão pode aumentar a sua influência é expandindo o escopo de suas atividades de regulação, desenvolvendo um tipo quase que puro de Estado regulador²³⁵.

Em um estudo feito pelo Governo Federal, em 2002, sobre os resultados da reforma do Estado de 1995, conclui-se que em relação ao funcionamento das agências reguladoras o saldo é positivo, “apesar de um déficit muito grande no que diz respeito à capacidade de imposição das suas regras e de uma limitação decorrente em grande medida da impossibilidade que essas agências tiveram de constituir os seus quadros próprios de pessoal permanente e técnicos qualificados”²³⁶. Dezesesseis anos após esse estudo, percebemos que os mesmos problemas ainda persistem e talvez tenham se agravado. Isso porque, em 2003, os contingenciamentos orçamentários tornaram-se cada vez mais rígidos, dificultando a autonomia administrativa das agências.

Não bastando, ainda houve várias tentativas de intervenção governamental pela via legislativa e por meio de artifícios, como as nomeações de interinos para as diretorias, nomeações em bloco - fazendo coincidir os mandatos e indicações políticas sem expertise técnica, conforme relatado.

Contudo, essas possíveis ingerências políticas no seio do colegiado das agências não é problema exclusivo do Brasil. Segundo argumenta Majone (1998: 12), os membros da Comissão Europeia também estão suscetíveis a agirem em interesse próprio ou de outrem, que apesar de serem independentes, na prática, *“however, the Commissioners are not immune from influences both from the Member States and from within the Commission itself. Although they are not supposed to pursue national interests, many European Commissioners are politicians who, after leaving Brussels, will return to their home country to continue their career there”*²³⁷.

É mister salientar que essas atitudes governamentais levam à desconfiança e descredito das ações reguladoras, podendo afugentar os investidores. Douglas Pedra e Lucia Helena Salgado (2005: 322) revelam que “conforme tem sido verificado pela literatura

²³⁵ Majone, Giandomenico. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. Traduzido por René Loncan. Revista do Serviço Público. Ano 50. Número 1. Jan-Mar 1999, p. 16.

²³⁶ Vide, Farias, Pedro Cesar. Regulação e modelo de gestão. p. 98. In: Brasil. Balanço da Reforma do Estado no Brasil: A Nova Gestão Pública, Brasília, 6 a 8 de agosto de 2002. – Brasília: MP, SEGES, 2002.

²³⁷ Majone, Giandomenico. The Regulatory State and its Legitimacy Problems. Political Science Series Nº. 56. July 1998, p. 12.

empírica recente, a percepção de que o órgão regulador está sujeito à captura política, atuando de forma desprovida da devida independência com relação ao governo, é fator agravante do risco regulatório, o que leva à crescente redução e encarecimento de investimentos.”²³⁸

Apesar do exposto, o Governo, por meio da sua AGU, emitiu parecer-normativo admitindo-se a possibilidade de avocação e supervisão ministerial conforme o caso. Firmamos nossa posição quanto ao descabimento de recurso hierárquico improprio e refutamos a juridicidade desses atos que carecem de previsibilidade normativa. Curiosas são as alegações para tal, repisadas em mais de uma ocasião no Governo Lula, conforme podemos constatar na oposição de Vital Moreira em 2003, que cabem perfeitamente para o Parecer da AGU em 2006:

A argumentação do projeto é de que, como o regime é presidencialista, o poder delas não pode ser sobrepor ao do Executivo. Este argumento não resiste, porém, a um simples exercício de reflexão. De fato, as agências reguladoras independentes são uma criação dos Estados Unidos, a mais clássica expressão de um regime presidencialista, onde elas existem há mais de um século. (MOREIRA, 2003: 228)

Na ocasião, o recém empossado Governo Lula, num manifesto descontentamento com as agências reguladoras, apresentou um projeto no Congresso para reduzir a independência e submeter essas entidades ao controle do Executivo²³⁹.

O desnivelamento das decisões das agências para alguns dos lados, seja do regulado, seja do Governo, leva ao fracasso da função regulatória. Em princípio, parece que, hodiernamente, na Europa, os governos estão cientes dos riscos de se desequilibrar a balança regulatória para o seu lado. *European governments are by now quite aware of the importance of policy credibility in an increasingly interdependent world, and thus are prepared to accept the independence of national and European regulators*²⁴⁰. Dessa forma, consolida-se o reconhecimento pelos poderes de que a função regulatória deve ser executada independentemente da titularidade do serviço público e que serve de garantia para os

²³⁸ Cfr. Pedra, Douglas Pereira; Salgado, Lucia Helena. Aspectos Econômicos e Jurídicos do Livre Acesso ao Mercado de Gás Natural, p. 322; In: Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer — Rio de Janeiro: Ipea, 2005.

²³⁹ Esse projeto afrontando a independência das agências foi estudado supra. Para uma visão mais detalhada acerca desse assunto, vide Mattos, César Costa Alves de; Mueller, Bernardo. Regulando o regulador: a proposta do Governo e a Anatel. Rev. Econ. contemp., Rio de Janeiro, 10: 517-546, set./dez. 2006.

²⁴⁰ Majone, 2008, *op. cit.*, p. 10.

interesses dos consumidores e dos investidores, além de permitir a desresponsabilização dos políticos por decisões impopulares.

Para fechar essa síntese conclusiva, abordamos também a debatida questão da legitimidade democrática, a qual entendemos que essa questão se mostra um pouco maximizada por alguns doutrinadores e que necessita de ser repensada frente ao aperfeiçoamento da Administração Pública. A evolução administrativa não pode ficar refém de dogmas seculares. O direito precisa acompanhar o surgimento das novas formas de gestão estatal, sem dispor da segurança jurídica e dos princípios norteadores do Estado de Direito. Assim, é interessante pensar como as agências independentes fogem ao modelo tradicional da legitimidade democrática. Se o fito mor é escapar ao jogo político-partidário, seria um contrassenso pedir sujeição ao regime político. A melhor doutrina alude à legitimação procedimental em resposta ao déficit democrático. Nesse campo, Majone (1999), brilhantemente, leciona que

A legitimidade procedimental implica, entre outras coisas, que as agências são criadas por estatutos democraticamente promulgados que definem a autoridade legal e os objetivos das agências; que os reguladores são nomeados por funcionários eleitos; que a tomada de decisões em matéria reguladora obedece a regras formais que muitas vezes exigem a participação pública; finalmente, que as decisões das agências devem ser justificadas e estão abertas ao escrutínio judicial. [...] instituições não-majoritárias podem estar sujeitas a normas e padrões de responsabilização mais estritos que os ministérios e departamentos tradicionais dos governos. Supõe-se que os últimos estejam sob o controle de ministros diretamente responsáveis perante o Parlamento; e embora esta forma de responsabilização seja amiúde um mito, ela proporciona uma desculpa para que não se imponham exigências formais de transparência e justificação racional sobre os departamentos centrais dos governos. (MAJONE, 1999: 28-29)

Essa legitimação procedimental veste bem para o modelo atual da União Europeia, onde o único órgão com legitimidade democrática é o Parlamento Europeu. A Comissão e o Conselho que possuem competências administrativas e legiferantes ficam à margem do modelo tradicional democrático.

Feito este resumo em sede de desfecho, concluímos ser possível a conciliação do sistema regulatório independente com a arquitetura constitucional de poderes no Brasil. Para tanto, é imperativo garantir e melhorar os mais variáveis sistemas de controles democráticos, de forma que amplie a participação da sociedade e assegure a total transparência decisória das agências. Desta feita, responsabilização e controle social são mais eficazes que a mera supervisão ministerial ou subordinação ao Poder Executivo, conforme planteia o Governo. “Quando um sistema desses, de controles múltiplos, funciona como deve, ninguém controla

uma agência; no entanto, a agência está *sob controle*” (Moe, 1987 *apud* Majone, 1999: 31). Para mais, a crise política e de governabilidade que circunda o Brasil, com as Instituições Democráticas fragilizadas e sem respaldo da sociedade, é oportuno por fortalecer o marco da regulação independente, com objetivos claros e definidos.

Em suma, resta concluído que, de fato, o Governo Federal brasileiro, nos anos que se passaram, advogaram contra a independência das agências reguladoras, valendo-se dos mais variados meios para atingir tal fim.

Como o intuito desse estudo foi evidenciar as afrontas ao sistema de independência das agências reguladoras brasileiras, sem, no entanto, esgotar o tema, vislumbramos para estudos futuros sugestões de propostas de leis e emendas constitucionais para sanar essa problemática e garantir maior transparência e melhores instrumentos de controles democráticos sobre as agências. À vista das propostas que tramitam pelo legislativo que concernem às entidades reguladoras²⁴¹, temos diversos projetos que dispõem contra a independência das agências e outros que tentam, de alguma forma, corrigir as fragilidades do sistema. Sugerimos, nesse sentido, para a consolidação do sistema de regulação independente no Brasil, um estudo que contemple uma análise de todos esses projetos conjugado com as melhores práticas e normas internacionais, visando criar uma proposta de lei-geral robusta, sólida e eficaz que abarque as questões aqui tratadas e uniformize os poderes, prerrogativas, deveres e controles à todas as autarquias de regime especial, respeitando suas particularidades.

²⁴¹ Atualmente, segundo relatório de pesquisa realizado no site da Câmara dos Deputados, tramitam 26 proposições atinentes as agências reguladoras. Pesquisado em: <http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/?wicket:interface=:1:1> Acesso: 08/10/2018.

7. Bibliografia

Advocacia-geral da União. (2006). Parecer AGU - AC-51 N°. 50000.029371/2004-83. Brasília: Diário Oficial da União. Disponível em: <http://200.181.70.163/webpareceres/>

Almagro, R. (2008). Agências Reguladoras Independentes e Legitimidade Democrática. Belo Horizonte: De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Apolinário, M. (2016). O Estado Regulador: o novo papel do Estado Análise da perspectiva da evolução recente do Direito Administrativo. O exemplo do sector da energia. Coimbra: Almedina.

Aragão, A. S. (Coord). (2006). O poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Editora Forense.

Aragão, A. S. (2002). Agências Reguladoras e Agências Executivas. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo nº 228. p. 121. Trimestral. ISSN 0034-8007.

Aragão, A. S. (2002). As agências reguladoras independentes – algumas desmistificações à luz do direito comparado. Brasília a. 39 n. 155. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496887>

Aragão, A. S. (2007). As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: Uma Contribuição da Teoria dos Ordenamentos Setoriais. Bahia, Brasil: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico nº 10. Disponível em: <https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/redae-10-maio-2007-alexandre-arage3a3o.pdf>

Aragão, A. S. (2007). Supervisão Ministerial das Agências Reguladoras: limites, possibilidades e o parecer AGU n. AC — 51. Revista de Direito Administrativo, v. 245, p. 237-262. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/42129/40820>

Aragão, A. S., Binenbojm, G., [et. al.]. (2006). Agências reguladoras e democracia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

Bagatin, A. C. (2013). Captura das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Saraiva.

Bandeira de Mello, C. A. (2002). Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 14ª ed.

Batista, M. (2011). Mensurando a independência das agências regulatórias brasileiras. Planejamento e Políticas públicas n. 36 | jan./jun. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/227/222>

Souza, J. V. B. (2016). As Agências Reguladoras no Brasil e a regulamentação no setor de saúde. Publicado em 12/2016. Disponibilizado em: <https://jus.com.br/artigos/54691/as-agencias-reguladoras-no-brasil-e-a-regulamentacao-no-setor-de-saude/2>

Binenbojm, G. (2005). Agências Reguladoras Independentes e Democracia No Brasil. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo n.º 240: 147-165. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/43622/44699>

Brasil. (1967). Decreto-lei nº. 200, de 25 de fevereiro. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da República Federativa do Brasil.

Brasil. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado.

Brasil. (1995). Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Plano diretor da reforma do aparelho do Estado. Brasília: Imprensa Nacional.

Brasil. (1996). Lei nº 9.427. Dispõe sobre a criação da Aneel. Brasília: Congresso Nacional.

Brasil. (1997). Lei nº 9.472. Dispõe sobre a criação da Anatel. Brasília: Congresso Nacional.

Brasil. (1997). Lei nº 9.478. Dispõe sobre a criação da ANP. Brasília: Congresso Nacional.

Brasil. (1999). Lei nº 9.782. Dispõe sobre a criação da Anvisa. Brasília: Congresso Nacional.

Brasil. (2000). Lei nº 9.961. Dispõe sobre a criação da ANS. Brasília: Congresso Nacional.

Brasil. (2000). Lei nº 9.984. Dispõe sobre a criação da ANA. Brasília: Congresso Nacional.

Brasil. (2000). Lei nº 9.986. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional.

Brasil. (2001). Medida Provisória nº 2.228-1. Dispõe sobre a criação da Ancine. Brasília: Congresso Nacional.

Brasil. (2001). Lei nº 10.233. Dispõe sobre a criação da ANTT e da ANTAQ. Brasília: Congresso Nacional.

Brasil. (2002). Balanço da Reforma do Estado no Brasil: A Nova Gestão Pública, Brasília, 6 a 8 de agosto de 2002. – Brasília: MP, SEGES.

Brasil. (2003). Decreto nº 4.635, de 21 de março. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério das Comunicações, e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional.

Brasil. (2003). Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro. Brasília: Presidência da República.

Brasil. (2016). Lei nº 13.334. Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências, Congresso Nacional.

Bresser-Pereira, L. C. (2000). A reforma gerencial do Estado de 1995. RAP, Rio de Janeiro 34(4):7-26.

Calvão da Silva, J. N. (2008). Mercado e Estado: serviços de interesse económico geral. Coimbra: Almedina.

Calvão da Silva, J. N. (2015). Poderes e instrumentos regulatórios das entidades reguladoras ao abrigo da Lei-Quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo. P. 383 – 416. In: Pedro Gonçalves (Org.) *Estudos de Regulação Pública – II*. Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) – Faculdade de Direito de Coimbra. Editora Coimbra.

Calvão da Silva, J. N. (2017). Agências de Regulação da União Europeia. Coimbra: Editora Almedina.

Cardona, M. C. (2010). As agências na União Europeia. In. *Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral* / com. org. Augusto de Athayde, João Caupers, Maria da Glória F. P. D. Garcia. Coimbra: Editora Almedina.

Cardona, M. C. (2013). As agências de regulação na República Federativa do Brasil. In. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*. Org. Eduardo Paz Ferreira, Heleno Taveira Torres, Clotilde Celorico Palma. Coimbra: Editora Almedina.

Cardona, M. C. (2016). Contributo para o Conceito e a natureza das Entidades Reguladoras Independentes. As autoridades Reguladoras. Coimbra: Almedina.

Cardoso, J. L. (2002). Autoridades administrativas independentes e constituição: contributo para o estudo da génese, caracterização e enquadramento constitucional da Administração independente. Coimbra: Editora Coimbra.

Carvalho, M. (2016). Manual de Direito Administrativo. 3º ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm.

Cuéllar, L. (2001). As agências reguladoras e seu poder normativo. São Paulo: Dialética.

Di Pietro, M. S. Z. (2003). Direito Administrativo. 15º ed. São Paulo: Atlas.

Di Pietro, M. S. Z. (Org). (2004). Direito Regulatório: temas polêmicos. 2º ed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Editora Fórum.

Duarte Júnior, R. (2014). Agência Reguladora, Poder Normativo e Democracia Participativa. Uma questão de legitimidade. Curitiba: Editora Juruá.

Farena, D. v. M. (2013). Agências reguladoras: fiscalização dos serviços públicos e defesa do consumidor. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal – vol. 4.

Ferreira Motta, P. R. (2003). Agências Reguladoras. São Paulo: Ed. Manole, 1ª ed.

Fundação Getúlio Vargas. (2016). Autonomia Financeira das Agências Reguladoras dos Setores de Infraestrutura no Brasil. Centro de estudos em regulação e infraestrutura. Disponível em: <http://ceri.fgv.br/>

Fundação Getúlio Vargas. (2016). Dinâmica de nomeações das Agências Reguladoras. Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo – FGV. *Coordenação*: Bruno Meyerhof Salama; Arthur Barrionuevo. Grupo das Relações entre Estado e Empresa Privada – GRP. São Paulo, Disponível em:

https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/GRP_arquivos/sumario_executivo_grp - pep_01.pdf

Fundação Getúlio Vargas. (2016). Processo de nomeação de dirigentes de agências reguladoras: Uma análise descritiva. Coordenadores: Bruno Meyerhof Salama e Arthur Barrionuevo. Pesquisadora-Chefe: Juliana Bonacorsi de Palma. Consultor: Pedro Dutra. Escola de Direito de SP.

Gilardi, F., Maggetti, M. (2010). *The independence of regulatory authorities*. In Levi-Faur, David (ed.). *Handbook of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar.

Gomes, E. M. (2006). As agências reguladoras independentes e o Tribunal de Contas da União: conflito de jurisdições? Rio de Janeiro: RAP 40(4):615-30.

Gonçalves, P. C. (2006). Direito Administrativo da Regulação. In. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*. No Centenário do seu Nascimento. Volume II. Edição Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Editora Coimbra.

Gonçalves, P. C. (2008). Regulação, Electricidade e Telecomunicações: estudos de direito administrativo da regulação. Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) – Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra Editora.

Gonçalves, P. C. (2010). Estado de Garantia e Mercado. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, vol. VII (especial: Comunicações do I Triénio dos Encontros de Professores de Direito Público), 97-128. Disponibilizado em: https://www.fd.uc.pt/~pgon/PDF/estado_garantia_mercado.pdf

Gonçalves, P. C.; Martins, L. P. (2014). Nótulas sobre o novo regime das entidades independentes de regulação da atividade económica. In: Textos de Regulação da Saúde. Porto. Nº 4 (2014), p. 9-28

Gonçalves, R. (2014). A Captura Regulatória. Uma Abordagem Introdutória. Publicações CEDIPRE Online – 25. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra.

Guerra, S. (2004). Introdução ao Direito das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

Guerra, S. (Coord); Aragão, A. S...[et al.] (Colab.). (2004). Temas de direito regulatório. Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro.

Guerra, S. (2010). Atualidades sobre o Controle Judicial dos Atos Regulatórios. REDAE Edição: 21. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/sergio-guerra/atualidades-sobre-o-controle-judicial-dos-atos-regulatorios>

Harada, K. (2000). Autonomia orçamentária. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 47, 1. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1279>

- Jordão, E., Ribeiro, M. P. (2017). Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples. *Revista Estudos Institucionais*, Vol. 3, 1. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/155/132>
- Justen Filho, M. (2003). *Agências Reguladoras e Democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”?* Belo Horizonte: Revista de Direito Público da Economia – RDPE v. 2, p. 273-301.
- Justen Filho, M. (2002). *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Editora Dialética
- Krause, E. B. (2005). *Agências Reguladoras no cenário brasileiro*. Porto Alegre: Ed. livraria do advogado.
- Maçãs, F., Moreira, V. (2003). *Autoridades Reguladoras Independentes - Estudo e Projecto de Lei-Quadro*. Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) – Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora.
- Majone, G. (1998). *The Regulatory State and its Legitimacy Problems*. Political Science Series No. 56. Disponível em: http://aei.pitt.edu/32416/1/1208943461_pw_56.pdf
- Majone, G. (1999). Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança. Traduzido por René Loncan. *Revista do Serviço Público*. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/339>
- Mattos, C. C. A., Mueller, B. (2006). Regulando o regulador: a proposta do Governo e a Anatel. *Revista Econ. contemp.*, Rio de Janeiro, 10(3): 517-546.
- Mazza, A. (2016). *Manual de direito administrativo*. 6. ed. – São Paulo: Saraiva.
- Misse, D. G. (2010). História e Sentido da Criação das Agências Reguladoras no Brasil. XIV Encontro nacional da ANPUH-Rio Memória e Patrimônio. Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.encontro2010.rj.anpuh.org/arquivo/download?ID_ARQUIVO=6042
- Moraes, A., [et. al.]. (2002). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Editora Atlas.
- Morais, B. C. (2000). *Las autoridades administrativas independientes en el orden constitucional portugués*. In. *Documentación Administrativa*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas. ISSN 0012-4494. N. 257-258. p. 43-76.
- Moreira Neto, D. F. (2000). A independência das agências reguladoras. *Boletim de direito administrativo*: São Paulo. Referência: v.16, n.6, p. 416–418.
- Moreira Neto, D. F. (2003). *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Moreira, V. (Org). (2004). *Estudos de Regulação Pública I*. Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) – Faculdade de Direito de Coimbra. Editora Coimbra.
- Moreira, V. (2003). *Administração Autônoma e Associações Públicas*. Coimbra: Ed. Coimbra.

Moreira, V. (2003). Agências reguladoras independentes em xeque no Brasil. In: MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. A mão visível: mercado e regulação. Coimbra: Almedina.

Moreira, V. (2012). Programa da disciplina de “Direito público da regulação”. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Motta, P. R. (2003). Agências Reguladoras. Barueri, São Paulo: Editora Manole.

Neto, F. A. M. (2005). Agências Reguladoras independentes: fundamentos e seu regimento jurídico. Belo Horizonte: Editora Fórum.

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico – OCDE. (2008). Relatório sobre a Reforma Regulatória. BRASIL: Fortalecendo a governança para o crescimento. Brasília: Alia Opera. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/lula/ocde-2013-relatorio-sobre-a-reforma-regulatoria-brasil-fortalecendo-a-governanca-para-o-crescimento/view>

Oliveira, R. R. (2009). O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua Recepção pelo Direito Brasileiro. Revista da EMERJ, v. 12, nº 47. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16041889.pdf>

Oliveira, G., Werneck, B., Machado, E. L., (2004). Agências Reguladoras: A experiência internacional e a avaliação da proposta de lei geral brasileira. Brasília: Confederação Nacional da Indústria – CNI.

Otero, Paulo. (2003). Legalidade e Administração pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina.

Pacheco, R. S. (2006). Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. RAP, Rio de Janeiro 40(4):523-43. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6839>

Peci, A. (Org.). (2007). Regulação no Brasil: desenho, governança e avaliação. São Paulo: Atlas.

Pó, M. V., Abrucio, F. L., (2006). Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e *accountability* das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças. Rio de Janeiro: RAP 40(4):679-98.

Posner, R. A. (1974). *Theories of Economic Regulation*. The Bell Journal of Economics and Management Science, Vol. 5, No. 2. pp. 335-358. Disponível em: <http://links.jstor.org/>

Ramalho, B. A., (2016). Autonomia Financeira das Agências Reguladoras: recomendações importantes e análise das comissões regulatórias norte-americanas sob uma perspectiva comparada. Belo Horizonte: Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, n.29, p.63-74. Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/direito/>

Ramalho, P. I. S. (2009). Regulação e agências reguladoras: reforma regulatória da década de 1990 e desenho institucional das agências no Brasil. In: Ramalho, Pedro Ivo Sebba (Org.).

Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório. Brasília: Anvisa/Casa Civil. Disponível em: <http://www.casacivil.gov.br>

Rodrigues Cal, A. B., (2003). *As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro*. Biblioteca de Teses. Rio de Janeiro: Editora Renovar.

Salgado, L. H., Motta, R. S. (editores). (2005) *Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer*. Rio de Janeiro: Ipea, 2005. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br>

Sultani, L. J. M., (2005). *Autonomia Financeira e Orçamentária das Entidades Autárquicas em Regime Especial*. Orientador: Prof. Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: UFRJ/IE; CVM, 2005. Monografia (Especialização em Regulação do Mercado de Capitais).

Superior Tribunal De Justiça. (2003). Mandado de Segurança nº 8.810/DF; Processo 2002/0170102-1; 06/10/2003. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200201701021&dt_publicacao=06/10/2003

Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.949-0/RS. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347344>

Tribunal de Contas da União. (2006). ACÓRDÃO Nº 1091/2006 – Plenário; Processo 012.581/2003-3; 05/07/2006. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/>

Tribunal de Contas da União. (2011). ACÓRDÃO Nº 2261/2011 – Plenário; Processo 012.693/2009-9.; 24/8/2011. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/>

Tribunal de Contas da União. (2012). ACÓRDÃO Nº 3438/2012 – Plenário. Processo 021.975/2007-0; 10/12/2012. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/>

Tribunal de Contas da União. (2015). ACÓRDÃO Nº 240/2015 – Plenário; Processo 031.996/2013-2; 11/2/2015. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/>

Tribunal de Contas da União. (2017). ACÓRDÃO Nº 749/2017 – Plenário. Processo 033.793/2015-8; 12/4/2017. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/>

Tribunal de Contas da União. (2017). ACÓRDÃO Nº 1427/2017 – Plenário; Processo 009.180/2012-5; 05/07/2017. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/>

Tribunal de Contas da União. (2017). ACÓRDÃO Nº 1970/2017 – Plenário; Processo 029.688/2016-7; 06/09/2017. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/>

Ventura, R. E. (Org). (2002). *Agências reguladoras federais: legislação: normas de criação, regulamentos e regimentos internos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

Windholz, E., Hodge, G. A. (2012). *Conceptualising Social and Economic Regulation: Implications for Modern Regulators and Regulatory Activity*. Monash University Law Review, v. 38, n. 2, 2012, publicado no Brasil na revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 264, p. 13-56. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article%20viewFile/14076/31331>