



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

MARINA MACÊDO E ARAÚJO

**AGÊNCIAS REGULADORAS: ATUAÇÃO E PROPOSTAS DE
MUDANÇAS**

**SOUSA - PB
2004**

MARINA MACÊDO E ARAÚJO

**AGÊNCIAS REGULADORAS: ATUAÇÃO E PROPOSTAS DE
MUDANÇAS**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Dr^a. Maria Marques Moreira Vieira.

**SOUSA - PB
2004**

MARINA MACÊDO E ARAÚJO

**AGÊNCIAS REGULADORAS: ATUAÇÃO E PROPOSTAS DE
MUDANÇAS**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Maria Marques Moreira Vieira (Orientadora)

Prof. Aurélia Carla Queiroga da Silva (Co-orientadora)

Prof. _____

Prof. _____

SOUSA-PB
2004

Aos meus pais, à minha avó Sinhá e ao
meu grande amor, Alex.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo sonho realizado.

A meus pais, Absolon e Maria José, pela oportunidade de concluir o curso de Direito, garantida pelo suor diário e pela a esperança na concretização conjunta de nossos sonhos.

Aos meus irmãos, Milena, Maurício e Fernanda, e a todos que torceram por mim.

À minha sobrinha Gabriela, pelas alegrias conferidas a cada retorno ao lar.

Às minhas avós, Natércia (Sinhá) e Helena, pelas orações de proteção e força para o término de meus estudos.

À minha orientadora, Gracinha, e à minha co-orientadora, Aurélia, que contribuíram intensamente para a concretização deste trabalho, com muita paciência e dedicação.

Ao meu amor, amigo e companheiro, Alex, pelos incentivos constantes, pela crença em minha capacidade e pelas horas de estudo roubadas do seu lado, sem os quais não alcançaria a conclusão deste trabalho.

À tia Ildene e à minha sogra, Neide, fontes de forças para o alcance final dessa caminhada.

Ao professor Erivaldo, por ter colocado ao meu alcance os trilhos da pesquisa.

Aos meus amigos de curso, pelas trocas de conhecimentos e momentos inesquecíveis compartilhados dia-a-dia.

À sociedade, responsável pela manutenção da universidade pública.

Mesmo que nunca se perceba
A nossa coragem
Vai brotar de todos os lugares
Como plantas no jardim
Vai enfeitar a nossa mente
De razões e ideais
E ninguém mais além de nós
Nos poderá deter.

Biquíni Cavado

RESUMO

A propagação de Agências Reguladoras em todo o mundo decorreu da necessidade de se manter instrumentos normativos para regular os serviços públicos transferidos a particulares durante a ruptura com o modelo estatal de bem-estar. Essa inovação alcançou o cenário brasileiro como uma tendência globalizada da nova forma de comportamento do Estado perante a atividade econômica — Estado Regulador. Internamente, foram implantadas com a Reforma do Estado Brasileiro, nos anos 90, sob inspiração norte-americana e passaram a compor os quadros da administração indireta, na forma de autarquias em regime especial. Diante da relevância do tema, o objetivo do presente estudo é analisar a forma como essas entidades federais vêm desempenhando a atividade regulatória no Brasil, atentando-se para suas principais características e para os poderes que são dotados, bem como averiguar quais mudanças estão sendo atualmente propostas pelo governo Lula para os quadros das agências, com as suas possíveis conseqüências nos âmbitos jurídico e econômico. Realizaram-se estudos bibliográficos acerca do tema, análise da legislação pertinente e exame de matérias que tratam do comportamento das Agências Reguladoras em vigência. Constatou-se que o caráter autárquico especial desses entes deve-se ao conjunto de privilégios que lhes foram atribuídos por lei específica para a consecução de seus fins. Assim, possuem autonomia administrativa, independência financeira, seus dirigentes detêm mandatos estáveis, exercem funções típicas de Estado; tudo no intuito de revestirem-lhes de maior especialização técnica durante o exercício regulatório. Atuam expedindo atos normativos, cuja legalidade sujeita-se à obediência aos *standards* fixados em lei; resolvem conflitos no âmbito de suas competências, mantendo em ressalva o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial (art. 5º, XXXV, da CF/88); exercem a regulação tarifária, em maior ou menor grau, no objetivo de manter o requisito da modicidade das tarifas cobradas aos consumidores; são responsáveis pelas licitações e pelas outorgas de serviços das atividades reguladas, além de agirem na preservação da livre concorrência e repressão ao abuso do poder econômico nos setores regulados, como forma de implementarem as funções dos órgãos que operam na defesa da ordem econômica. As principais alterações trazidas pelos anteprojetos de leis apresentados são a vinculação da atuação desses entes a um contrato de gestão a ser firmado com os seus respectivos Ministérios (no qual estarão traçadas as metas e obrigações a serem cumpridas pelas agências) e a perda para estes últimos do poder de concessão. A recepção não tão agradável dessas mudanças se resume à redução da autonomia das agências, pondo em cheque a segurança jurídica dos contratos, necessária à atração de investimentos nos setores regulados pelas agências, além de corresponder a um retorno aos tempos anteriores à implantação dessas entidades.

Palavras-chaves: Agências Reguladoras, regulação, autonomia, propostas de mudanças.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 – TRAJETÓRIA HISTÓRICA DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO REGULADOR.....	
REGULADOR.....	13
1.1 Estado Liberal.....	13
1.2 Estado de Bem-Estar.....	14
1.3 Estado Regulador.....	17
1.4 A Reforma do Estado Brasileiro.....	20
1.4.1 Administração direta e indireta	22
1.4.1.1 Autarquias.....	24
CAPÍTULO 2 – AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS.....	
2.1 O Paradigma Norte-Americano.....	29
2.2 Agências Reguladoras no Direito Brasileiro.....	31
2.3 O Caráter Autárquico Especial	34
2.4 A Independência das Agências Reguladoras.....	37
2.4.1 A estabilidade dos dirigentes.....	38
2.4.2 A autonomia econômico-financeira.....	40
2.5 Poder Normativo.....	42
2.5.1 Poder regulamentar e delegação legislativa.....	42
2.5.2 A função normativa das agências reguladoras.....	44
2.5.2.1 Fundamentação jurídica.....	46
2.5.2.2 O déficit democrático.....	49

2.6 Poder de Dirimir Conflitos e Revisão Judicial.....	50
2.7 Agências Reguladoras e a Fixação e Revisão de Tarifas.....	52
2.8 Agências Reguladoras e Licitações.....	56
2.9 Agências Reguladoras na Defesa da Ordem Econômica.....	58

CAPÍTULO 3 – AS PROPOSTAS DE MUDANÇAS NA ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS.....	61
3.1 O Início da Discussão.....	61
3.2 O que Dizem os Anteprojetos de Leis.....	64
3.3 As Possíveis Conseqüências.....	67
CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	75
ANEXOS.....	79

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de análise as Agências Reguladoras brasileiras, entidades da Administração Indireta, expressão maior do atual Estado Regulador, concebidas para regular a intervenção estatal na economia e em atividades de interesse público executadas por particulares.

As inovações trazidas com a implantação desses entes no ordenamento jurídico pátrio, a partir da Reforma do Estado, na década de 90, pouco são ainda exploradas na vida acadêmica, mas têm suscitado, nos últimos tempos, grandes polêmicas de ordem prática entre os que se dedicam ao assunto, pois os levam a reverem institutos de ramos do direito, como o direito constitucional e direito administrativo, abalados com o impacto causado por tais transformações, sendo, portanto, o que justifica a importância desse trabalho investigativo.

Hodiernamente, as Agências Reguladoras em existência no Brasil vêm sendo alvo de noticiários nos meios de comunicação, cujo cerne da discussão tem sido a forma autônoma como se apresentam frente aos poderes tradicionais. A controvérsia que existe em volta desses órgãos reguladores ocorre, devido às alterações que têm promovido e pelo fato de passarem, pela primeira vez, após a recente alteração na organização administrativa nacional, diante de uma transição política governamental, já que nascidas na égide do governo anterior (Fernando Henrique Cardoso), nada mais natural que o papel das Agências Reguladoras venha ser observado e avaliado pelos novos integrantes da administração do país, seja pelo fato de possuírem projetos governamentais distintos (necessitados, então, de compatibilização entre as heranças deixadas pelo governo antecedente e o novo rumo que se deseja dar ao país), seja por puro jogo político.

Assim, a atual pesquisa tem por escopo estabelecer uma discussão, através de um estudo qualitativo-teórico, utilizando-se os métodos histórico, jurídico-hermeneutico e

jurídico-doutrinário, acerca das características das Agências Reguladoras, em especial atenção para a forma como exercem suas atribuições e porque tanto têm causado polêmicas na atual conjuntura política e doutrinária brasileiras, bem como para as propostas de mudanças realizadas pelo governo federal nas formas de organização e funcionamento dessas autarquias especiais, considerando a redação textual oferecida até o período da feitura dessa monografia.

A problemática que envolve as Agências Reguladoras deve-se à roupagem autônoma com que se apresentam e por exercerem funções típicas de Estado, o que causam controvérsias, por abarcarem princípios básicos constitucionais como o da separação de poderes, o da inafastabilidade do Poder Judiciário, o da legalidade e legitimidade para exercerem competência normativa, etc. É esse excesso de independência (como querem alguns) o responsável pela revisão que vem sendo feita sobre a atuação e controle dessas entidades reguladoras. Resta-se saber, porém, se as mudanças desejadas até o presente momento pelo governo federal lograrão êxito no ponto de vista econômico e jurídico e se serão suficientes para o aperfeiçoamento da atividade regulatória nacional.

Registre-se que o estudo não se voltará a uma análise individual de cada agência, mas para uma tentativa de exame das mesmas em conjunto, sem deixar de salientar para as características específicas que elas apresentam individualmente nos respectivos pontos investigados. Esse será, pois, um dos maiores desafios da pesquisa dado ao fato de não possuírem as Agências Reguladoras brasileiras, como autarquias especiais, uma única lei geral instituidora, tendo elas nascido através de leis esparsas, sem obedecer a um padrão determinado, como também o número de agências ser cada vez mais crescente o país.

O primeiro capítulo da pesquisa é dedicado a uma exposição histórica dos modelos de Estado de intervenção econômica e prestação de serviços públicos, desde o Estado Liberal passando para a fase do Estado de Bem-Estar, chegando ao surgimento do Estado Regulador vigente, atentando-se para as transformações trazidas com a Reforma do Estado brasileiro,

destacando-se, ainda, como está situado o objeto desse estudo na presente organização administrativa nacional, trazendo a análise, em especial, das autarquias desacompanhada do exame das demais entidades que compõem Administração direta e indireta, por ser a mais importante para o seguimento da pesquisa. Através deste capítulo serão extraídos os elementos básicos para a compreensão da regulação contemporânea exercida pelas Agências Reguladoras brasileiras.

A influência norte-americana, as características, os poderes e a forma de atuação das Agências Reguladoras pátrias serão analisados no segundo capítulo, no qual se destacará os principais pontos que têm causado debates entre os doutrinadores. Dessa forma, questões como a independência financeira das Agências Reguladoras e a estabilidade de seus dirigentes serão debatidas, como também será possível se discutir a problemática do exercício normativo desses entes reguladores frente ao princípio da legalidade e ao poder regulamentar do Poder Executivo, a participação social na atividade regulatória dessas agências, a revisão judicial das decisões por elas proferidas, além de outros assuntos como a regulação econômica das tarifas cobradas aos consumidores, a realização de licitação e defesa da concorrência nos setores regulados.

O terceiro capítulo será dedicado a um levantamento de como a repercussão das características e atuação das Agências Reguladoras vem sendo encarada pela presente conjuntura política federal. As inovações trazidas pelos anteprojetos de lei serão detalhadamente observadas, no anseio de se fornecer uma prévia de como poderão vir se apresentarem futuramente esses entes reguladores nacionais. Faz-se necessário esclarecer, todavia, que esse trabalho monográfico não possui outra natureza a não ser o caráter eminentemente acadêmico, compromissado com a harmonia entre as discussões doutrinárias acerca da temática escolhida e a evolução atual que a circunda, contemporânea com a construção do presente estudo.

Em suma, o que se pretende é averiguar se a forma como se mostram as atuais Agências Reguladoras é satisfatória e quais os pontos positivos e negativos trazidos com as alterações contidas nos anteprojetos de leis apresentados atualmente pelo executivo federal, levando-se em conta os modernos quadros econômico e de regulação mundial, instaurados sob influência neoliberal, que acabaram por influir no moderno modelo estatal previsto na Constituição Federal de 1988 e na nova forma de organização administrativa brasileira.

CAPÍTULO 1

TRAJETÓRIA HISTÓRICA DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO REGULADOR

1.1 Estado Liberal

Ao longo da história da atuação estatal na atividade econômica, seja na condição de empresário, seja se mantendo distante desse setor, podemos distinguir três fases pela qual passou o Estado de acordo com seu comportamento diante das transformações sociais e econômicas que marcaram o mundo no decorrer dos tempos.

No século XVIII, após a Revolução Francesa, firmou-se o Estado Liberal, influenciado pelas idéias de Adam Smith que sustentavam a necessidade da economia ser organizada pela “mão invisível”, mantenedora da concorrência no mercado, e pela política econômica de *laissez-faire*. Assim, a atividade mercantil orientava-se apenas pelos princípios liberais da liberdade individual e do Estado Mínimo, sem a participação de qualquer órgão organizador, ficando a cargo do Estado somente a tarefa de garantir a não violação dos direitos do cidadão e a manutenção da ordem social, reservando o exercício das atividades econômicas à iniciativa privada.

Acreditava-se que, guiados por uma lei natural organizadora da economia, a partir das próprias forças de mercado, aliada à livre autonomia individual para comerciar, sem interferência de qualquer conjunto de leis, salvo os contratos socialmente firmados, alcançaria a concorrência perfeita e o pleno emprego.

A não interferência do Estado na política econômica se justifica pelo fato das ações individuais, ao buscarem satisfazer interesses próprios, conduziriam, conseqüentemente, à

riqueza nacional. Sua atuação se restringia apenas a oferecer o suporte mínimo necessário para que o mercado, através de sua mão invisível, auto se desenvolvesse. Os serviços públicos¹ sob a titularidade do Estado se resumiam à segurança da sociedade em caso de guerra, manutenção da justiça e realização de certas obras públicas, bem como os serviços economicamente voltados à iniciativa particular.

Entretanto, as idéias liberais não foram suficientes para a implantação de uma concorrência perfeita nem ao estabelecimento do pleno emprego e do bem de toda coletividade.

A ausência de regulamentação, pautado na existência de um Estado Mínimo, abstencionista, deixava a cargo dos contratos livremente firmados pelos particulares a tarefa de reger as relações mercantis. Contudo, as regras de concorrência não foram obedecidas, o que facilitou a acumulação e concentração de riquezas, geradora da eliminação da livre iniciativa, marginalização social, desemprego, agravados pela necessidade de se ofertar bens públicos puros e pela existência de riscos e incertezas na oferta dos bens.

1.2 Estado de Bem-Estar

As sérias conseqüências econômicas e sociais geradas pelo abstencionismo estatal na atividade econômica (como o sufocamento das pequenas empresas pelos grandes monopólios, miséria, manifestações de trabalhadores, doenças etc) e na prestação de serviços públicos provocaram, em meados do século XIX, reações que mais tarde vieram contribuir ao estabelecimento de um Estado do Bem-Estar (Estado Social, Estado Providência, Estado do Desenvolvimento, Estado Social de Direito), ou seja, um Estado intervencionista na ordem econômica e social, defensor da supremacia do interesse público sobre o particular.

¹ Serviço público, para fins da presente pesquisa, deve ser entendido em seu sentido genérico, no qual se compreende a atividade econômica do Estado, caso essa última expressão não for citada no texto.

Esse novo modelo de Estado teve como fundamento as idéias de John M. Keynes, que pregava o fim do "laissez-faire", sendo o Estado o único capaz de estabelecer o desenvolvimento sócio-econômico, através da efetivação de uma política fiscal, financeira e social, garantidora do pleno emprego, capacidade coletiva de consumo e igualdade de direito a todos os cidadãos.

A necessidade de uma interferência estatal e o insucesso da idéia de um mercado plenamente concorrencial, conduzido pela "mão invisível", vieram a se confirmar com a crise decorrente da quebra da bolsa de Nova York, em 1929. Ansiava-se, assim, um governo capaz de conduzir o mercado ao equilíbrio.

"O Estado deixa a postura abstencionista de não ter nenhuma preocupação social e econômica e passa a intervir no domínio econômico, regulando e, em alguns casos, exercendo atividade econômica". (MAGALHÃES, 2001, p.02)

Salienta-se que mesmo exercendo atividade econômica, o Estado, segundo Keynes, deveria preservar os ideais liberais como propriedade, iniciativa privada e concorrência, podendo interferir na economia somente para sanar deficiências e corrigir distorções do mercado, nunca, porém, competindo com a iniciativa privada.

O *Welfare State*, diante da crescente preocupação com o aumento de riquezas materiais e com valores essenciais da pessoa humana (pontos expressivos do interesse público), tomou para si várias atribuições, no anseio de satisfazer os direitos sociais e econômicos.

Certas tarefas de caráter econômico e social passaram à condição de serviço público, a serem desempenhadas por um número crescente de estatais e fundações, como também, o Estado passou a intervir economicamente por meio de sociedades de economia mista e empresas públicas, contudo, sem restringir as idéias de iniciativa privada, passando a fomentar atividades outras de interesse público desenvolvidas por particulares. Assim, à

Administração Pública foram introduzidos novos instrumentos mais aprimorados para atender a novas exigências.

Ao Poder Executivo foi atribuída competência normativa, como forma de ampliação da atividade reguladora, desconcentrando tarefa antes restritamente reservada ao Legislativo.

O poder de polícia do Estado foi ampliado, saindo do âmbito de segurança nacional e passando a fazer-se presente, também, nas relações entre particulares e na órbita econômica e social.

Além de controlar a produção de bens e serviços, o Estado transportou-se à condição de produtor direto e responsável pela elaboração dos planejamentos econômicos.

A máquina administrativa se mostrava cada vez mais crescente, passando a adotar uma forma burocrática de organização, baseado nos princípios de profissionalização, hierarquia, impessoalidade, formalismo, organização em carreira, adoção de rígidos procedimentos de seleção de funcionários e obediência cega à lei, como forma de evitar a corrupção e o nepotismo.

O Estado de Bem-Estar intervinha nas relações entre particulares, seja impondo limites, seja delimitando os procedimentos a serem obedecidos ou atuando diretamente, além de ter tornado mais complexas as relações entre o Poder Público e seus súditos, quanto da satisfação dos direitos difusos e coletivos. Já a função normativa atribuída ao Poder Executivo para atender à necessidade de regulação deu início a um conceito mais amplo ao princípio da legalidade, deixando em segundo plano as discussões sobre os limites de poder. Ademais, o crescimento de conflitos sociais, cada vez mais apurados, aliados ao caráter formal da lei, desraigada de qualquer conteúdo de justiça, inviabilizou a boa atuação do Poder Judiciário.

No entanto, o *Welfare State*, condutor do desenvolvimento econômico e provedor de direitos sociais, mostrou-se sobrecarregado, motivo de sua inaptidão nas relações econômicas, políticas e sociais. Diante do endividamento estatal, ineficiência na prestação de serviços

públicos e do engajamento da administração cada vez mais burocrático, as políticas econômicas e sociais sofreram um processo de degradação com a redução do orçamento social e da produção de bens e serviços.

Vem à tona a discussão de qual deve ser o 'tamanho' do Estado e seu respectivo âmbito de atuação. A falência do hiper-estado (Bem-Estar social e Socialista), dominante durante todo século XX, fez perceber que a existência de um Poder Central por mais forte e poderoso que seja, não atende de forma satisfatória os anseios sociais. Desta forma, busca-se um Estado 'exato', ou seja, nem 'grande' e nem 'pequeno'. (MADEIRA, 2001, p.02)

1.3 Estado Regulador

Com o fracasso do modelo intervencionista, buscou-se uma postura do Estado perante os setores econômico e social. A partir da crise econômica firmada na década de 70, durante a qual se confirmou a incapacidade do Estado de atender à crescente demanda social, tentou-se reavivar os ideais de liberalismo, porém revestido com outras características. A essa nova roupagem conferida ao espírito liberal sistematizada em uma doutrina de princípios econômicos denominou-se neoliberalismo.

Em sentido amplo, pode-se conceituar neoliberalismo

como a retomada de valores e ideais do liberalismo político e econômico que nasceu do pensamento iluminista e dos avanços da economia, decorrentes da revolução industrial do final do século XVIII, com a adequação necessária à realidade política, social e econômica de cada nação em que se manifesta. Em sentido mais restrito, designa, nas democracias capitalistas contemporâneas, as posições pragmáticas e ideologicamente pouco definidas dos defensores da política do 'Estado Mínimo', que deve interferir o menos possível na liberdade individual e nas atividades econômicas de iniciativa privada e, ao mesmo tempo, manter, ampliar e tornar mais racional e eficiente o Estado de Bem-Estar Social.²

Na realidade, os primeiros sinais do pensamento neoliberal surgiram logo após a Segunda Guerra Mundial, especialmente a partir da década de 60, com o questionamento feito

²NEOLIBERALISMO. *Trabalhos escolares*. Disponível em: < [http:// www.berdan.hpg.ig.com.br/ciencia e educação](http://www.berdan.hpg.ig.com.br/ciencia_e_educacao)> Acesso em: 02 mar.2003).

por teóricos como Friedric Hayek sobre o preço a se suportar com a intervenção estatal nos ramos econômico e social.

No texto de sua autoria, datado de 1944, sob o título "O Caminho da Servidão", Hayek concluiu que o Estado de Bem-Estar cercava a liberdade dos cidadãos e a plena concorrência, além de não ter capacidade de custear as altas despesas estatais, decorrentes da manutenção dos órgãos interventores, nem de investir em tecnologias mais avançadas. Era preferível que o próprio mercado procurasse se reestruturar, sem a intervenção do Estado, passando este à condição de Estado regulador, indutor, fiscalizador e fomentador das atividades econômicas, como forma de possibilitar uma maior competitividade entre os particulares ao mesmo tempo em que garantia os direitos do consumidor.

Tais ideais, antes restritos ao âmbito da teoria, passaram a partir da década de 70 a ser uma realidade, com a crise do Keynesianismo e reforçado na década de 80 com o declínio do regime comunista.

O neoliberalismo anseia um Estado enxuto, forte e eficaz. Um Estado Mínimo garantidor da liberdade individual, preservador da lei e agenciador de um mercado livre e competitivo. Busca-se, assim, um orçamento público equilibrado a desregulamentação dos mercados e a retirada do Estado da economia para que se firme a diminuição do Estado, auxiliado ainda pelo processo de privatização e da redução das políticas de cunho social. O Estado só deve interferir em esferas desinteressantes para a iniciativa privada, devendo se retirar paulatinamente do cenário social e criando políticas sociais esporádicas.

Entretanto, essa retirada não poderia ocorrer de forma absoluta como nos tempos liberal, pois algumas atividades a serem desempenhadas por particulares exigem a participação do Estado como agente regulador, fomentador e fornecedor dos instrumentos necessários à eficiente execução de tais tarefas.

A busca por um Estado Regulador ocorreu com a alteração no sistema econômico mundial, marcada pela aceleração do desenvolvimento tecnológico e pela redução dos custos de transportes e comunicações, responsáveis pelo rompimento de barreiras e integração das economias e dos mercados entre vários países do mundo. O fenômeno da globalização influenciou sobremaneira a necessidade de revisão de nova forma de atuação estatal na economia e prestação de serviços públicos.

A globalização impôs uma dupla pressão sobre os Estados: por um lado cresceu o desafio estatal em proteger seus cidadãos, dado que a lógica do mercado, privilegiado pela economia neoliberal, é favorável aos mais fortes e capazes e induz ao aumento da concentração de renda; de outro exigiu do Estado maior eficiência na realização de tarefas públicas, de modo a aliviar as pressões sobre as empresas nacionais e facilitar sua concorrência frente ao mercado internacional. (JUCÁ, 2002, p.04)

Por isso, descreve Alexandre Santos de Aragão (2000, p.275):

O fato de as experiências sociais cotidianas refletirem, cada vez mais, acontecimentos oriundos das mais variadas partes do mundo e também influenciarem muitos acontecimentos de dimensão global faz com que a autoridade estatal seja uma, entre muitos atores políticos, econômicos ou sociais, não mais a única e principal personagem. Naturalmente, isso conduz a uma redução de seu poder de prescrever e impor sanções para determinadas condutas.

Dentro desse novo cenário econômico internacional, marcados por privatizações e livres fluxos financeiros, o Estado se viu na necessidade de adaptar-se a tais mudanças, ajustando o mercado nacional às novas exigências globais. Os setores privatizados são, portanto, regulados; a concorrência e a iniciativa privada são cada vez mais incentivadas pelo órgão estatal e passou-se a permitir a participação de particulares em atividades só exercidas pelo Poder Público.

Aliás, processo de privatização, como tendência na economia capitalista globalizada é responsável pelo fortalecimento de uma das principais características do Estado Regulador, qual seja, a presença de Agências Reguladoras responsáveis pela supervisão de normatização de serviços públicos específicos. O Estado Regulador, através de seu poder normativo e

auxiliado por esses aparelhos de regulação, demonstra a nova forma de organização estatal perante a atividade econômica (art. 174 da CF/88) e a prestação de serviços públicos.

1.4 A Reforma do Estado Brasileiro

No cenário brasileiro, a atuação estatal acompanhou a tendência mundial de formas de intervenção econômica e prestação de serviços públicos.

Durante a Era Vargas e, principalmente, no auge do regime militar (1964), a economia nacional sofreu um longo estágio de intervenção estatal direta, o que deu causa a um crescimento desmesurado do aparelho administrativo estatal, além de ter gerado a exaustão da capacidade pública de investimentos, com o conseqüente fracasso na prestação do serviço público.

Diante deste quadro, e tendendo-se às novas exigências de um mercado globalizado, passou-se a implantar no país, através dos Decs. nº 91.991/85 e nº 95.886/88, o Programa Federal de Desestatização. Posteriormente, em 1990, com a Medida Provisória nº 155, instituiu-se o programa Nacional de Desestatização, através da qual se buscou reordenar a posição estratégica do Estado na economia, deixando a seu cargo principalmente os serviços essenciais da população e transferindo aos particulares, atividades por estes melhor executadas. Esse programa foi convertido na Lei nº 8.031/90 e, em seguida, reformulado pela Lei 9.491/97.

A relação entre o público e o privado foi alterada a partir da transferência de certas atividades às mãos privadas, o que passou a exigir do Direito Administrativo a adoção de novas formas de atuação estatal que intermediasse essa relação com vista à manutenção do interesse público. Ao lado dessa redução do tamanho do Estado brasileiro nasce a necessidade de uma reformação do aparelhamento administrativo, de forma a criar mecanismos de

fiscalização e regulação para controlar a prestação dos serviços públicos pelas empresas privadas.

A Reforma do Aparelho do Estado³ teve seus objetivos traçados no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE). Através de tal Plano procurou-se consolidar a idéia já consagrada no Plano Nacional de Desestatização (Lei nº 8.301/90) de que a transferência da prestação de certas atividades ao setor privado tornava-a mais eficiente, por isso compreendeu tanto um ajuste fiscal, como o abandono de estratégias protecionistas de substituição das importações e o programa de privatização de empresas estatais, ficando a cargo do Estado a tarefa de regular e prover os serviços.

A idéia era de transformar a administração pública burocrática da época do Estado Liberal em administração pública gerencial orientada pelos valores de eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações, tendo no cidadão sua principal preocupação. O interesse público deixava de se confundir com o interesse do próprio aparelho administrativo e passava a atentar-se à noção de cidadania, o que favoreceu a um controle de resultados dos serviços prestados.

Através do Plano, buscou-se o fortalecimento das funções de regulação e de coordenação do Estado (particularmente a nível federal) e a progressiva descentralização vertical para os níveis estadual e municipal das funções executivas no campo da prestação dos serviços sociais e de infra-estrutura. Ao lado das privatizações surgem as Agências Reguladoras setoriais com o papel de mediação do interesse público presente nos serviços privatizados e em outras atividades de interesse público.

Perante essa realidade, descreve Alexandre Vitorino Silva (2002, p.03):

³ Distingue-se Reforma do Estado e Reforma do Aparelho do Estado, estando o primeiro relacionado às várias áreas do governo e ao conjunto da sociedade brasileira, enquanto que o segundo refere-se à transformação de uma administração pública mais eficiente e mais ligada à noção de cidadania. Entretanto, neste trabalho se utilizará, como ocorre na doutrina majorante, ambos os termos indiferentemente.

Nesse novo cenário em que predomina, hodiernamente, a intervenção indireta, o Estado brasileiro busca inspiração no modelo norte-americano e vem, paralelamente ao processo de privatização e desestatização, criando, por lei, autarquias especiais independentes hierárquica e financeiramente, as denominadas agências, às quais incumbe o papel disciplinar, normativamente, quer a atividade econômica propriamente dita, em setores estratégicos definidos pela Constituição e pela lei, quer o serviço público, quando prestado em regime de concessão, permissão ou autorização.

As Agências Reguladoras, órgãos⁴ responsáveis por tal regulação e fiscalização, foram criados sob a forma de autarquia, para a qual foram atribuídos privilégios específicos, motivo que as levou a serem conhecidas como autarquias de regime especial.

1.4.1 Administração direta e indireta

No atual quadro da organização administrativa, o Estado realiza suas atribuições através do oferecimento de serviços públicos, de forma centralizada e descentralizada. Na primeira modalidade, a execução do serviço se faz através de órgãos do próprio Poder Público, ou seja, que compõem a sua estrutura, como é o caso das entidades públicas (União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios). São o que se conhece por Administração Direta, cuja distribuição interna de competência e de serviço em cada órgão denomina-se desconcentração.

A prestação descentralizada de serviços públicos ocorre mediante transferência de competência da Administração Pública central para outra pessoa, de direito público ou privado. Fazem parte da descentralização os entes que constituem a Administração Indireta, quais sejam, as autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista, empresas públicas — descentralização por outorga de serviços públicos; as paraestatais (organizações sociais, serviços sociais autônomos) — pessoas jurídicas privadas que atuam ao lado do

⁴ A CF/88 empregou o vocábulo 'órgão' regulador para se referir à ANATEL e à ANP (arts. 21, XI, e 177, § 2º, III). Na realidade as Agências Reguladoras são pessoas jurídicas constituídas por vários órgãos (centros dotados de atribuições sem personalidade jurídica). Porém, no presente trabalho monográfico, o termo 'órgão' regulador será igualmente utilizado como faz a Carta Constitucional para se referir ao objeto dessa pesquisa.

Estado em atividades não lucrativas; empresas privadas (concessionárias, autorizadas e permissionárias) de serviços público — descentralização por delegação de serviços públicos. Somente por lei podem ser criadas ou autorizadas as entidades que integram a Administração Indireta.

Embora o Decreto-Lei nº 200, de 25.02.67, utilize as expressões “administração direta e indireta”⁵ somente para a organização administrativa federal, já que é o diploma legal que a disciplina, no âmbito dos Estados-membros vem se adotando o mesmo modelo organizacional.

Dentre as características principais da Administração Pública Direta estão a forma hierárquica e de subordinação como se apresentam os que a compõe, exteriorizados cada qual em graus diversos. Já na Administração Pública Indireta inexistente vinculação hierárquica, pois as entidades que a integram são dotadas de personalidade jurídica própria e relativa autonomia administrativa, submetida apenas a um controle finalístico exercido pela entidade matriz (União, Estado, Município).

Esse controle finalístico ou tutela é denominado, no plano federal, de ‘supervisão ministerial’, cujo objetivo, conforme o decreto acima mencionado (art. 26), é assegurar o alcance dos objetivos traçados no ato da criação de tais entidades, garantir a harmonização da atuação destas com política do Governo traçada para seus respectivos setores, além de conferir-lhes eficiência e autonomia administrativa, operacional e financeira. Isso se justifica pelo fato do processo de descentralização administrativa ter decorrido da necessidade de racionalização das complexas atividades conferidas ao Estado, exigindo maior especialização dos componentes da Administração Indireta dentro de suas competências.

⁵ Art. 4º (...) I-a Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios; II- a Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a-autarquias; b-empresas públicas; c-sociedade de economia mista; d-fundações públicas.

Os entes que integram Administração Indireta estão sujeitas, igualmente aos da Administração Direta, ao controle contábil, financeiro e orçamentário exercido pelo Tribunal de Contas; o pessoal é investido em seus quadros após aprovação em concurso público de provas ou provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, sendo vedada a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas (art. 37, XVII, CF); possuem responsabilidade objetiva quando causarem dano a terceiros durante a prestação do serviço público e devem realizar processo licitatório, ressalvados os casos em lei, nas hipóteses que desejarem celebrar contrato para a realização de obras públicas, serviços, compras e alienações, embora exista uma certa flexibilidade dessa obrigação para as empresas públicas e sociedades de economia mista por desempenharem atividades tipicamente econômicas.

Por serem o objeto do presente estudo, pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta, na modalidade autárquica especial, faz-se necessário tópico específico sobre a espécie de descentralização administrativa sob forma de autarquia.

1.4.1.1 Autarquias

O vocábulo "autarquia" é de origem helênica, que conforme o ensinamento de José Cretella Júnior (2000, p.138), esse termo, “formado por dois elementos justapostos *autos* (= próprio) e *anarquia* (= comando, governo, direção), significa, à letra etimologicamente, ‘comando próprio, direção própria autogoverno’.

Lembra José Maria Pinheiro Madeira (2001, p.03), citando Odete Meduar, que essa expressão foi utilizada pela primeira vez pelo publicista italiano Santi Romano, em 1897, para identificar a situação de entes territoriais e institucionais do Estado unitário italiano, significando administração indireta do Estado exercida por pessoa jurídica, no interesse

próprio e do Estado. Para esse publicista "é uma forma específica da capacidade de direito público ou, mais concretamente, a capacidade de administrar por si seus interesses, embora estes se refiram também ao Estado". Referia-se às comunas, províncias e demais entes públicos presentes nos Estados unitários, ou seja, formas de descentralização territorial, pois a utilização do vocabulário 'autarquia' no sentido de descentralização administrativa executora de serviço público com as mesmas características e efeitos da atividade administrativa do Estado somente foi desenvolvida pelos trabalhos de Guido Zanobini e Renato Alessi, ambos, assim como Romano, doutrinadores italianos. Isso justifica o fato de atualmente muitos autores classificarem as autarquias sob o critério da capacidade administrativa, em autarquias territoriais e de serviço.

A justificativa da existência de autarquias está intimamente ligada a idéia de especialização, na busca do Estado em obter melhores resultados na prestação de serviços de caráter social e econômico. Dessa forma, leciona, Diogo de F. Moreira Neto (1999, p.185), afirmando que "foram a complexidade e a crescente demanda de especialização que ditaram o desenvolvimento dessa instituição" a partir de conceitos de personificação administrativa trabalhados no século XIX na Itália e na Alemanha. A criação dessas entidades decorreu da melhor prestação de serviços públicos, atravessa a função da capacidade pública semelhantes à da administração pública e a idéia de especialização.

Essas entidades eclodiram no Brasil de forma mais acelerada a partir da Revolução de 30 (época em que se consolidou a formulação de conceitos mais maduros relativos à autarquia, pelos estudos italianos), dado às "vantagens de especialização, de gestão financeira e de controle, relativamente à burocracia da administração direta" (MOREIRA NETO, 1999, p.186). São criadas por lei, executores de serviço público, mediante descentralização da Administração, com personalidade jurídica pública e capacidade de reger os próprios interesses, que se confundem com os do próprio Estado.

O Decreto-lei nº 6.016, de 22 de novembro de 1943, conceituava a autarquia como "serviço estatal descentralizado, com personalidade de direito público, explícita ou implicitamente reconhecida por lei". Mas o atual conceito legal encontra-se no texto do Decreto-lei nº 200/67, no inciso I, do art. 5º, que define autarquia como "serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receitas próprias, para executar atividades típicas da Administração Pública, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada".

Vê-se que, embora o Decreto-lei nº 200/67 não se expresse sobre a personalidade jurídica de direito público da autarquia, esta se mantém, como já indicada no decreto anterior. Ademais, o §1º do art.173 da CF/88, que anteriormente abrangia a autarquia como pessoa jurídica de direito privado pelo simples fato de explorarem a atividade econômica, foi alterado pela EC nº 19/98 que suprimiu a autarquia ao fazer referência expressa à empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias.

Pode-se, dessa forma, definir autarquia como pessoa jurídica de direito público com capacidade de auto-administração, criada por lei, com patrimônio e recursos financeiros próprios, atribuições estatais específicas, não sujeitas à subordinação hierárquica da entidade administrativa que a criou, mas mantida sob seu controle ou tutela.

A criação por lei específica, conforme o artigo 37, XIX, da CF/88 e pelo Dec.-lei nº 200/67, é exigência decorrente deste o Decreto-lei nº 6.016/43 e por se tratar de um desdobramento do próprio Estado, sujeito a direitos e obrigações. Apesar de ser criada por lei, a sua instituição se dá por decreto. Já sua extinção depende, também, de lei.

O patrimônio das autarquias é formado mediante transferência de bens e direitos de sua entidade criadora, da qual se destaca e integra a nova pessoa jurídica.

Na especialização dos fins, as autarquias desenvolvem capacidade específica para a prestação de serviço determinado, o que as impedem de exercer atividades diversas daquelas

para as quais foram instituídas. Portanto, possuem fins determinados, motivo de suas criações e que lhes exigem especialização na execução dessas atividades. Assim, como garantia do não desvio das finalidades para as quais foram criadas, as autarquias sofrem o controle ou tutela da Administração Pública a que pertence. Não há uma subordinação hierárquica entre autarquia a entidade criadora, mas tão somente a "prática de atos de medidas da Administração Pública competente auxiliado pelo respectivo Tribunal de Contas, consistente na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial de seus e comportamentos". (GASPARINI, 2000, p.273)

É necessário elucidar que o termo 'autarquia' não se confunde com a 'autonomia', no sentido mais estrito da palavra, conforme defendem alguns doutrinadores, devido à capacidade de auto-administração do ente autárquico. Autonomia, conforme lição de José Cretella Júnior (2000, p.141), decorre do grego *autos* (= próprios) e *monos* (= lei), significando o poder de criar as próprias leis pelas quais são regidas; etimologicamente, é dar leis a si mesmo. Autarquia, por sua vez, corresponde à capacidade de se auto-administrar. "Autarquia, supõe administração própria por delegação legal, ao passo que autonomia implica necessariamente, direito de legislação própria como atribuição diretamente constitucional, poder de criar ou sancionar leis, poder político, por natureza". As pessoas jurídicas política (União, Estados e Municípios) possuem autonomia, pois detêm o poder de criar o próprio direito, o que não se pode dizer das autarquias, já que possuem apenas capacidade de se auto-administrar a respeito de matérias relativas aos fins para os quais foram criadas.

Por conseguinte, o vocábulo 'autonomia', em referência à autarquia, utilizado pela doutrina, não se adstringe ao seu verdadeiro significado (poder de criar a própria lei), mas sim, para mencionar a liberdade das autarquias em se auto-administram. No mesmo sentido deve-se, pois, serem utilizadas tais expressões no presente estudo sobre Agências Reguladoras.

Os servidores das autarquias são todos admissíveis através de concurso, se submetendo ao regime estatutário ou celetista, salvo os cargos em comissão declaradas em lei de livre nomeação e exoneração e os servidores admitidos por tempo determinado, segundo a necessidade temporária de excepcional interesse público. Para efeitos penais são considerados funcionários públicos.

A forma de investidura dos dirigentes das entidades autárquicas será a prevista na lei instituidora ou no seu estatuto. A nomeação é feita pelo chefe do Executivo, antecedidos ou não de aprovação pelo Senado, conforme for a exigência da CF/88 ou de lei específica. No que atina à exoneração dos mesmos, orienta José Cretella Júnior (2000, p.157):

Se a nomeação é feita mediante ato simples do chefe do Executivo, pelo princípio do paralelismo das formas, somente outro ato simples é idôneo para demitir o nomeado, quando a investidura não é feita por prazo curto, mas no caso de ato complexo e por prazo curto, o nomeador não pode sozinho, exonerar o administrador nomeado. A continuidade administrativa e a proteção do dirigente da entidade autárquica contra possíveis injunções políticas 'de fora' constituem motivos suficientes para que o direito resguarde, no cargo, a hierarquia da autarquia, dando-lhe a necessária independência e objetividade para gerir os destinos da pessoa administrativa.

As autarquias, como parte integrante da Administração Pública, gozam dos mesmos privilégios pertencentes ao Estado: imunidade de impostos sobre seu patrimônio, renda e serviço; prescrição quinquenal de suas dívidas; impenhorabilidade, imprescritibilidade e inalienabilidade de seus bens, prerrogativas processuais dos atos administrativos; proteção de seus bens contra a usucapião.

Além desses privilégios gerais atribuídos às autarquias, algumas delas são dotadas de maiores privilégios que as autarquias comuns, constituindo as chamadas autarquias de regime especial, dentre as quais se encontra o objeto desse estudo.

CAPÍTULO 2

AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

2.1 O Paradigma Norte-Americano

Embora haja conhecimento que a primeira Agência Reguladora tenha surgido na Inglaterra, em 1834, a noção que temos, atualmente, de regulação setorial foi desenvolvida nos Estados Unidos, desde 1887, através da criação de um órgão destinado a regular o transporte ferroviário interestadual (*Interstate Commerce Commission*), de onde provém, inclusive, o termo *regulatory agencies*. Foi sob a inspiração nesse modelo norte-americano de regulação que se implantou as Agências Reguladoras brasileiras.

O fenômeno da “agencificação” vem se difundindo por todo o mundo em decorrência da globalização e consiste na substituição dos entes com personalidade jurídica própria que compõem a administração indireta por agências. Nos Estados Unidos, o termo agência abrange qualquer autoridade da Administração Pública direta e indireta, com exceção dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; possuam elas poderes normativos delegados pelo Congresso (*regulatory agency*) ou não (*non regulatory agency*).

As Agências Reguladoras norte-americanas possuem funções quase-legislativas (editam normas) e quase-judiciais (resolvem conflitos de interesses), porém, tais poderes passaram por fases distintas de amplitude, tendo sido a primeira de grande prestígio e uma segunda de forte limitação. As Agências Reguladoras brasileiras foram instituídas com base no primeiro exemplo, inexistente atualmente no direito norte-americano.

Foi a partir da década de 30, com o *New Deal* implantado por Roosevelt, que a intervenção do poder público na ordem econômica e social, por intermédio das agências,

ganha impulso. A algumas agências norte-americanas foi conferido poder de criar normas, através de ato de delegação pelo Poder Legislativo, por meio de leis que fixam os parâmetros genéricos (princípios, conceitos indeterminados, *standards*), que devem ser observados quando do exercício da competência regulatória. A função normativa das agências reguladoras fundamentou-se nas idéias de especialização nos assuntos sobre os quais elas recaem e na neutralidade política que possuem. Por essa razão, foram conferidos aos dirigentes desses órgãos de regulação, estabilidade no cargo e independência em relação ao Executivo, além de terem revestido a atuação das agências de grande discricionariedade técnica, o que excluía o controle judicial do mérito de seus atos.

Sobre essa realidade explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1999, p.135-136):

Vale dizer que os aspectos técnicos das decisões eram de competência normativa da agência, observados apenas os princípios genéricos, os *standards*, contidos na lei, escapando inclusive à revisão judicial, a não ser que se tratasse de ato manifestamente arbitrário, absurdo, caprichoso, contrário à intenção do legislador. Além disso, toda matéria de fato era de apreciação exclusiva da agência, fora, também, do âmbito da apreciação judicial.

Em 1946 foi criada a Lei de Procedimento Administrativo, que passou a determinar normas de procedimentos a serem observadas pelas agências quando do exercício de suas funções, sob pena de serem considerados ilegais pelo Judiciário. Mas somente a partir da década de 60 o modelo norte-americano sofreu grandes alterações: passou a haver maior restrição à liberdade procedimental de expedição de normas jurídicas; a neutralidade das agências começou a ser ameaçada com a implantação de juízos políticos de valor, como a sujeição das agências à política traçada pelo Presidente da República (em resposta às desconfianças a esses meios de regulação em atenderem interesses de grupos determinados); novas leis surgiram no intuito de incluir a participação dos cidadãos nos procedimentos das agências; o controle judicial passou a vincular-se não apenas aos procedimentos, mas também ao atendimento dos requisitos da razoabilidade e de proporcionalidade; passou a se exigir

aprovação prévia do Executivo e do Congresso sobre os projetos elaborados pelas agências, bem como foi instituído o veto legislativo, por meio do qual, a entrada em vigor de um regulamento fica condicionada à revisão e aprovação pelo Congresso. É nesse panorama que se encontram atualmente as agências reguladoras norte-americanas.

2.2 Agências Reguladoras no Direito Brasileiro

As Agências Reguladoras brasileiras são frutos de um novo modelo mundial de organização capitalista, consubstanciadas no Plano Nacional de Desestatização e no Plano Diretor de Reforma de Estado. Destinam-se à regulação de atividades privadas de interesse público, o que lhes exigem grande especialidade técnica no ramo onde atuam, sendo essas entidades reguladoras federais considerados setoriais, pois para cada espécie de serviço executado por particular, há uma agência específica, não podendo uma interferir na competência da outra. Por esse motivo, há agência própria para a regulação do setor energético, do setor petrolífero, do setor de telecomunicações etc.

As únicas Agências Reguladoras previstas constitucionalmente foram instituídas pelas Emendas Constitucionais nº 8 e 9, de 1995, as quais determinaram a criação de um órgão regulador para o setor de telecomunicações (art. 21, XI, da CF) e outro para o setor de petróleo (art. 177, § 2º, III, da CF). As demais agências foram objeto de criação administrativa infraconstitucional.

Como Agências Reguladoras federais, encontram-se atualmente em vigência no país, a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL (Lei nº 9.427/96), a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL (Lei nº 9.472/97), a Agência Nacional de Petróleo - ANP (Lei nº 9.478/97), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA (Lei nº 9.782/99), a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS (Lei nº 9.961/00), a Agência Nacional de

Águas – ANA (Lei nº 9.984/01), a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (Lei nº 10.233/01), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ (Lei nº 10.233/01) e a Agência Nacional do Cinema – ANCINE (Lei nº 10.454/02).

No caso da ANEEL e da ANATEL a regulação recai sobre serviços públicos propriamente ditos, enquanto que no caso da ANP o disciplinamento e controle da exploração petrolífera pela iniciativa privada decorre simplesmente de um contrato com o Estado, já que consiste em monopólio da União. As demais agências regulam atividades não prestadas diretamente pelo o Estado, facultadas a particulares e que estão afetadas de algum interesse público. Por essa razão, não se deve relacionar a existência desses entes unicamente à idéia de privatização, embora tenham recebido maior evidência com as recentes transformações ideológicas, sociais, econômicas e administrativas ocorridas no cenário mundial.

As Agências Reguladoras de serviços públicos executados por particulares devem atuar objetivando a preservação da eficiência e universalização desses serviços, a fixação de tarifas justas e razoáveis, além de serem elas as responsáveis pela escolha, por meio de licitação, dos delegatários desses serviços e de elaborarem o respectivo contrato. Quanto às agências relacionadas às atividades econômicas, devem regulá-las em atenção `a manutenção dos interesses públicos ínsitos em cada atividade, como defesa do consumidor, preservação dos recursos hídricos, proteção da saúde pública etc.

Mesmo inexistindo um disciplinamento jurídico único aplicado a todas às agências Reguladoras⁶, algumas semelhanças podem ser destacadas como a apresentação sob a forma autárquica especial, independência administrativa, dirigentes com mandato fixo e estável, autonomia financeira, exercício de tarefas típicas de Estado etc.

⁶ Apenas a Lei nº 9.986/2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos, é norma indiferentemente aplicada a todas as agências.

No intuito de manter o contato direto com os usuários dos setores regulados, como forma de melhor preservarem o interesse público, seja recebendo opiniões, reclamações ou denúncias, as agências dispõem de meios de controle social.

Um dos casos mais freqüentes de participação popular na atividade regulatória é a Consulta Pública, que se dá antes da elaboração de normas, através da qual os interessados podem expor suas opiniões sobre o conteúdo das regras a serem editadas pela agência. A rejeição ou adoção das opiniões pela a Agência Reguladora deve ser motivada e posta à disposição dos consultados. Qualquer mudança na matéria posta sob consulta que venha descaracterizá-la, em relação ao que foi exposto, exige novo procedimento. Caso a realização de consulta pública seja prevista em lei como obrigatória ela será condição de validade do ato.

Audiências Públicas também são possíveis no âmbito das agências, através de sessões abertas a indivíduos, associações e demais interessados para esclarecimento e debate de processos administrativos decisórios em curso. Embora não se refira diretamente à produção de normas, a submissão de uma decisão a um juízo popular, quando houver um processo administrativo, pode servir de subsídio à elaboração de uma regra geral e abstrata.

Quaisquer irregularidades poderão ser comunicadas às agências através da apresentação de denúncias, devendo, em seguida, ser realizada uma investigação para apurar a informação e adotar medidas de saneamento dos problemas, devendo, ao final, ser o denunciante informado do resultado das investigações.

Quase todas as agências possuem Ouvidorias, órgãos encarregados de zelar pelo bom desempenho do ente regulador, tecendo críticas ao seu funcionamento, recebendo queixas, denúncias e sugestões dos administrados, encaminhando-os aos órgãos competentes para solucionar os problemas ou verificar as opiniões. Pode haver ou não concentração das tarefas de avaliar o desempenho das agências com a de receber denúncias. O ouvidor é pessoa indicada pelo chefe do Executivo.

Dentro das agências encontra-se, ainda, uma composição mista de representantes do Senado, da Câmara dos Deputados, do Poder Executivo, das prestadoras dos serviços regulados, de entidades que representam os usuários e das que representam a sociedade em geral, que formam os Conselhos Consultivos. Tais órgãos prestam consultas sobre o serviço regulado, fiscalizam e analisam relatórios e propostas voltadas à atuação do Conselho Diretor, emitem opiniões sobre projetos criados pelas agências.

A proliferação de Agências Reguladoras no direito brasileiro vem ocorrendo não somente no âmbito federal, mas também a nível estadual. Nos estados-membros os programas de desestatização têm influenciado o surgimento dessas autarquias reguladoras, porém com a diferença de não serem dotadas de poder concedente e de não necessariamente deverem possuir especialização específica para determinado ramo, como as agências federais, pois possuem competência para regular diversas áreas, ou seja, são multissetoriais. Nada impede, entretanto, que elas possuam funções específicas em relação aos serviços delegados pelo estado-membro.⁷

Caso a regulação estadual se volte a serviços regulados por agências federais faz-se necessário a realização de convênio com estas últimas para receberem tal competência.

2.3 O Caráter Autárquico Especial

⁷ Atualmente alguns estados optaram pela criação de um único órgão regulador, abrangendo uma pluralidade de áreas de atuação. São os casos do Rio de Janeiro que possui a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro (ASEP-RJ) criada pela Lei estadual 2.686, de 13.12.97; o Ceará instituiu pela Lei estadual 12.786, de 30.12.97 a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (ARCE), uma autarquia especial vinculada à Procuradoria-Geral do respectivo Estado; no Estado do Rio Grande do Sul, foi criada pela Lei estadual 10.931, de 9.01.97, a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS) etc. Já em outros Estados, como São Paulo (LC estadual 833/97, que instituiu a Comissão de Serviços Públicos de Energia — CSPE) e Bahia (Lei estadual nº 7.314, de 19.05.98, Lei estadual nº 7.314, de 19.05.98, criou a Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transporte e Comunicações da Bahia — AGERBA) fez-se a opção por agências especializadas, no âmbito de cada um dos setores dos serviços concedidos, a exemplo do modelo federal.

A criação de autarquias sob regime especial se desenvolveu pela necessidade de evitar o engessamento das autarquias durante a execução de suas atividades, decorrente da substituição, ao longo do tempo, do seu controle de resultados (finalísticos) pelo controle dos meios de sua atuação (como admissão de funcionários, folha salarial, licitação etc), como forma de se evitar abusos. Assim, a lei passou a criar autarquias, conferindo-lhes, ao mesmo tempo, maiores privilégios do que as demais, o que ampliou a autonomia desses entes descentralizados e os possibilitou cumprir suas finalidades de forma adequada.

Autarquia em regime especial é toda aquela a quem a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertencentes a essas entidades de personalidade pública.(MEIRELLES, 2000:315)

Lembra o professor Paulo Modesto (2001, p.02) que a expressão "autarquia especial" foi empregado pela primeira vez na Lei nº 5.540/68 como forma de destacar a autonomia administrativa da universidade pública, que tem grau superior à autonomia das demais entidades autárquicas.

As Agências Reguladoras surgem sob a forma de autarquias de regime especial para melhor desempenharem seu papel de sujeitos controladores e fiscalizadores de atividades vitais da economia (energia, telecomunicação, petróleo etc) atuando de forma descentralizada, com maior autonomia administrativa, técnica e financeira.

Ainda seguindo as palavras de Paulo Modesto (2001, p.01), é importante destacar que:

nunca houve um padrão comum para as autarquias especiais e, mais ainda, qualquer espécie de uniformização no interior das diversas variáveis tipológicas de autarquia. É assim também com as agências reguladoras. Estas são definidas como autarquias especiais porque o legislador lhes conferiu, desde o momento da Constituição, um conjunto de garantias em face da Administração Direta suficiente para caracterizar uma particular ampliação da autonomia decisória, administrativa ou financeira dessas entidades em relação às demais autarquias existentes. Porém, não há um padrão obrigatório para as agências reguladoras, como não há para as autarquias em geral, adotando o legislador um critério casuístico na definição do grau de independência de cada agência reguladora.

Assim, o regime especial confere à autarquia características peculiares e decorre de cada lei que a instituir. No caso das Agências Reguladoras, a sua criação derivou da

necessidade do Estado em possuir entes com conhecimento técnico e especialização suficientes à fiscalização e regulação de determinados setores da atividade econômica e serviços públicos que passaram ao exercício de empresas privadas. Por isso, cada lei criadora dessas agências, em regra, disciplina sobre a autonomia dos órgãos reguladores em relação à Administração direta; a estabilidade de seus dirigentes, sem possibilidade de exoneração *ad nutum*; patrimônio e receitas; a escolha de instrumentos de regulação que considerem mais eficientes ao alcance dos seus objetivos etc.

Para Luís Roberto Barroso (2002, p.09),

a instituição de um regime jurídico especial visa a preservar as agências reguladoras de ingerências indevidas, inclusive, sobretudo, por parte do Estado e de seus agentes. Procurou-se demarcar, por esta razão um espaço de legítima discricionariedade, com predomínio de juízos técnico sobre as valorações políticas. Constatada a necessidade de se resguardarem essas autarquias especiais de injunções externas inadequadas, foram-lhes outorgadas autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira.

A autonomia político-administrativa visa manter as decisões das Agências Reguladoras imunes a imposições políticas-partidárias variáveis. Por esse motivo, são garantidos a esses entes nomeação dos dirigentes pelo chefe do Executivo com aprovação pelo Legislativo para o exercício de mandato a termos longos e não coincidentes com o ciclo eleitoral; estabilidade dos dirigentes, só podendo serem destituídos em caso de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar; impossibilidade do ex-dirigente, durante um prazo determinado, a contar o fim do mandato, de prestar serviço ou informações a empresas integrantes do setor regulado pela agência para a qual trabalhava ('quarentena').

Soma-se ainda a este caráter apolítico das agências, a sua independência técnica decisional, ou seja, a predominância do grau de especialização técnica empregada nas decisões desses entes sobre os interesses político-administrativos.

No intuito de evitar a falta de verbas orçamentárias às Agências Reguladoras, já que participam das dotações orçamentárias gerais, essas autarquias especiais são dotadas de fontes de recursos próprios, como a cobrança de taxas de fiscalização e regulação das concessionárias e permissionárias executoras das atividades sob suas égides.

Outro privilégio concedido às Agências Reguladoras é o poder de editar normas referentes às atividades sujeitas a sua regulação, como forma de efetivação de sua autonomia decisória e atuação ágil e especializada.

2.4 A Independência das Agências Reguladoras

A independência conferida às Agências Reguladoras é tema de discussões entre os administrativistas. Primeiramente, alguns doutrinadores preferirem utilizar a expressão 'autonomia' ao termo 'independência', como é o caso de Carlos Ari Sunfeld (2000, p.24), por considerar a segunda expressão um exagero. Embora assim prefira, esse autor orienta que:

garantir a independência é fazer uma afirmação retórica com o objetivo de acentuar o desejo de que a agência seja ente autônomo em relação ao Poder Executivo, que atue de maneira imparcial e não flutue sua orientação de acordo com as oscilações que, por força até do sistema democrático, são próprias desse Poder.

As discussões sobre o assunto se acentuam ainda mais quanto às atribuições conferidas a essas agências, cuja natureza é de funções típicas de Estado (como a de editar normas, fiscalização, aplicar sanções, resolver disputas entre empresas, decidir sobre reclamações dos consumidores, ordenar setores básicos de infra-estrutura econômica etc).

Seguindo a lição de Maria Silvia Zanella Di Pietro (1999, p.131), essa independência ocorre porque as agências,

em relação ao Legislativo, dispõem de função normativa, que justifica o nome de órgão regulador ou agência reguladora; em relação ao Poder Executivo, porque suas normas e decisões não podem ser atuadas ou revistas por autoridades estranhas ao próprio órgão; em relação ao Poder Judiciário, porque dispõem de função quase-jurisdicional no sentido de que resolvem, no âmbito das atividades controladas pelas

agências, litígios entre os vários legatários que exercem serviço público mediante concessão, permissão ou autorização e entre estes e os usuários dos serviços públicos.

Entretanto, para a ilustre autora, na realidade, há um relativismo dessa independência, tendo-se em vista os limites que tais agências sofrem perante o princípio da inafastabilidade da apreciação do Judiciário de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV, CF) e à obediência hierárquica dos atos normativos das agências à Constituição e a leis superiores, bem como a sujeição ao controle do Congresso Nacional e pelo Legislativo (arts. 49, X, 70, CF). Acredita-se, assim, que essa independência recai mais sobre o Poder Executivo pelo fato da não haver possibilidade de apreciação e alteração dos atos das agências por esse poder (salvo o controle finalístico exercido pelos seus respectivos Ministérios), além da estabilidade dos dirigentes das Agências Reguladoras.

No tocante à independência em relação ao Poder Executivo, a questão deve ser analisada sob o aspecto da estabilidade dos dirigentes das agências no exercício do cargo e sob as questões relativas à dotação orçamentária. Já quanto à independência das agências em relação aos demais poderes (Judiciário e Legislativo), o assunto deve ser avaliado em relação à função normativa e decisória que elas desempenham, aos quais dedicam-se tópicos específicos, por requisitarem maiores detalhes e discussões.

2.4.1 A estabilidade dos dirigentes

É através da garantia de mandato fixo dos que compõem o Conselho Diretor, cúpula máxima da composição das agências, que muitos justificam a independência das agências face o Executivo, como também é sobre a validade jurídica de tal estabilidade que versam os principais questionamentos entre os estudiosos do assunto.

A escolha dos dirigentes das agências é feita pelo Chefe do Executivo, baseando-se nos critérios de reputação ilibada e notório conhecimento no setor regulado, que os indica ao

Legislativo para sabatina e aprovação. Uma vez nomeados, os dirigentes exercem mandatos por prazo determinado e não coincidentes com o mandato do Presidente da República, não podendo ser exonerados *ad nutum*. Só perderão o cargo mediante processo administrativo ou judicial, por falta grave, ou, ainda, através de extinção da agência que dirigem, pois os mesmos não gozam de direito adquirido ao exercício do cargo para o qual foram nomeados.

Em meio às críticas quanto a essa estabilidade — fundamentadas no argumento de por não haver concurso, o cargo seria de confiança, por isso, possível a demissão *ad nutum* — Cristiano Martins de Carvalho (2001, p.07) salienta para validade do mandato a termo desses dirigentes, uma vez que o art. 37, I, da CF/88 prevê o acesso a cargos públicos de todos que preencham os requisitos da lei.

Se os requisitos legais são a indicação pelo Chefe do Poder Executivo, a aprovação política pelo Poder Legislativo, a reputação ilibada do profissional, e a notória especialização no setor regulado, não poderá haver perda do cargo, salvo nos casos previstos em lei. Outrossim, não se tratam, os dirigentes das agências, de agentes administrativos cuja vigência dos outros incisos do art. 37 da Constituição Federal se impõe, mas sim de agentes políticos que se submetem aos critérios definidos em leis, que limita, por conseguinte, a liberdade do administrador na sua exoneração (CARVALHO, 2001, p.06)

Ademais, o mesmo entendimento se extrai do art.52, III, “f”, da Magna Carta.

Para Carlos Ari Sundfeld (2000, p.25), a estabilidade dos dirigentes é o fator fundamental para garantir a autonomia das agências, uma vez que deixa o mercado a salvo de intempéries políticas, oferecendo maior segurança a investidores estrangeiros quando da compra de ativos estatais.

No mesmo raciocínio, enfatiza Cristiano Martins de Carvalho (2001, p.07):

Tal garantia de mandato é fundamental para assegurar aos dirigentes das agências a autonomia e independência necessária para lhes permitir julgar com imparcialidade, até mesmo contra interesses políticos ou econômicos, o que configura a essência da política regulatória e fortalece a segurança jurídica dos investimentos. Nesse diapasão, as Agências Reguladoras devem ser estruturadas de maneira que, com facilidade, possa adaptar-se às evoluções contínuas do mercado que regula. Seu quadro de funcionários deve ser integrado por poucos servidores altamente qualificados, buscando no mercado, através de contratação de serviços terceirizados, os técnicos necessários para a solução de problemas específicos, podendo manter assim, seu quadro sempre coeso e atualizado.

Contudo, adverte o professor Joaquim B. Barbosa Gomes (2003, p.23) que:

não basta conferir estabilidade aos dirigentes de uma agência para que ela automaticamente passe a ser independente. Mesmo nos EUA, onde o Congresso exerce com zelo implacável a atribuição hoje crucial de todo órgão legislativo (a fiscalização e o controle), e em que o sistema de *checks and balances* funciona com razoável eficiência, não são raras as críticas de que as agências, ao invés de atuarem em busca do cumprimento do interesse público, procuram preferencialmente atingir seus próprios interesses e os de *lobbies* eficazmente incrustados e com atuação concertada, tanto nos comitês do Congresso incumbido de supervisioná-las, quanto no âmbito das atividades privadas que lhes incumbe regulamentar e fiscalizar. Noutras palavras, é sério o risco de, ao se retirar as agências do âmbito de influência da Política, submetê-las ao jogo de forças econômicas poderosas.

Na realidade, não se trata da obrigatoriedade em retirar as agências das asas de um determinado poder e sua necessária submissão a outro, nem tão pouco na pretensão em se fazer um discurso ingênuo e romântico de uma total imunidade desses entes reguladores a pressões externas, sejam políticas ou econômicas. Porém, o que se percebe, por meio de um primeiro contato, é a busca, através de tal estabilidade, pelo alcance da mais próxima atuação das agências sem o desvirtuamento de seus principais objetivos em prol de jogatinas eleitoreiras. Já quanto a influências de poderosos econômicos, este é um problema que deve ser evitado com o controle do Judiciário sobre os atos das agências e, também, como pregam alguns, com salários compatíveis com o mercado, para evitar corrupção e atrair bons profissionais.

2.4.2 A autonomia econômico-financeira

No intuito de impedir a sujeição das agências a quaisquer tipos de submissão, garantindo sua autonomia de atuação, a elas foi conferida uma forma de aquisição direta de receitas. Instituiu-se o pagamento pelas prestadoras dos serviços regulados de um valor relativo à fiscalização a ser pago diretamente às Agências Reguladoras para fins únicos de

suas manutenções. Caso as taxas de fiscalização não sejam totalmente utilizadas no exercício em curso, serão reconduzidas às dotações orçamentárias das agências no exercício seguinte.

O valor dessas taxa de regulação, ou fiscalização, é calculado com base no proveito obtido por cada empresa com a concessão ou permissão, sendo pago sem qualquer caráter punitivo.

Quanto à natureza jurídica dessa taxa, muitos entendem se tratar de um tributo, ao passo que outros defendem sua natureza contratual. Quem possui o primeiro entendimento justifica-o pelo fato da importância cobrada ter como base de cálculo a receita auferida pela concessionária — o que seria típico de impostos e imprópria para a fixação de taxas, diante da vedação expressa do § 2º do art. 145 da CF — e adviria do dever de serem ressarcidos os valores gastos pela administração pública na fiscalização da prestação dos serviços concedidos.

A taxa fora instituída por lei cujo fato gerador é o exercício do poder de polícia definido no art.145, II da CF e no art. 78 do Código Tributário Nacional, posto que se trata de prestação pecuniária, compulsória, que não constitui sanção de ato ilícito, instituída por lei e cobrada mediante atividade administrativa vinculada. E assim sendo, seria vedada tal previsão, vez que taxa não pode ter base de cálculo típica de imposto. (MADEIRA, 2001, p.13)

Diferentemente interpreta outra corrente, haja vista essa taxa não ser cobrada em função do serviço público prestado pelo Estado às concessionárias, nem mesmo pelo exercício do poder de polícia, mas sim com o fim de remunerar a fiscalização do cumprimento das normas contratuais.

A taxa de regulação, tem natureza contratual, pois é do contrato de concessão de serviços firmado entre o poder concedente e a concessionária que se origina a cobrança de tal taxa, que é fixada como forma de contrapartida para contratação da concessão. Trata-se de pagamento contratualmente estipulado, para que o controle dos serviços concedidos seja exercido autonomamente, como determina a legislação, o que é de interesse não somente do poder concedente como também do concessionário, pois assegura a mencionada segurança jurídica dos investimentos. (CARVALHO, 2001, p.07)

Como bem lembra o professor José Maria Pinheiro Madeira (2001, p.15), o que se pretende com essa discussão é demonstrar a inconstitucionalidade da taxa de regulação se

entendida como tributo, em face da vedação constitucional de possuírem as taxas base de cálculo própria de impostos (art. 145, §2º, CF), ficando tal celeuma apenas no campo doutrinário, pois o entendimento do STF paira sobre a legitimidade da taxa cobrada pelas Agências Reguladoras.

2.5 Poder Normativo

2.5.1 Poder regulamentar e delegação legislativa

Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p.309) conceitua regulamento como “ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública.” Embora o presente conceito identifique-se com uma das modalidades de regulamento (de execução), dele é possível perceber que o poder regulamentar consiste na atribuição do Executivo em expedir regra geral e abstrata.

Segundo o ilustre administrativista, o regulamento difere da lei por ser de competência do Executivo, ao passo que esta provém do Legislativo; por estar em posição de subordinação em relação àquela e, principalmente, porque a lei inova no ordenamento jurídico, o que não pode acontecer com o regulamento.

As mais conhecidas espécies de regulamento no direito alienígena são os regulamentos autônomos e os regulamentos de execução.

Os regulamentos autônomos ou independentes são atos normativos elaborados pelo Executivo e que criam direito novo, sem vinculação alguma com lei anterior que o preveja.

Origina de previsão constitucional, que dá a este Poder competência normativa própria, sem qualquer interferência do Legislativo.

Por regulamentos de execução, entende-se aqueles que visam explicitar o conteúdo de lei anterior que o reconheça para tornar efetiva a sua aplicação. É a única espécie existente no direito pátrio, que se justifica por haver leis que somente alcançam efetiva aplicação se anteriormente houver uma atuação dos órgãos administrativos. Encontram-se expressamente previstos no art. 84, IV, da Carta vigente, o qual atribui competência ao Presidente da República para “sancionar, promulgar, e fazer publicar leis, bem como expedir decretos e *regulamentos para sua fiel execução*”. (grifou-se).

Como forma de não contrariar os princípios da separação dos Poderes e da reserva legal, fundamentais à manutenção do Estado Democrático de Direito, essa incumbência de expedir regulamentos conferida ao Executivo só foi vista como possível através da criação de uma técnica jurídica denominada delegação legislativa.

Enterría (apud Moreira Neto, 2001) aponta haver diferentes espécies de delegação legislativa.

A primeira seria a delegação receptícia, por meio da qual o Legislativo transfere ao Executivo a função de produzir norma com força de lei, que, uma vez promulgada, esgota tal atribuição, não podendo mais ser revogada ou modificada pelo delegatário. A lei delegada é assumida pelo poder delegante como própria. É o que ocorre no Brasil com as leis delegadas (art. 59, IV, c/c art. 68 e art. 49, da CF).

Há ainda a delegação remissiva, ocorrendo quando a referida transferência é realizada por meio de uma lei, a qual discrimina o quadro a ser normatizado. A norma delegada não possui força de lei, é passível de modificação a qualquer tempo pelo seu expedidor, não podendo inovar no ordenamento jurídico, nem revogar lei anterior. Corresponde à atribuição do poder regulamentar ao Executivo, no direito nacional.

A terceira espécie é a deslegalização, conhecida como a técnica através da qual o poder legiferante retira do domínio da lei, certas matérias a serem regidas por meio de regulamento, não necessitando que a lei de deslegalização trate sobre a matéria da qual o legislador abre mão. Alguns preferem falar em deslegalização na modalidade ampla, em que apenas há a demissão de reger determinada matéria, possibilitando que tanto entes estatais, ou não, a regule por ato próprio; e em deslegalização na modalidade restrita, por meio de que a delegação seria expressa a uma fonte reguladora secundária específica.

2.5.2 A função normativa das agências reguladoras

Na lição de Conrado Hübner Mendes (2000, p.199), distingue-se as Agências Reguladoras dos demais entes por meio de sua competência normativa, ou seja, pelo “poder de produção de normas gerais e abstratas, infralegais que podem ser veiculadas através de regulamentos (e nesse caso se fala em poder regulamentar), resoluções, portarias etc”.

O poder normativo das Agências Reguladoras é o meio pelo qual essas elas estão possibilitados de atuar de forma mais ágil e com carga decisória dotada de autonomia e especialização sobre as atividades a que estão voltadas. Tal função é destinada, na verdade, a implementar as políticas públicas setoriais elaboradas pelos Poderes Executivo e Legislativo.

A função normativa é outorgada às agências nacionais de maneira semelhante àquela conferida às Agências Reguladoras dos Estados Unidos, onde as leis estabelecem parâmetros, conceitos indeterminados, *standards*, que deverão ser observados durante a instituição de normas reguladoras. Esses *standards* são o que se chama por ‘marcos regulatórios’ (princípios, bases e diretrizes vinculadores da organização e atuação das Agências Reguladoras).

Só há previsão constitucional de delegação da função normativa a apenas duas agências (ANATEL e ANP), quando a CF utiliza a expressão “órgão regulador” nos arts. 21, XI, e 177, § 2º, III. Entretanto, a Carta Magna remete à lei a fixação dos parâmetros a serem observados pelas agências quando da fixação de normas, o que significa dizer que tal competência terá fundamento legal se observados os conceitos genéricos traçados pela respectiva lei instituidora. As agências sem atribuição normativa prevista constitucionalmente vêm obtendo essa delegação através de suas leis instituidoras.

A delegação de funções reguladoras às agências sofre algumas limitações. A primeira, presente na realização de qualquer ato normativo, é de caráter extrínseco, qual seja a exigência de que a norma editada pela Agência Reguladora não contrarie lei hierarquicamente superior, sob pena de ser considerada inválida, bem como não poderá se opor a normas de mesma hierarquia normativa. Outra limitação existe, porém de ordem interna, sendo uma ligada a questões formais – como observações a serem tomadas pelas normas instituídas pelas agências quanto a limites procedimentais e temporais – e uma segunda de cunho material, correspondente ao conteúdo substantivo a fazerem-se presentes em tais normas.

É o Legislativo quem lhes atribui essa competência, bem como define previamente os limites de atuação através da fixação dos *standards*. A sujeição das agências a limites claros se faz necessária, para que assim se possa acompanhar o cumprimento dos objetivos definidos para o setor, por meio da exigência de relatórios detalhados e da submissão às comissões específicas do Parlamento, conforme o art. 49, X, CF. Ademais, esse mesmo artigo prevê, no seu inciso V, a possibilidade do Parlamento realizar um controle de constitucionalidade repressivo, sustentando os atos normativos que extrapolem os limites da delegação legislativa.

Para alguns doutrinadores, esse poder está relacionado à necessidade de se regulamentar as condições operacionais de cada setor, ao passo que outros entendem se tratar de um verdadeiro direito regulatório destinado aos objetivos e finalidades do sistema político,

possuindo caráter peculiar, devido à complexidade das matérias reguladas. Porém, para ambas correntes, a capacidade normativa das agências é dotada de legitimidade, pois para o primeiro entendimento, ela não afeta o princípio da separação dos poderes, uma vez que ao Legislativo compete a regulamentação de situações estáveis e duradouras, enquanto que o poder normativo das agências se extrai da função do Executivo em regulamentar situações momentâneas; já, segundo o último raciocínio, a legitimidade decorre dos fins sociais aos quais se dedica o poder normativo das agências.

2.5.2.1 Fundamentação jurídica

É sobre qual seria o fundamento jurídico constitucional para o exercício dessa atividade que recaem as maiores controvérsias travadas entre os estudiosos do assunto: trata-se de uma deslegalização e, se assim o for, isso não afronta o princípio da separação dos poderes? Ou seria uma competência regulamentar, aos moldes do que é exercido pelo Executivo, por meio de uma delegação remissiva? Se o particular sujeita-se ao princípio da legalidade estrita (art. 5º, II, da CF), como as agências podem criar obrigações aos entes regulados por meio de atos normativos como decreto', 'portaria', 'resolução'?

Viu-se anteriormente que é possível a própria lei transferir do Poder Legislativo a competência de legislar para outro ente estatal ou não, por meio do processo de deslegalização (delegificação), não havendo qualquer inconstitucionalidade ou desobediência ao princípio da tripartição dos poderes, uma vez que não consiste propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual confere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria. A fonte de obrigação continua, dessa forma, sendo a lei, pois se ela tem poder para revogar outra lei anterior, pode também reduzir seu grau hierárquico. Assim é tanto, que lei

superveniente contrária ao ato normativo retira-o a eficácia. É essa modalidade de delegação, portanto, segundo alguns, que legitima o poder normativo das Agências Reguladoras.

Para essa primeira linha de argumentação, o fato de o art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ter revogado os dispositivos legais que delegaram ao Poder Executivo competência normativa do Congresso Nacional, não findou a delegação legislativa (em muitos casos encontrada na própria Constituição vigente), porque esse dispositivo se refere apenas aos abusos ditatoriais vigentes até a promulgação da nova Carta Magna. Destarte, “como não foi proibida genericamente, a deslegalização legal será sempre possível no ordenamento constitucional vigente, desde que a Constituição não a proíba expressamente”. (MADEIRA, 2001, p.11).

É com esse argumento que sustentam a possibilidade de lei ordinária conferir função normativa às agências não previstas constitucionalmente, mesmo presente a regra de se interpretar restritivamente as hipóteses normativas de atribuição de poderes legislativos ao Executivo, pois se não há vedação proclamada e específica na Lei Maior, proibir lei ordinária de conferir tal delegação seria o mesmo que interferir na competência do Poder Legislativo.

Porém, essa explicação recebe críticas por esquecer o princípio de que a Administração Pública só pode agir quando houver lei autorizando, diferentemente da regra destinada ao particular de que o que não é por lei proibido é permitido

Há ainda quem defenda esse poder normativo como decorrente de delegação, porém não uma delegação legislativa, mas um efeito do princípio da eficiência que fundamenta a existência das Agências Reguladoras, ou seja, uma delegação instrumental, através do qual se dá concretude a esse princípio. O presente argumento, contudo, sofre certa impugnação pelo fato de explicar mais uma competência regulamentar das agências (fazendo-se uso de razões extrajurídicas) do que uma poder normativo como resultado de delegação.

Outra corrente entende a função normativa das agências como uma competência regulamentar por inexistir, no direito brasileiro, delegação de poderes legislativos, além das expressamente previstas constitucionalmente, quais sejam a medida provisória e a lei delegada. As agências possuem poder regulamentar de caráter normativo. Contudo, não se trata de regulamento de execução, cuja competência é exclusiva do Poder Executivo (art. 84, IV, CF), tampouco de regulamento autônomo, pois, dessa forma, colocar-se-ia por terra a atuação vinculada da Administração Pública e ao sistema de freios e contrapesos entre os poderes. Peca por não explicar que tipo de poder regulamentar seria esse.

Mesmo inexistindo unanimidade no assunto, a posição majoritária pende para o entendimento de que a função normativa das agências decorre da competência regulatória do Poder Executivo, mediante atribuição do Legislativo. Ou como prefere Sebastião B. de Barros Tojal (2002), essa atribuição possui natureza de ‘atos administrativos de regulação’, cuja legalidade está condicionada à perseguição dos *standards* fixados pelo poder legiferante.

Registre-se, ainda, que as agências possuem poder regulador e não poder regulamentar, como alguns se confundem,

pois cria dentro de padrões pré-fixados (*standards*) pela a lei originária, uma normatização que ‘inova no ordenamento’ visto que não visa explicitar a lei ou lhe dar executabilidade como deve fazer o regulamento propriamente dito, mas sim direcionar a execução dos serviços públicos prestados ou resolver conflitos através de norma infralegal advinda da necessidade setorial concreta e inédita. (MADEIRA, 2001, p.11)

Ademais, conforme o ensinamento de Maria Silvia Zanella Di Pietro (1999, p.135), o poder regulamentar é exclusivo do Executivo, enquanto que a regulação envolve sentido mais amplo, extensivo tanto à Administração direta como à indireta. A regulamentação é estática, enquanto que a regulação é dinâmica, pois implica e uma liberdade maior para edição de normas do que o simples complemento de lei.

O poder normativo conferido às Agências Reguladoras, através dessa espécie de delegação, possibilita uma atuação de forma mais especializada e célere que o processo

legislativo, fundamentais a uma gestão cada vez mais eficaz e de cunho exclusivamente técnico.

Sobre isso, faz-se necessário reproduzir as palavras de Alexandre Vitorino Silva (2002, p. 09) que lembra o fato de muitos se basearem “sobretudo no caráter de especialização para justificar a autonomia normativa conferida às agências como própria, essencial ao direito regulatório”, citando como exemplo a lição de Sebastião Botto de Barros Tojal (apud Silva, 2002) ao afirmar que:

especialmente no campo de direito econômico, expressão do poder normativo das Agências Reguladoras, é absolutamente imperativo reconhecer que as suas normas típicas não se conformam aos modelos clássicos de um direito concebido à luz de paradigmas estatutários, informados por princípios como certeza e segurança jurídicas, já que é inerente a esse processo de rematerialização da racionalidade legal o particularismo, a legitimidade determinada pela observância de critérios fundados numa ética de convicção, a partir da qual os fins acabam definindo os meios necessários para a sua consecução, tudo frise-se, perfeitamente em consonância com os novos desígnios constitucionais.

2.5.2.2 O déficit democrático

A competência normativa dos órgãos reguladores sofre ainda maiores discussões quanto a sua legitimidade democrática. Não são os representantes do Executivo ou do Legislativo (pessoas escolhidas pelo povo para representá-lo durante a escolha das decisões à condução do país) que decidem sobre a regulação econômica, mas, sim, as Agências Reguladoras, centros de poder cujos integrantes não são submetidos a qualquer aprovação popular, executam de funções de natureza técnica e gozam de uma certa autonomia em relação aos poderes existentes. Esses fatores, segundo Luís Roberto Barroso (2002), desperta uma discussão a cerca da legitimidade política das agências no desempenho de suas competências, principalmente no referente ao poder normativo.

Na visão desse professor, existem alguns aspectos apontados pela doutrina que contribuem para neutralizar as conseqüências desse *déficit democrático*:

o Legislativo conserva o poder de criar e extinguir as agências, bem como instituir as competências que desempenharão; o Executivo, por sua vez, exerce o poder de nomeação dos dirigentes, bem como o de traçar as políticas públicas para o setor específico; o Judiciário exerce controle sobre a razoabilidade e sobre a observância do devido processo legal, relativamente às decisões das agências. (BARROSO, 2002, p.07)

Conrado Hübner Mendes (2000, p.131-132) é preciso ao afirmar que:

Identificamos no interior do processo decisório das agências ao menos três tipos de interesses em jogo: o interesse do próprio Estado, o interesse das empresas concessionárias e o interesse dos usuários. Desvelar qual destes é atendido numa decisão concreta da agência é de fundamental importância para não nos curvamos à enunciação de um interesse público genérico. Terá legitimidade democrática, portanto, a agência que der canais de representação a cada um destes interesses... Não há o 'regime democrático'. Há aqueles que se aproximam em maior ou menor grau da hipótese ideal de Democracia. As Agências Reguladoras se aproximam ou se distanciam deste modelo ideal? Até onde a retórica não tem manipulado nossa já limitada consciência? Existe algum mecanismo de participação popular (no sentido de efetivamente ter peso na decisão, e não de dar meras opiniões provindas dos portadores de boa vontade cívica)? Notamos que a esfera da relação com maior carência de representatividade é, definitivamente, a parcela dos usuários. A participação destes, ressalte-se, é extremamente dificultosa, eis que são leigos nos assuntos eminentemente técnicos postos na pauta decisória da agência. Para que emitam sua opinião, ao contrário dos concessionários, que possuem toda a capacitação técnica e o poder de barganha econômico para discutir, são necessárias traduções que demonstrem a essência dos problemas postos na mesa.

O comentário do autor sobre o tema se atenta à forma, à procedimentalização do agir das agências, em oposição ao argumento (simplificador, na visão do mesmo), de que a legitimidade democrática encontra-se meramente no fato dos dirigentes serem nomeados pelo Presidente da República, esse sim, eleito por voto popular.

2.6 Poder de Dirimir Conflitos e Revisão Judicial

Às Agências Reguladoras é atribuído, ao lado das competências de fiscalização e de normatização, o poder de decisão, dirimindo conflitos oriundos da regulação existentes entre as concessionárias, entre estas e consumidores e entre estes e o Estado. Funcionam como última instância administrativa. Mas, diante do sistema adotado em nosso país ser o da jurisdição una, decorrente do imperativo princípio constitucional da inafastabilidade da

apreciação do Judiciário a lesão ou ameaça de lesão a direito, não há mais que se questionar sobre possibilidade das decisões das agências serem submetidas à apreciação judicial.

Quando chamadas a resolverem conflitos em que uma das partes é o poder concedente, instaura-se um verdadeiro contencioso administrativo, passível de recurso ao Judiciário; funciona como árbitro, quando a controvérsia se estabelecer entre as prestadoras de serviço ou entre essas empresas e usuários. Nesse último caso, embora inquestionável a possibilidade de revisão judicial de tais decisões, ela se resume, segundo a doutrina convencional, a aspectos de legalidade, sem se adentrar no mérito da causa.

Marcos Juruena Villela, transcrito por José Maria Pinheiro Madeira (2001, p.11), chega a afirmar que:

Essa submissão das decisões das Agências Reguladoras ao magistrado diminui-lhes a força e a eficácia de agilizar o procedimento, soluciona-los através de intervenção de técnicos habilitados e reduzir os custos do contencioso. O ideal é introduzir a limitação da Lei nº 9.307 (que regula arbitragem), somente admitindo o questionamento jurisdicional se houver vícios formais na decisão, respeitadas as situações em que há direitos indisponíveis de estado.

Esse pensamento, consoante Luis Roberto Barroso (2002, p.13), tem sofrido exceções importantes diante do direito moderno, especialmente perante princípios importantes como da razoabilidade, da moralidade, da eficiência e da dignidade da pessoa humana, que acabam por desaguar, por fim, no exame do mérito da decisão.

Da mesma forma é a opinião de José Maria Pinheiro Madeira (2001, p.12), para quem é possível as agências reunirem em si as tarefas de edição, fiscalização e julgamento dos próprios atos, em face da necessidade de um órgão que atue de forma mais célere e eficaz perante a prestação de serviço público. No entanto, retirar o poder de apreciação judicial sobre esses atos administrativos, seria constituir um poder tirano, incompatível com o ordenamento jurídico vigente. Assim descreve:

O que a lei visa possibilitar é uma forma mais rápida de resolver conflitos, mas não tirar de ninguém a possibilidade de discutir essa causa em juízo se alguma das partes se sentir lesada. Se a regulação no que tange a resolução de conflitos for eficiente,

havendo concessões mútuas com objetivo de um fim comum, qual seja, a melhor prestação do serviço, não há porque se preocupar com a ida ao Judiciário, pois as partes não o procurarão. Contudo, se a mediação não for feita de forma adequada, a busca do Judiciário é imperativa. Assim, se houver uma boa atuação das agências reguladoras na resolução de conflitos e na edição de normas, o Judiciário não assusta, entretanto, se essa atuação não se der de forma eficaz e adequada o Judiciário é imprescindível para a manutenção do Estado de Direito.

Quem advoga a não intromissão da revisão judicial ao mérito das decisões das Agências Reguladoras, fundamenta-se no argumento de que o poder desses entes de dirimir conflitos é revestido de discricionariedade técnica, não admitindo, dessa maneira, a ingerência do controle judicial propriamente dito, ficando este limitado apenas ao crivo da legalidade.

Em divergência a essa posição há quem sustente a necessidade de apreciação do mérito desses atos decisórios, devendo o controle judicial se operar diferentemente ao controle dos atos discricionários em geral, pois se deve levar conta, ainda com maior relevo, os princípios constitucionais (art. 37, “caput”, CF), os princípios e objetivos descritos nas leis instituidoras, além das disposições de seus atos normativos, ou seja, princípios de textura mais aberta (razoabilidade, proporcionalidade, continuidade dos serviços públicos, supremacia do interesse público, defesa dos consumidores etc.), que exigem a motivação de seus atos, levando a um controle muito mais de legitimidade do que de legalidade em sentido estrito.

A única unanimidade nesse ponto é somente quanto a não aceitação de qualquer argumento que procure afastar a revisão judicial das soluções encontradas pelas agências durante sua função decisória, bem como qualquer outro ato desses órgãos, não deve ser aceita diante do princípio constitucional presente no art.5º, XXXV, sob pena de colocar por terra, antes de mais nada, o ordenamento jurídico como um todo. O dissenso reside apenas ao âmbito de incidência de tal apreciação.

2.7 Agências Reguladoras e a Fixação e Revisão de Tarifas

A existência de Agências Reguladoras na atual estrutura estatal se fundamenta na necessidade de fiscalização do cumprimento dos contratos de delegação do serviço, na determinação de normas que regulem a atividade prestada e na atuação como árbitros na solução de questões surgidas durante a concessão. No exercício da atividade regulatória, as agências devem, além de fiscalizar a qualidade dos serviços e o atendimento de metas de expansão, repassar aos consumidores, através da redução de tarifas, parte dos benefícios oriundos da redução de custos decorrentes de avanços tecnológicos ou administrativos.

A regulação econômica trata justamente da fixação e revisão de tarifas, devendo atender o requisito da modicidade.

O reajuste tarifário sempre causa grandes polêmicas, pois recaem sobre o que as empresas prestadoras dos serviços e os consumidores menos querem fazer: reduzirem seus caixas; além de, em alguns casos, ir contra a política econômica de governo. Daí a importância do papel das Agências Reguladoras quando se tratar de ajuste tarifário, para que se chegue a um equilíbrio, uma vez que as posições se divergem entre exigências do governo, interesses dos consumidores e os custos necessários ao desempenho de certa atividade ou prestação de serviço público por parte dos particulares.

A situação brasileira na década de 80 foi marcada por forte inflação e os atrasos dos ajustes tarifários (vistos como forma de se diminuir os efeitos desta sobre a população) tiveram como resultado a deteriorização dos serviços e sua incapacidade de se expandir em ritmo mais acelerado.

É através do pagamento de preços ou tarifas que os usuários da atividade oferecida reembolsam às prestadoras o custo dos serviços prestados.

A regulação em matéria de tarifas pode se apresentar de diferentes formas, dependendo da política estatal estabelecida em lei, havendo possibilidade, inclusive, de o serviço se sujeitar à liberdade tarifária (ou seja, os serviços serem determinados pelos

prestadores com base, dentre outros critérios, na competição e no comportamento da economia), não existindo, entretanto, qualquer impedimento constitucional. Dessa forma, a lei especificará a política tarifária adotada para regulação estatal dos preços das atividades públicas exploradas por particulares, podendo se dar sob as modalidades de controle mínimo, onde há apenas um acompanhamento da evolução dos preços ou de controle máximo, em que a fixação do valor da tarifa é feita pelo ente estatal, conforme lei ou regulamento (art. 175, parágrafo único, III, CF), através do qual é possível a “imposição de redução compulsória de tarifas por meio da contenção de seu reajustamento, o que sempre será feito com a preservação do equilíbrio da relação (mediante pagamento de indenização pelo concedente ou diminuição das obrigações do concessionário, por exemplo)”. (SUNDFELD, 2000, p.322)

Conforme estabelece o art. 9º da Lei nº 8.987/95, o valor da tarifa inicial é fixado pela delegatária ainda na fase de licitação, segundo critérios previstos legalmente (menor tarifa, maior oferta pela a outorga, melhor qualidade dos serviços etc.), devendo ser corrigido de acordo com os termos definidos no contrato e no edital. Ademais, ocorrendo desequilíbrio econômico e financeiro, deve a Agência Reguladora autorizar a revisão dos valores das tarifas, que precisa ser feita através de mecanismos previstos nos contratos. Inclusive, quando o rompimento do equilíbrio da equação econômica decorrer da alteração unilateral do contrato por parte do poder concedente, o valor da tarifa deverá ser majorado até o limite necessário ao equilíbrio.

Urge destacar os exemplos de regulação tarifária na prestação dos serviços de telefonia, onde existem dois regimes (público e privado).

No caso dos serviços prestados em regime público, as tarifas serão fixadas no contrato de concessão (consoante edital ou proposta apresentada na licitação), ou fixadas pela agência (constando do contrato de concessão nos casos de outorga sem licitação). Há ainda previsão de submeter a concessionária ao regime de liberdade tarifária, depois de decorridos três anos

da celebração do contrato, caso exista ampla e efetiva competição entre as prestadoras. Essa liberdade será, contudo, extinta se houver aumento arbitrário dos lucros ou práticas prejudiciais à competição. Já nos casos de redução ou o desconto de tarifas, não será permitido o reajuste pela agência.

Nas situações em que os serviços são prestados sob o regime privado, o princípio existente é o da liberdade na fixação dos preços, existindo controle apenas quanto às práticas prejudiciais à competição e ao abuso do poder econômico. Percebe-se, assim, que nos serviços de telecomunicações em regime público há apenas uma tendência à liberalização dos preços, enquanto que nos prestados em regime privado não há uma sujeição ao sistema tarifário nacional, mas sim, uma verdadeira liberdade tarifária. A única ressalva neste último caso é quanto ao Serviço Móvel Celular em que haja limitação ao número de prestadoras, em razão da radiofrequência ser recurso escasso e o valor da tarifa for elemento de decisão na licitação, pois nesta hipótese o vencedor fica vinculado àquele preço determinado.

Carlos Ari Sundfeld (2000, p.325) justifica a ausência de intervencionismo estatal nos serviços prestados sob este último regime, para a imposição de redução dos preços e obtenção da razoabilidade na fixação dos mesmos, pelo fato de o meio legalmente previsto para tanto ser a implantação e ampliação da competição entre as prestadoras.(art 6º da LGT). Esse autor faz ainda a ressalva de que a expressão ‘modicidade de tarifas’ é inaplicável às telecomunicações, restringindo-se aos casos regidos pela Lei de Concessões, a qual não se aplica a esse setor, conforme o art. 210 da Lei Geral de Telecomunicações (LGT). Ademais o art. 2º, I, dessa lei prevê que “o Poder Público tem o dever de garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços *razoáveis*, em condições adequadas” (destacou-se). Para o autor, “aqui não se trata de exigir que os preços sejam baixos (módicos), mas justos e compatíveis com os serviços (*razoáveis*)”.

2.8 Agências Reguladoras e Licitações

Outra atribuição conferida às Agências Reguladoras é a de realizar concessões aos interessados em investirem nas atividades por elas reguladas. Para celebrar tais contratos ou para quaisquer outras espécies de contratação, como a de bens e serviços, esses entes reguladores devem obedecer à regra de que os contratos realizados pela Administração Direta e Indireta, bem como as concessões e permissões de serviços públicos se subordinam a processo licitatório prévio (arts. 37, XXI, art. 175, da CF), no intuito de se alcançar um negócio mais vantajoso e garantir igualdade de oportunidades aos disputantes.

Todavia, as licitações realizadas pelas agências fogem às normas gerais de licitação e contrato previstas na Lei nº 8.666/93, obrigatórias em todo o país, e aos dispositivos peculiares trazidos pelas leis de concessões, Lei nº 8.987/95 e Lei nº 9.074/95.

No caso da ANATEL, a Lei Geral de Telecomunicações (LGT — Lei nº 9.472/97), foi expressa, em seu artigo 210, em afastar a aplicação das mencionadas leis — salvo na contratação de obras de bens e serviços de engenharia civil, que se submete à Lei nº 8.666/93 — ficando sujeita apenas a procedimentos de contratação estabelecidos pela própria agência, nas modalidades de consulta e pregão, disciplinados por ela mesma.⁸

O pregão seria a modalidade licitatória adotada quando houver disputa pelo fornecimento de bens e serviços comuns⁹ (os interessados devem estar previamente cadastrados) ou quando esses bens e serviços sejam de alto valor, quando o número de cadastrados for inferior a cinco ou se for para registro de preços ou, ainda, quando decorrente de decisão do Conselho Diretor (nesses casos, o pregão é aberto a quaisquer interessados).

⁸ Art. 54. A contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública. Parágrafo único. Para os casos não previstos no *caput*, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão.

Art. 55. A consulta e o pregão serão disciplinados pela Agência, observadas as disposições desta Lei (...)

⁹ Bens e serviços comuns, segundo a MP 2.108-9, de 27/10/2000, art. 1º, §1º, são “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente ser definidos pelo o edital, por meio de especificações usuais no mercado”

O fornecimento de outros bens e serviços que não se encontrarem nesse rol deve ser feito mediante consulta. A referida modalidade sofre certa crítica pela doutrina por não se saber até o momento realmente como é realizada.

Igualmente à ANATEL ocorre com a ANP, onde as licitações para concessão de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural obedecerão à lei criadora desse órgão, à regulamentação expedida pela agência e ao respectivo edital.

A Lei nº 9.427/96 (art. 23), que instituiu a ANEEL, não afastou a aplicação das leis de concessão e da Lei Geral de Licitação, mas trouxe em seu bojo disposições que alteram alguns dispositivos dessas normas, como a que prevê os casos de dispensa de licitação (art. 25 da Lei nº 8.666/93).

No caso da ANTT e da ANTAQ as licitações para concessão de exploração de infraestrutura, precedidas ou não de obra pública, ou para prestação de serviços de transporte ferroviário associado à exploração de infra-estrutura e as permissões para prestação regular de serviços de transporte de passageiros serão, também, disciplinadas em regulamento próprio e pelo respectivo edital (arts. 34-A e 38 da Lei 10.233/2001).

Na realidade, o art. 37 da Lei 9.986/2000 estendeu a todas as agências o disposto na lei da ANATEL sobre licitação, incluindo as modalidades “pregão” e “consulta”.

Tendo em vista que a própria Lei Geral de Licitações, lei nacional, prevê sua aplicabilidade a todos os Poderes e entes da Administração direta e indireta da União, Estados e Municípios, algumas críticas se têm feito pela doutrina à exceção das agências à referida lei.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p. 138), por exemplo, faz o seguinte comentário:

Sabendo-se, como se sabe, que a legislação de licitação é instrumento prestante para coibir favoritismos e corrupção nas licitações, em benefício de uma escolha respeitosa da isonomia e preordenada a obter o melhor negócio para o contratante governamental, entregar a disciplina delas ao próprio Poder Executivo ou às entidades que as vão realizar, como previsto tanto para a lei da ANATEL quanto na da ANP, é praticamente escancarar as portas para que sejam reguladas em termos propiciatórios de tudo aquilo a que se quer obstar e é, em suma, *contravir a própria razão do art. 37, XXI, da Constituição Federal, o qual, desenganadamente,*

pressupõe lei, e não atos administrativos regentes de licitação. Tais disposições são, pois, manifestamente inconstitucionais. (grifos do autor)

Embora as licitações e contratações fiquem a cargo das agências, pela lei da ANATEL (art. 211), a outorga dos serviços de radiodifusão sonora de sons e imagens é de competência do Poder Executivo.

Outra situação que se conluiava às exceções do presente tema e que causa estranheza nos especialistas refere-se ao tratamento diferenciado dado à PETROBRAS para a aquisição de bens e serviços, o qual é precedido de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto pelo Presidente da República. (art. 67 da lei da ANP).

2.9 Agências Reguladoras na Defesa da Ordem Econômica

O § 4º do art. 173 da CF prevê: “a lei reprimirá o abuso do poder econômico¹⁰ que vise a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência¹¹ e o aumento arbitrário dos lucros”. Em atendimento ao presente preceito constitucional, foi editada a Lei 8.884 de 11 de junho de 1994, a Lei Antitruste, que dispõe sobre prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica (dentre as quais estão o monopólio, o oligopólio, o cartel etc). Ela objetiva dar concretude aos princípios constitucionais de liberdade de iniciativa, de livre concorrência, da função social da propriedade e da defesa dos consumidores. Saliente-se que essa lei não

¹⁰ Sérgio Varella Bruna (1997, p.177) conceitua o abuso do poder econômico como “o exercício, por parte de titular de posição dominante, de atividade empresarial contrariamente a sua função social, de forma a proporcionar-lhe, mediante restrição à liberdade de iniciativa e à livre concorrência, apropriação (efetiva ou potencial) de parcela da renda social superior àquela que legitimamente lhe caberia em regime de normalidade concorrencial”. Só exerce abuso quem ocupa posição dominante, ou como prefere a Lei nº 8884/94, quem “controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.” (§ 2º, art. 20). Há presunção na lei de que esse controle pode ocorrer quando a participação de uma determinada empresa no mercado seja de 20% (vinte por cento).

¹¹ Sob o ponto de vista econômico, concorrência corresponde à disputa entre as empresas existentes no mercado, na busca de alcance do melhor êxito econômico. A competitividade impulsiona as empresas a viverem em constante inovação tecnológica e a procura de meios que levem à redução de seus custos e, conseqüentemente, na atração dos consumidores por oferecer-lhes condições mais favoráveis.

veicula matéria penal relativa à concorrência e à ordem econômica, regulada, por sua vez, pela Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE - criado pela Lei nº 4137, de 10 de setembro de 1962, foi transformado, através da Lei Antitruste, em autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça. Consiste a esse Conselho apurar e reprimir o abuso do poder econômico em todo o território nacional. Assim, cabe ao CADE, dentre outras atribuições, zelar pelo cumprimento da Lei nº 8.884/94 e do regulamento desta, assim como do regimento interno do próprio Conselho, ditando normas reguladoras do processo administrativo e judicial, tendentes a apurar infrações, além de aplicar as sanções cabíveis em cada caso, bem como disciplinar o exercício de um autêntico poder de polícia sobre a economia.

Urge considerar que a lei antitruste não trata apenas de reprimir condutas lesivas à livre concorrência, mas, também, prevenir a formação de estruturas de mercado anticompetitivas. Dessa forma, operações como fusão, incorporação, aquisição, formação de grupo de empresa, entre outras, necessitam de aprovação da autoridade antitruste competente, ou seja, devem ser submetidas à apreciação do CADE.

Tendo em vista a necessidade de preservação da concorrência em todo o setor econômico, é importante lembrar, ainda, que os agentes atuantes em setores privatizados, como os de prestação de serviço de telecomunicações, energia elétrica e exploração de petróleo, também se encontram sujeitos às regras ditas pela Lei nº 8884/94. Ademais, como bem lembra Ana Maria Oliveira Nusdeo (2000, p.160):

Privatização, assim, relaciona-se não apenas à transmissão da titularidade de concessões, permissões e autorizações para a exploração de certos serviços e atividades de pessoas de Direito Público para as de Direito Privado, mas também à criação de um ambiente de mercado e de concorrência nos serviços privatizados.

As agências ANATEL, ANP e ANEEL são incumbidas, portanto, de realizarem, além de suas funções de regulação e fiscalização, a implementação e manutenção da livre

concorrência e preservar os princípios que orientam a ordem econômica brasileira nesses setores privatizados, porém, respeitando sempre as competências próprias do CADE e dos outros órgãos do sistema nacional de defesa da ordem econômica, como a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), vinculadas, respectivamente, aos Ministérios da Justiça e da Fazenda.

Registre-se, todavia, que ao exercitarem esse dever, os órgãos reguladores diferenciam-se quanto ao grau de atuação. A ANP¹², por exemplo, ao constatar fatos que configurem ou possam configurar infração à ordem econômica, deverá comunicar ao CADE, não tendo ela competência investigatória própria, ao contrário do que ocorre com a ANATEL¹³.

¹² Lei nº 9.478/97. Art. 10. Quando, no exercício de suas atribuições, a ANP tomar conhecimento de fato que possa configurar indício de infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade e à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, para que estes adotem as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente.

¹³ Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: (...) XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

CAPÍTULO 3

AS PROPOSTAS DE MUDANÇAS NA ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

3.1 O Início da Discussão

Nos primeiros meses da administração de Luís Inácio Lula da Silva, todo o país presenciou pelos noticiários o comentário do presidente a respeito das Agências Reguladoras, que ficou registrado pela tão repetida frase “terceirizaram o poder político do Brasil” (conseqüência do amplo poder conferido pelo governo anterior às agencias) e de que o governo não deve ser o último a ter conhecimento do aumento de derivados do petróleo e das tarifas telefônicas, decididos no âmbito das agências, alegando só saber dos mesmos através do telefone e pelos jornais. A liberdade das Agências Reguladoras quanto ao reajuste tarifário, independente da política macroeconômica do Ministério da Fazenda, passou a ser motivo de preocupação para o governo, uma vez que refletem nos índices dos preços e nas taxas de juros, além de terem, nos últimos anos, superado as taxas de inflação. E é justamente a taxa de juros o instrumento utilizado por aquele Ministério para manter a estabilidade da moeda.

A partir daí, alguns políticos, chegaram a comentar, inclusive, que o governo perdeu para as agências a capacidade de regulamentar e administrar setores importantes da economia; outros não se conformam com o fato de parlamentares poderem convocar ministros, mas não para convocar presidentes desses entes, o que demonstra, segundo os mesmos, excesso de autonomia das agências e abusos no desempenho suas funções¹⁴. Abriu-se, assim, a discussão sobre a revisão do papel das Agências Reguladoras e os necessários aperfeiçoamentos, já

¹⁴ LULA critica agências reguladoras e diz que só sabe de aumentos pelos jornais. Brasília, mar.2003. Disponível em: <<http://www.abrage.com.br>> Acesso em: 11 abr. 2003.

proposta no plano de governo apresentado antes das eleições, e também na relação delas com os seus Ministérios.

Um projeto de lei foi apresentado pela deputada petista, Telma de Sousa, propondo que o próprio governo defina os critérios para o cálculo das tarifas; o fim da estabilidade do mandato dos seus dirigentes e a coincidência entre o mandato destes e o do Presidente da República. Outras propostas também existem, como é o caso daquele elaborado pelo senador Arthur Virgílio (PSDB-AM), que prevê a sujeição das agências à fiscalização do Congresso Nacional.

Segundo noticiário veiculado no *site da tribuna*¹⁵, num primeiro momento, o Presidente Lula pretende, como principais mudanças, limitar as atividades das agências à regulação e fiscalização dos setores, além de reduzir quaisquer iniciativas que possam ser caracterizadas como de planejamento. Veiculou-se ainda, na imprensa, a possibilidade de se pôr a votação uma Lei Geral das Agências, sujeitando todas as Agências Reguladoras às mesmas normas, dentre as quais a que determina a obrigação de prestarem contas regularmente ao Congresso, e a criação de um mecanismo de avaliação periódica das agências a cada seis meses. É o que, segundo o presidente do PT, José Genoíno, o que se busca é dar a esses entes reguladores uma “autonomia regulada”.¹⁶

Quanto à ANATEL o então ministro das Comunicações, Miro Teixeira, em março de 2003, criticou-a por criar termos de contrato de concessão, que vigorará por 20 (vinte) anos a partir de 2006, competência essa que não se enquadra dentre aquelas previstas pela Lei Geral das Telecomunicações, quais sejam, a de regulamentar e fiscalizar. O ministro mostrou-se

¹⁵ LULA afirma que fica sabendo do aumento das tarifas pelos jornais. Presidente defende revisão no papel das agências reguladoras. Fevereiro 2003. Disponível em: <<http://tribuna.inf.br>> Acesso em: 11 abr. 2003.

¹⁶ GOVERNO Lula quer alterar funcionamento de agencias, diz Genoíno. São Paulo, 10 abril 2003. Disponível em: <<http://www.folhaonline.com.br>> Acesso em: 11 abr.2003.

ainda preocupado com a falta de competição no mercado de telefonia fixa, apontando que o funcionamento da ANATEL, segundo o mesmo, “não é satisfatório”¹⁷.

As discussões relativas ao tema ficaram mais calorosas devido a um anúncio divulgado em nota oficial pela ANP, em 11 de março de 2003, sobre a descoberta de petróleo na costa de Sergipe pela Petrobrás. Segundo o comunicado, a estimativa preliminar do volume potencial de óleo descoberto nos poços daquele lugar era de 1,9 bilhões de barril, o que foi contestado pela estatal (Petrobrás), que afirma ter tido essa previsão, porém antes do anúncio emitido pela ANP, todavia, perfurações se concretizaram frustrando as expectativas iniciais de volume, tendo sido a agência notificada sobre esse resultado em 14 de janeiro; e, em 6 de março, foi científica, também, da segunda perfuração naquela área com suas respectivas avaliações probabilísticas e expectativas de volume de óleo. Essa última previsão, contudo, não foi citada pela Petrobrás em sua nota.

Independente de com quem esteja a razão, ou seja, se houve ou não exagero por parte da ANP sobre a capacidade de produção de petróleo nos poços de Sergipe, o certo é que a consequência prática de toda essa confusão, segundo o *site da Primeira Leitura*¹⁸, é de que “a nota da ANP provocou uma alta nas ações da estatal”, devendo a Comissão de Valores Mobiliários (CMV) apurar a necessidade de uma investigação sobre ocorrência de manipulação do preço das ações no mesmo dia em que foi publicada a nota pela ANP. Segundo a revista citada, as críticas feitas pelo assessores do Ministério de Minas e Energia e parlamentares do partido do presidente ao diretor-presidente dessa agência quanto à nota veiculada, tem como propósito suscitar a possibilidade de se extinguir a estabilidade dos mandatos dos dirigentes das Agências Reguladoras e revisão da forma de nomeação dos mesmos, contestando o art. 5º da Lei 9.986/2000.

¹⁷ MINISTÉRIO submeterá a Lula contratos de telefonia fixa. 14 março 2003. Disponível em: <<http://www.br.news.yahoo>> Acesso em: 03 mai. 2003)

¹⁸ ATAQUE generalizado à ANP. Edição 789. 12 mar 2003. Disponível em: <<http://www.primeiralitura.com.br>>. Acesso em: 03 ago. 2003.

Com todos esses fatos, foi conferida à Casa Civil a tarefa de se fazer um diagnóstico e apresentar sobre o funcionamento das Agências Reguladoras no Brasil e de elaborar proposta de reestruturação das mesmas.

De início, as especulações em torno das possíveis mudanças seria atribuir aos Ministérios o poder de promover licitações e elaborar novos contratos de concessão com o auxílio técnico e operacional das Agências Reguladoras; assim, não mais recairia no mesmo ente as funções de elaboração dos contratos e fiscalização das empresas contratadas. Ademais, também se passaria a vincular os contratos à política de desenvolvimento fixada pelo o governo. Já a renovação dos contratos existentes continuaria sob o poder de cada agência. Outras iniciativas podem ser tomadas, tais como: limite de autonomia administrativa e financeira (atualmente já foram anunciados cortes no orçamento das agências); mandatos fixos de quatro anos com direito a recondução, mas os dirigentes ficariam submetidos a um contrato de gestão, ou seja, sujeitos a um controle político, sem, portanto, garantia de estabilidade; poder conferido ao Congresso de convocar os diretores e conselheiros das agências.

Cogitou-se ainda a probabilidade de a ANA e a ANCINE perderem a qualidade de Agências Reguladoras, mantendo-se apenas como simples autarquias. A razão disso, segundo o autor da proposta, Luiz Alberto dos Santos, em entrevista dada ao *O Estadão*¹⁹, seria o fato de tais agências não exercitarem funções reguladoras, sendo denominação ‘ agências reguladoras’ decorrente apenas de algumas prerrogativas a elas conferidas. Uma característica típica de agência a se findar, por exemplo, é a estabilidade dos mandatos dos seus dirigentes.

3.2 O que Dizem os Anteprojetos de Lei

¹⁹ MARQUES, Gerusa e RAMOS, José. *Projeto sobre agências reguladoras ainda não está fechado*. 21 maio 2003. Disponível em: < <http://www.oestadão.com.br>>. Acesso em: 07 jun.2003.

Como resultados do relatório final apresentado pelo grupo de trabalho liderado pela Casa Civil para analisar e avaliar o papel das atuais Agências Reguladoras, foram apresentados dois anteprojetos de leis. Um deles trata da competência de cada agência em funcionamento, alterando alguns dispositivos das leis que as criaram (Leis nº 9.427/96, nº 9.472/97, nº 9.478/97 e nº 10.233/01) e outro dispõe sobre a gestão, organização e controle social das agências, além de alterar a Lei nº 9.986/2000.

Este último, ao prevê regras gerais a todas as agências, detalha, de início, quais autarquias são consideradas Agências Reguladoras (as mesmas mencionadas no capítulo anterior), para efeitos do mencionado anteprojeto.

Ao tratar do processo decisório desses entes não traz grandes inovações, apenas detalha de forma mais minuciosa. De regra, adotarão processo de decisão colegiada, sendo facultada à ANVISA e à ANS acatarem decisão monocrática, passível de reexame pela Diretoria Colegiada, mediante recurso da parte interessada e ou de, no mínimo, dois membros da Diretoria.

No mais, sujeitam as decisões a prévias consulta e audiência públicas, sendo estas realizadas, sempre que possível, nas capitais de cada Estado da Federação ou, pelo menos, naquelas correspondentes à região atingida pela decisão. Continua o dever desses órgãos de divulgar os resultados e de oferecer resposta fundamentada a todas as sugestões apresentadas.

As agências passarão a ser obrigadas a apresentar ao Ministério respectivo, ao Senado Federal e à Câmara de Deputados, anualmente, relatório de suas atividades, destacando nele o cumprimento da política setorial elaborada pelo Executivo. Tal obrigação, juntamente com a submissão da administração da agência a um contrato de gestão, visa aumentar o controle de atuação a ser exercido pelo Ministério a que se vinculam, bem como compatibilizar as atividades regulatórias com os programas governamentais, devendo haver, periodicamente, avaliações dos resultados alcançados considerando as metas e indicadores de desempenho

previstos no contrato. É prevista uma Comissão de Acompanhamento e Avaliação para tanto, formada por representantes do Ministério setorial, da Casa Civil e do Ministério do Planejamento.

A figura do ouvidor passa a ter presença obrigatória em todas as agências, com mandato de dois anos, admitindo-se uma recondução. Continua sendo nomeado pelo Presidente da República e com a atribuição de apurar e solucionar reclamações contra as agências ou contra os regulados.

O anteprojeto reitera o dever das Agências Reguladoras de zelarem pela concorrência nos setores regulados, em cooperação com os órgãos de defesa da ordem econômica, o que será objeto de convênio entre eles, no qual especificarão suas respectivas responsabilidades e obrigações, rotinas e o procedimento a ser tomado conjuntamente quando ocorridas práticas anti-concorrenciais. Caso as análises preliminares das agências levantarem indícios suficientes de infração, à SDE caberá instaurar processo administrativo e, ao final, em caso de aplicação de sanção, deverá o CADE comunicar a decisão às agências para que tomem as providências que lhes forem cabíveis.

Especificou-se, ainda, como deve operar a descentralização da atividade regulatória para as agências estaduais e distritais, sendo mantida a exigência de convênio de cooperação para tanto.

Quanto à Lei nº 9.986/2000, o anteprojeto altera o seu art. 6º, que atualmente prevê para os Conselheiros e Diretores das agências, mandato com prazo fixado por cada lei instituidora, o que passará a ser, por meio da nova proposta, de quatro anos para todos, admitido-se uma única recondução.

O outro anteprojeto de lei retira o poder da ANEEL, da ANATEL, da ANP, da ANTT e da ANTAQ de celebrarem contratos de transferência dos serviços aos particulares, bem como de promover as licitações destinadas aos contratos respectivos, que passam a ser de

competência dos Ministérios supervisores. Essas atribuições podem ser delegadas aos órgãos reguladores, mas ficará a critério da decisão ministerial. De qualquer forma, os atos dos Ministérios deverão ser precedidos de manifestação formal do órgão regulador.

3.3 As Possíveis Conseqüências

Algumas dessas propostas de mudanças para as Agências Reguladoras não vêm sendo vistas com bons olhos por especialistas no assunto, principalmente no que se refere ao maior controle a ser exercidos sobre esses entes pelos Ministério, por meio de um contrato de gestão, à coincidência do mandato dos dirigentes das agências com o do Presidente da República e ao fato do poder de delegação ficar no âmbito dos Ministérios.

A definição da política pública sempre ficou a cargo dos Ministérios, mas a omissão em algumas áreas dá a impressão que as Agências Reguladoras são quem as definem. Uma vez formulada a política, as agências estão livres para atuarem e têm por diminuída a interferência política para realizar licitações. O exercício desta atribuição pelos Ministérios, por lado inverso, pode torná-lo, no mínimo, suspeito, já que nos mercados regulados concorrem empresas privadas e públicas, sendo que nas principais empresas estatais da área o Ministério faz parte do seu conselho. Ademais, essa transferência significa diminuir o poder normativo dos órgãos reguladores, pois retira seus poderes de editarem as cláusulas dos contratos de concessão e de editar as resoluções da delegação.

Eventuais abusos praticados pelas Agências já podem ser controlados pelos poderes constituídos do Estado. O Poder Executivo mantém em si a possibilidade de controle dos órgãos reguladores, pois além de permanecer com a iniciativa de lei para criar, alterar e extingui-los; mantém a coordenação geral da Administração Pública, indicando no projeto de lei quais as funções e finalidades da respectiva agência. O mesmo ocorre em relação ao Poder

Legislativo, pois o desrespeito aos parâmetros básicos estabelecidos na delegação legislativa poderá acarretar a sustação desses atos normativos, com base no artigo 49, V, da Constituição Federal. Quanto ao controle exercido pelo Judiciário, esse sim, deveria ser suscitado, permitindo-lhe tanto a análise formal dos procedimentos das Agências, quanto a análise da razoabilidade das decisões diante dos fatos e da lei, da mesma forma como ocorre atualmente no modelo americano.

O controle das agências por meio de um contrato de gestão, no qual está previamente especificado o fim a ser alcançado, pode comprometer a autonomia decisória desses entes. Passa-se a ser colocado em segundo plano a tão desejada supremacia da decisão técnica especializada e sobre a decisão política.

A autonomia das agências é vista, por investidores privados no setor de infra-estrutura, como uma segurança quanto à estabilidade de regras e caráter apolítico de suas decisões, e, portanto, deve ser levada em conta pelo governo e Congresso Nacional quando da edição das novas leis. Essas alterações previstas, por lado inverso, levam a uma falta de neutralidade política das agências, correspondendo a um risco de não cumprimento dos contratos, colocando em cheque o modelo regulatório despolitizado e a segurança jurídica atrativa de investimentos externos, importantes para a estimulação da concorrência entre as concessionárias de cada setor. Tudo isso leva muitos a entenderem que, dessa forma, ocorrerá um retrocesso na organização do Estado brasileiro.

CONCLUSÃO

O abstencionismo estatal e a regulamentação econômica, definida unicamente pelas forças do mercado e pelos contratos livremente firmados entre os particulares, não foram suficientes para garantir a concorrência no mercado e a igualitária distribuição de renda, durante o estágio liberal. As crises econômicas e sociais, que decorreram desse liberalismo excessivo, suscitaram a necessidade de um Estado participativo e imperante na definição das “regras do jogo”, como na defesa do interesse público ante o de uma minoria.

Firmou-se, assim, o Estado de Bem-Estar, marcado pela intromissão direta na prestação de serviços sociais e no domínio econômico (regulando-o e exercendo atividade econômica). O Estado tomou para si tarefas típicas de ente público e outras próprias da iniciativa privada. O que se viu, porém, foi um crescimento desmesurado da máquina administrativa e a comprovação da incapacidade do Estado em atender, de forma satisfatória, os inúmeros encargos prestacionais que a Carta Constitucional garantia ao cidadão.

Os ideais neoliberais afloraram, portanto, na procura de reestabelecer a figura do Estado Mínimo, mas tendo como princípio a parceria entre o setor público e privado. Buscou-se uma união equilibrada, já que retornar à liberdade desordenada do Estado Liberal seria inviável e, por outro lado, manter o volume de dispêndios como no *Welfare State* também não seria possível. Para o pensamento neoliberal, o Estado só poderia assumir tarefas consideradas essenciais, passando a regular e fomentar a iniciativa privada. Nascia o Estado Regulador.

As inovações ocorridas em todo o mundo, a partir da propagação dessa doutrina filosófica, alcançaram o Estado brasileiro por meio do fenômeno da globalização, levando-o a se adequar à nova ordem econômica internacional. Assim, o tamanho da sua máquina administrativa foi reduzido por meio das privatizações, passou-se a regular atividades

públicas executadas por particulares, a balizar a concorrência e a fomentar a iniciativa privada.

A Reforma do Estado brasileiro foi importante para a eliminação dos entraves burocráticos até então existentes que emperravam a boa atividade administrativa, bem como para criar instrumentos reguladores de serviços públicos transferidos a particulares.

Dentro desse contexto se firmaram as Agências Reguladoras no âmbito brasileiro, na forma de autarquia, compondo, pois, a Administração Pública Indireta, sob influência norte-americana. Assim, todas as atribuições e características conferidas às autarquias em geral são garantidas às Agências Reguladoras, dentre as quais verifica-se: a criação mediante lei específica, patrimônio e receitas próprios, especialização técnica, auto-administração, controle finalístico de seus atos pela entidade criadora, execução de serviços próprios do Estado, responsabilidade objetiva etc. Entretanto, diferenciam-se das demais autarquias por se apresentarem em regime especial, dotadas de privilégios atribuídos por lei específica para a consecução eficaz de seus fins. Assim, a independência hierárquica; a autonomia administrativa, técnica e financeira; os poderes normativos, fiscalizatórios, de resolver conflitos e sancionatórios, dentre outros, justificam-se, pela relevância dos serviços que regulam e por estes envolverem a participação de grupos econômicos poderosos.

Esses amplos poderes conferidos às Agências Reguladoras acabaram por revestirem-lhes de certa autonomia em relação aos Poderes tradicionais (Executivo, Legislativo e Judiciário).

A garantia de estabilidade no mandato aos dirigentes das Agências Reguladoras, somadas a sua capacidade de auferir receitas próprias, são fundamentais à presença de uma atividade regulatória livre de qualquer espécie de submissão em relação aos que nomearam aqueles e aos responsáveis pelo repasse de verbas.

Argumentos contrários a essa estabilidade, ante a forma de ingresso desses agentes em seus cargos, não merecem acolhida, uma vez que inexistem óbices legais impedindo-a.

A autonomia financeira das agências, também, é legítima, encontrando substrato contratual, como forma das empresas remunerarem o ente público que lhes delegaram a execução dos serviços.

É através dessa autonomia administrativa que as Agências Reguladoras estão aptas a exercerem suas atribuições, sem que a especialização técnica que lhes é exigida, seja posta em segundo plano.

A atribuição de funções normativas e decisórias às Agências Reguladoras deve ser compreendida como resposta à necessidade dos setores regulados de soluções rápidas e dotadas de maior técnica, salvaguardando-os, assim, dos demorados procedimentos tradicionais de elaboração legislativa ou judicial.

Embora pairam discussões acerca da legalidade e legitimidade da função normativa das Agências Reguladoras, indiscutível é a imperatividade da obediência aos *standards* fixados na lei que as criaram, uma vez que tal atividade visa implementar as políticas definidas para cada ramo de atuação das agências, sem que elas invadam os campos de competência legislativa.

Mesmo inexistindo justificativa suficiente à eliminação de argumentos contrários sobre a fundamentação jurídica desse poder das agências, a técnica da deslegalização apresenta-se como meio hábil a conferir-lhe legalidade, sem que o princípio da tripartição dos poderes seja ferido, e a criar vínculo obrigacional aos destinatários dos atos normativos expedidos por esses órgãos reguladores.

Já a garantia em se oferecer condições efetivas à concreta participação da sociedade durante os processos normativos e decisórios das Agências Reguladoras, aliada à ampliação

do controle judicial sobre os atos desses entes, devem ser adotadas como meios de redução do *déficit* democrático que os circundam.

A evasão das Agências Reguladoras às normas gerais de licitação e as limitações por elas sofridas pelo Executivo quanto à delegação de serviços determinados, sem apresentação de uma devida razão de ser, não são encaradas com bons olhos, do ponto de vista técnico-legislativo e em relação ao caráter apolítico com o qual devem se apresentar. Primeiramente, porque as modalidades licitatórias que adotam, o pregão e a consulta, além de não previstas na Lei nº 8.666/93, tiveram nascimentos às avessas. Aquele adveio da MP 2.108-9/2000, a qual foi editada sem o atendimento dos pressupostos do art. 62 da CF, além de ser destinada unicamente à União e a suas entidades auxiliares, enquanto que a segunda foi implantada com a Lei 9.986/2000, estendendo-se apenas às Agências Reguladoras. De outro lado, restringir certas atividades reguladas pelas agências a processo licitatório sujeito à definição do Executivo pode comprometer a imagem de regulação autônoma a ser desenvolvida por essas autarquias.

O dever das Agências Reguladoras de defender a livre concorrência nos mercados onde atuam é de fundamental importância, mesmo que limitado às competências dos órgãos especializados no assunto, pois são elas que mantêm o contato estreito com os agentes econômicos de suas áreas, possibilitando a percepção mais nítida da prática de infrações. Mas isso só será possível, a partir de uma fiscalização neutra e autônoma aos anseios econômicos de particulares.

Conforme se percebeu no decorrer do trabalho, o assunto sobre regulação tarifária é um dos aspectos que mais atualmente tem gerado discussões acerca das Agências Reguladoras. Inversamente aos seus deveres de ação harmoniosa com as políticas elaboradas pelo o poder público, com a garantia de tarifas módicas aos usuários do serviço e com o asseguramento de retorno às empresas do capital investido com a prestação do serviço,

segundo o governo federal, as Agências Reguladoras vêm assumindo funções de direção política em detrimento do programa econômico elaborado pelo Executivo. De outro lado estão os usuários, insatisfeitos com o alto valor das tarifas que lhes são cobradas. E já num lado inverso a este, estão as prestadoras, em busca de soluções legais e contratuais que as possibilitem cobrar aos usuários preços condizentes com os altos investimentos na execução e aprimoramentos dos serviços.

A solução encontrada pelo atual governo federal para esse problema é a instituição de um maior controle sobre as Agências Reguladoras, a ser realizado por meio de um contrato de gestão e pela retirada da capacidade de realizar concessões das suas mãos, passando ao poder dos Ministérios supervisores. Estas são algumas das medidas propostas pelos anteprojetos de lei, que modificam a atual estrutura e funcionamento desses órgãos reguladores.

Os mencionados anteprojetos de lei trazem pontos positivos, que, porém, não trazem muitas transformações, e pontos outros que têm criado certo temor entre os especialistas.

Os pontos positivos correspondem apenas a um maior delineamento, de forma mais precisa, como se deve operar a cooperação entre as referidas agências e os órgãos de defesa da ordem econômica, preservando as atribuições e áreas de atuação de cada um; especificam a atuação das agências estaduais em sintonia com os órgãos federais; detalharam o procedimento decisório das agências, que deverá ter participação mais ampla da sociedade.

Em contrapartida, as inovações trazidas, como as mencionadas anteriormente, devem ser observadas com bastante cautela, pois não parecem ser o caminho mais coerente para aprimorar o desempenho das Agências Reguladoras nacionais, já que em lugar de delinearem a autonomia desses entes, em compasso com as políticas públicas, acabariam por alterar significativamente seu significado de imparcialidade regulatória, por sua vez tão exigida na seara econômica, já que funciona como atrativo de investimentos nas atividades reguladas.

Ademais, poderão fragilizar a atuação das Agências Reguladoras frente à presença de poderosos agentes econômicos.

A tão desejada autonomia delineada desses órgãos reguladores já se faz presente no direito brasileiro, pelo menos de ordem prática, pois estão sujeitas ao controle exercido pelo Executivo, pelo Legislativo e pelo Judiciário. Se isso não vem sendo o bastante, deve-se à falta de efetiva aplicação das leis e não por falta delas. Não será, então, ampliando o controle ministerial que o modelo se aperfeiçoará.

Realmente, a simples garantia de autonomia às agências não é o bastante para mantê-las longe de imperfeições, todavia é o primeiro passo para se estabelecer uma regulação neutra. A partir dessa garantia será mais fácil, ao menos em tese, isolar as Agências Reguladoras, também, dos interesses dos agentes regulados. Esse fim poderá ser mais facilmente atingido se o Judiciário puder adentrar a aspectos não só de legalidade, como também, de mérito, quando da apreciação dos atos das agências, conforme já ocorre no direito norte-americano, como forma de suprimir o favoritismo pessoal de poucos em detrimento da satisfação do interesse público.

Contudo, restringir o papel das Agências Reguladoras em um contrato de gestão firmado com seus Ministérios, aos moldes do que se encontram nos anteprojetos de lei, além de corresponder a um paradoxo (pois o contrato de gestão, segundo o art. 37, § 8º, da CF, tem como fim ampliar a autonomia daqueles que contratam com o Poder Público) implica em reduzi-las à condição de simples autarquias, além de sujeitar o quadro de regulação nacional a um descompasso com os modelos atuais de organização econômica e administrativa, implantados em todo o mundo a partir do novo padrão de Estado pregado pelo pensamento neoliberal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo*. 3 ed Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

ANTEPROJETOS de lei sobre agências reguladoras são debatidos na Casa Civil. 25 set 2003. Disponível em: <<http://www.zedirceu1313.com.br>>. Acesso em: 29 set 2003.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito*, In Revista de Informação Legislativa. Brasília, v.37, n.148, out-dez/2000.

ATAQUE generalizado à ANP. Edição 789. 12 mar 2003. Disponível em: <<http://www.primeiraleitura.com.br>>. Acesso em: 03 ago. 2003.

AZEVEDO, Eurico de Andrade. Agências Reguladoras. In *Revista de Direito Administrativo*. n. 213. Rio de Janeiro: Renovar, jul-set/ 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *Agencias Reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*. 08/2002 Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso em: 07 set 2003.

BRUNA, Sérgio Varella. *Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CAMARA começa a discutir futuro das agências reguladoras. Deputado defende a apresentação de proposta ao Congresso pelo atual governo para redefinir o papel das agências. *Redação Mercado Livre*. 06 mar 2003. Disponível em: < <http://www.canalergia.com.br>>. Acesso em: 04 abr 2003.

CARVALHO, Cristiano Martins de. *Agencias reguladoras*. 10/2001 Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>> Acesse em: 04 abr 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Administração Indireta Brasileira*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FIDALGO, José Roberto e JÚNIOR, Alberto. *Petista propõe ampliar controle sobre agências reguladoras*. 20 mar 2003. Disponível em: <<http://www.informes.org.br>>. Acesso em: 04 abr 2003.

FUTEMA, Fabiana. *Governo Lula quer alterar funcionamento de agencias, diz Genoio*. 10/04/2003. Disponível em: <<http://www.folhaonline.com.br>>. Acesso em: 04 abr 2003.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Agências Reguladoras: a metamorfose do estado e da democracia. (Uma reflexão de direito constitucional comparado)*. 29 abril 2003. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adami.adv.br>>. Acesso em: 20 maio 2003.

GOVERNO Lula quer alterar funcionamento de agencias, diz Genoio. São Paulo, 10 abril 2003. Disponível em: <<http://www.folhaonline.com.br>> Acesso em: 11 abr.2003.

GONZALES, Roberto. *Mudanças nas agências podem prejudicar confiança no Brasil, diz Abdib*. 15 jan 2004. Disponível em: <<http://www.canalergia.com.br>> Acesso em: 15 jan 2004.

JUCÁ, Maria Carolina Miranda. *Crise e reforma do Estado: as bases estruturantes do novo modelo*. 08/2002. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>> Acesso em: 12 mar 2003.

LULA afirma que fica sabendo do aumento das tarifas pelos jornais. Presidente defende revisão no papel das agências reguladoras. Fevereiro 2003. Disponível em: <<http://tribuna.inf.br>> Acesso em: 11 abr. 2003.

LULA critica agências reguladoras e diz que só sabe de aumentos pelos jornais. Brasília, mar.2003. Disponível em: <<http://www.abrage.com.br>> Acesso em: 11 abr. 2003.

MACHADO, Oldon. *Intervenção do Executivo nas agências, é indicativo perigoso, diz ex-presidente da ANP*. 12 jan 2004. Disponível em: <<http://www.canalergia.com.br>>. Acesso em: 15 jan 2004.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Agência Reguladora*. 11/2001. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso em: 12 mar 2003.

MADUEÑO, Denise. *Petista faz projeto reduzindo poder das agencias*. 20/03/2003. Disponível em: <<http://www.oestadão.com.br>>. Acesso em: 04 abr 2003.

MAGALHÃES, José Luiz Quadro de. *Tipos de Estado (globalização e exclusão)*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direito/texto/Estado>>. Acesso em: dez 2002.

MARQUES, Gerusa; RAMOS, José. *Projeto sobre agências reguladoras ainda não está fechado*. 21 maio 2003. Disponível em: <<http://www.oestadão.com.br>>. Acesso em: 03 ago 2003.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MENEZES, Roberta Fragoso de Medeiros. *As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro*. In Revista de Direito Administrativo. n. 227. Rio de Janeiro: Renovar, jan-mar/ 2002.

MINISTÉRIO submeterá a Lula contratos de telefonia fixa. 14 mar 2003. Disponível em: <<http://www.br.news.yahoo>>. Acesso em: 20 maio 2003.

MODESTO, Paulo. *Agências Executivas. A organização administrativa entre o casuísmo e a padronização*. 06/07/2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 03 mar 2003.

MORAIS, Moraes; DELGADO, Maria Lúcia. *Lula critica agencias reguladoras e diz que só sabe de aumentos pelos jornais*. 02/2003. Disponível em: <<http://www.abrage.com.br>> . Acesso em: 04 abr 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Mutações de Direito Administrativo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

PESSOA, Robertoneo Santos. *Curso de Direito Administrativo Moderno*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Alexandre Vitorino. *Agências regulatórias e o seu poder regulamentar em face do princípio da legalidade*. 09/2002. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>>.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Agências Reguladoras*. In *Revista de Direito Administrativo*. n. 216. Rio de Janeiro: Renovar, abr-jun/1999.

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

TÁCITO, Caio. *Agências Reguladoras da Administração*. In *Revista de Direito Administrativo*. n. 221. Rio de Janeiro: Renovar, jul-set/2000.

TOBIAS, Milena. *O papel das Agências Reguladoras*. 05 mar 2003. Disponível em: <<http://www.gasbrasil.com.br>> Acesso em: 20 maio 2003

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *O Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências Reguladoras*. Disponível em: <http://www.paho.org.br> Acesso em: 27 jun 2003.

ANEXOS



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

ANTEPROJETO DE LEI

Consulta Pública

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

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

JOSE DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA

Atenção: Prorrogação de prazo para 15.10.2003

PROJETO DE LEI

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

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

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

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

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

IX - a Agência Nacional do Cinema – ANCINE.

CAPÍTULO I
DO PROCESSO DECISÓRIO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO II
DA PRESTAÇÃO DE CONTAS E DO CONTROLE SOCIALSeção I
Da Obrigação de Apresentar Relatório Anual de Atividades

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

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

Seção II

Do Contrato de Gestão

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

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

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

§ 3º São objetivos do contrato de gestão:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- I - representantes do Ministério supervisor;
- II - representante da Casa Civil da Presidência da República;
- III - representante do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

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

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

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

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

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

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

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

Seção III Da Ouvidoria

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

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

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

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

CAPÍTULO III Da Interação Operacional entre as Agências Reguladoras

e os Órgãos de Defesa da Concorrência

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO IV

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO V DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

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

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

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

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

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



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

ANTEPROJETO DE LEI

Consulta Pública

O CHEFE DA CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA torna público, nos termos do art. 34, inciso II, do Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002, anteprojeto de lei que "Acresce e altera dispositivos das Leis nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, nº 9.472, de 16 de julho de 1997, nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e dá outras providências", elaborado com base nas conclusões contidas no Relatório Final do Grupo de Trabalho constituído para proceder à análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro, composto por representantes da Casa Civil da Presidência da República e dos Ministérios da Justiça, da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Saúde, do Meio Ambiente, das Comunicações, de Minas e Energia, da Defesa e dos Transportes e da Advocacia-Geral da União. O texto em apreço encontra-se disponível, também, no seguinte endereço da internet: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/consulta_publica/consulta.htm.

A relevância da matéria recomenda a sua ampla divulgação, a fim de que todos possam contribuir para o seu aperfeiçoamento. Eventuais sugestões poderão ser encaminhadas, até o dia 30 de setembro de 2003, à Casa Civil da Presidência da República, Palácio do Planalto, 4º andar, sala 126, CEP 70.150-900, ou pelo e-mail: agenciasreguladoras1@planalto.gov.br.

Atenção: Prorrogação de prazo para 15.10.2003

JOSE DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA

PROJETO DE LEI

Acresce e altera dispositivos das Leis nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, nº 9.472, de 16 de julho de 1997, nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 3º da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 3º Além das incumbências prescritas nos arts. 29, incisos I a VII e X a XII, e 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, compete especialmente à ANEEL:

.....

IV - gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, expedir as autorizações, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões e a prestação dos serviços de energia elétrica;

....." (NR)

Art. 2º A Lei nº 9.427, de 1996, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 3º-A:

"Art. 3º-A. Além das incumbências prescritas nos incisos VIII e IX do art. 29 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, compete ao Ministério de Minas e Energia:

I - promover as licitações destinadas à contratação de concessionários de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos;

II - celebrar os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica e de concessão de uso de bem público.

Parágrafo único. Os atos previstos nos incisos I e II deste artigo:

I - deverão ser precedidos de manifestação formal da Diretoria da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL;

II - poderão ser delegados à ANEEL, a critério do Ministro de Estado de Minas e Energia." (NR)

Art. 3º Os arts. 18 e 19 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, passam a vigorar com as seguintes alterações, renumerando-se o atual parágrafo único do art. 18 para § 1º:

"Art. 18.

.....

V - editar atos de outorga de direito de exploração do serviço no regime público;

VI - celebrar contratos de concessão para a prestação do serviço no regime público;

VII - editar atos de outorga do direito de uso de radiofrequência e de órbita;

VIII - expedir autorização para prestação de serviço no regime privado.

.....

§ 2º Os atos previstos nos incisos V a VIII deste artigo:

I - deverão ser precedidos de manifestação formal do Conselho Diretor da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL;

II - poderão ser delegados à ANATEL, a critério do Ministro de Estado das Comunicações."
(NR)

"Art. 19.

.....

V - editar atos de extinção de direito de exploração do serviço no regime público;

VI - gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções;

IX - editar atos de extinção do direito de uso de radiofrequência e de órbita, fiscalizando e aplicando sanções;

XI - extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções;

....." (NR)

Art. 4º Os art. 2º e 8º da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 2º

.....

§ 1º Para o exercício de suas atribuições, o CNPE e o Ministério de Minas e Energia contarão com o apoio técnico dos órgãos reguladores do setor energético.

....." (NR)

"Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, cabendo-lhe:

IV - fiscalizar a execução dos contratos de concessão de exploração, desenvolvimento e produção e as autorizações;

....." (NR)

Art. 5º A Lei nº 9.478, de 1997, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 2º-A:

"Art. 2º-A. Cabe ao Ministério de Minas e Energia elaborar os editais, promover as licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, e celebrar os contratos deles decorrentes.

Parágrafo único. Os atos previstos no **caput**:

I - deverão ser precedidos de manifestação formal da Diretoria da Agência Nacional do Petróleo – ANP;

II - poderão ser delegados à ANP, a critério do Ministro de Estado de Minas e Energia."(NR)

Art. 6º Os arts. 24 e 27 da Lei nº 10.233, de 5 de julho de 2001, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 24.

.....

V - editar atos de extinção de direito de exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre e gerir os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos;

....." (NR)

"Art. 27.

.....

V - celebrar atos de outorga de autorização de prestação de serviços de transporte pelas empresas de navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso, observado o disposto nos arts. 13 e 14, gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos;

....." (NR)

Art. 7º A Lei nº 10.233, de 2001, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 15-A, 16-A e 17-A:

"Art. 15-A. O Ministro de Estado dos Transportes orientará o cumprimento das diretrizes de descentralização e deliberará sobre os segmentos da infra-estrutura e das estruturas operacionais do Sistema Federal de Viação, sob a jurisdição do Ministério dos Transportes, a serem administrados:

I - diretamente por entidades públicas federais;

II - por delegação aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;

III - mediante outorga de autorização, concessão ou permissão." (NR)

"Art. 16-A. O Ministro de Estado dos Transportes estabelecerá diretrizes nos termos e nos limites da legislação vigente, sobre a política tarifária a ser exercida nas outorgas de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura do Sistema Federal de Viação sob a jurisdição do Ministério dos Transportes.

Parágrafo único. As diretrizes a que se refere o **caput** conterão, necessariamente, definições sobre:

I - critérios uniformes para a cobrança de pedágio ao longo das rodovias federais;

II - critérios para reajustamento e revisão de tarifas de prestação de serviços de transporte." (NR)

Art. 17-A. Cabe ao Ministro de Estado dos Transportes editar atos de outorga de concessão e permissão e celebrar os contratos respectivos.

Parágrafo único. Os atos previstos no **caput**:

I - deverão ser precedidos de manifestação formal da Diretoria da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT ou da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ;

II - poderão ser delegados à ANTT ou ANTAQ, conforme o caso, a critério do Ministro de Estado dos Transportes." (NR)

Art. 8º No prazo de até noventa dias da publicação desta Lei, o Poder Executivo providenciará a republicação atualizada das Leis nºs 9.427, de 1996, nº 9.472, de 1997, nº 9.478, de 1997, e nº 10.233, de 2001, com todas as alterações nelas introduzidas.

Art. 9º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 10. Fica revogado o inciso II do art. 3º da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.