

Atualidades

AINDA SOBRE REGULAÇÃO E AGÊNCIA REGULADORA

MARCO AURÉLIO GUMIERI VALÉRIO

Introdução. 1. Regulação. 2. Modelo norte-americano de regulação. 3. Agências reguladoras. 4. Projeto de Lei n. 3.337/2004. 5. Proposta de Emenda à Constituição n. 81/2003. Conclusão. Bibliografia.

Introdução

A intervenção estatal na economia era tratada, até pouco tempo, como sinônimo de assunção da produção de utilidades públicas pelo Estado. Assiste-se, a partir dos anos 1990, a uma mudança nesse cenário, conseqüência direta da exaustão do modelo intervencionista que desmoronou sob o peso de suas próprias ineficiências, dos custos fiscais e das desigualdades sociais que acentuou.¹

Na esteira das experiências de desregulação,² implementada pelos Estados Unidos da América, e de desestatização,³ pra-

ticada pela Europa, a reforma do Estado tomou conta da agenda política de vários países, inclusive da brasileira. Esses dois fenômenos não ocorreram apenas como conseqüência da necessidade de ajuste estrutural, mas também para responder a padrões de *accountability*⁴ governamental e de equidade na prestação de serviços públicos.

A diminuição da intervenção direta não significa, todavia, que tenha ocorrido redução da atuação estatal no domínio econômico. Essa redução foi compensada pelo crescimento da ação indireta. Para Marques Neto, a “necessidade regulatória aumenta porque, deixando o Estado de ser ele próprio provedor dos bens ou serviços de relevância social, tem ele que passar a exercer algum tipo de controle sobre essa atividade

1. Cf. Floriano Azevedo Marques Neto, “A nova regulação estatal e as agências independentes”, in Carlos Ari Sundfeld (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, pp. 73-75.

2. Especificamente no contexto norte-americano, a desregulação pode ser compreendida como redução do poder ou do grau de intervenção das agências reguladoras sobre entes privados, ou ainda, como flexibilização das normas existentes. Assim, tem-se que, desregular não significa eliminar regras, mas introduzir concorrência onde antes havia regulação, substituindo mecanismos de forte controle em determinados mercados (Marco Aurélio Gumieri Valério, *Antitruste em Setores Regulados*, no prelo).

3. Como destaca Calixto Salomão Filho, pode-se diferenciar o termo — *privatização* — para as alterações ocorridas nos países socialistas do Leste, onde as transformações estão tendo características

distintas e mais profundas, tratando-se, na verdade, de uma mudança *de* sistema e não de uma mudança *no* sistema, como se verificou nos capitalistas do Ocidente, aplicando-se, nesse caso, o termo — *reprivatização* — para caracterizar suas reformas operadas através da desestatização (*Direito Concorrencial — As Estruturas*, pp. 21-25).

4. A expressão *accountability*, que não tem correspondente na língua portuguesa, indica a responsabilidade do governo e do serviço público perante os cidadãos (A. M. Campos, “*Accountability*: quando poderemos traduzi-la para o português?”, *Revista de Administração Pública*, n. 20, v. 2, pp. 32-33).

de, sob pena de estar descurando de controlar a produção de uma utilidade dotada de essencialidade e relevância".⁵

As agências reguladoras, um dos principais desdobramentos da reforma administrativa implementada pela Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, encontram-se inseridas num sistema específico de regras compostas por filosofia, critério, método e linguagem técnicas peculiares.

Embora o atual governo reconheça a importância dessas entidades, está em tramitação, no Congresso Nacional, o polêmico Projeto de Lei n. 3.337/2004 de autoria do Poder Executivo, que visa instituir a Lei Geral das Agências Reguladoras. A partir do estabelecimento de um conjunto de regras para orientar a gestão e a atuação das atuais agências reguladoras e das que vierem a ser criadas, poderá extirpar parte da autonomia dessas entidades.

Ainda que seja uma das prioridades legislativas do Palácio do Planalto, seu desenho pode ter que se adaptar ao que manda a Proposta de Emenda à Constituição n. 81/2003 do senador Tasso Jereissati do PSDB/CE. Em sua exposição de motivos, a PEC esclarece que sua finalidade é propor a constitucionalização de princípios diretores da atividade das agências reguladoras, como forma de inspirar e dirigir o tratamento institucional dessas entidades e agir como fundamento de validade da legislação infraconstitucional.

O presente trabalho não visa o exame completo e exaustivo das agências reguladoras, mas através de um corte metodológico examina essas entidades como principal instrumento criado pela reforma administrativa. Contribui, assim, para o reconhecimento e a divulgação da atividade reguladora, além de fornecer instrumental teórico para o leitor compreender a importância do assunto e entender as alterações pro-

postas. A atualidade do tema é evidente e dispensa maiores comentários.

1. Regulação

O conceito de regulação longe de ser interesse meramente acadêmico, é imprescindível para que seja definida a competência dos órgãos e entidades públicas que exercem essa função, ainda que não nominalmente. Contudo, sua noção é ainda imprecisa, tanto entre autores nacionais, quanto estrangeiros.

Fiani constata que regulação é termo originado na literatura econômica para se referir a qualquer tipo de intervenção estatal no mercado, com objetivo de induzir os agentes econômicos a comportamento gerador de eficiências, pelo qual o poder público substitui, em modos e graus variados, a decisão privada, que seria condicionada tão-somente pelas forças de mercado. Limita, assim, sua liberdade na tomada de decisões.⁶

Segundo Moreira, o processo regulatório abrange: (a) aprovação das normas pertinentes (leis, regulamentos, códigos de conduta, etc.); (b) implementação concreta das referidas regras (autorizações, licenças, injunções, etc.); (c) fiscalização do cumprimento; e (d) punição das infrações.

"É por a regulação conjugar esses três tipos de poderes — um normativo, um executivo e um parajudicial — que a doutrina norte-americana refere as 'comissões reguladoras independentes' como um concentrado dos três poderes típicos do Estado (Legislativo, Executivo e Judicial)."⁷

6. Ronaldo Fiani, "Teoria da regulação econômica: estado atual e perspectivas futuras", *Textos para Discussão*. 423.

7. Vital Moreira, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, pp. 36-37. Faz o autor referência ao clássico princípio da separação dos poderes, teorizado pelo filósofo Charles Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, em sua obra *Do Espírito das Leis (De l'Esprit des Loix)*, editada no anonimato em novembro de 1748, na cidade de Genebra, inspirado no modelo inglês de Constituição,

5. Floriano Azevedo Marques Neto, "A nova regulação estatal e as agências independentes", in Carlos Ari Sunfeld (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, pp. 73-75.

Pegrum defende que a regulação cumpra vários objetivos e tem como funções: (a) restringir práticas empresariais (*restraint of trade*), proibindo cartelização dos preços dos produtos e impedindo fixação de valores excessivos; (b) regular monopólios, evitando que algumas indústrias dominem, com exclusividade, certos mercados (*conspiracy to monopolize*); (c) controlar qualidade e preço dos serviços nos setores tradicionalmente monopolizados, onde seja inviável a livre concorrência (*regulation to control monopoly*); e (d) afastar concorrência desleal, implementando uma saudável competição entre indústrias (*unfair competition*).

O autor explica ainda que, com base na Constituição e nas leis, o Estado tem direito de regular (*the right to regulate*), alicerçado na prerrogativa de intervir na economia e nos serviços de interesse público prestado por empresas particulares.⁸

embasado na divisão do Estado em três áreas de atuação, independentes e harmônicas entre si. Visa garantir liberdade aos cidadãos e eficiência às instituições políticas. Na verdade, desde a Antiguidade, Aristóteles já delineava, no Livro III, Cap. XI, d'A *Política*, a separação tripartite das funções estatais, considerando injusto e perigoso atribuir-se, a um só indivíduo, o exercício do poder. O mérito de Montesquieu reside na sistematização desse princípio com maior clareza e precisão. Traz uma contribuição pessoal que acaba por justificar a filiação que a história estabeleceu. Cabe não olvidar, todavia, que a doutrina defendida por esse iluminista, além de ter sido objeto de interpretações radicais não vislumbradas pelo próprio autor, nunca foi aplicada *in totum*, desenvolvendo-se de maneira diversa em diferentes ordenamentos jurídicos, contextualizados em distintos momentos históricos. Segundo Alexandre Santos de Aragão, "afastando-se o caráter retórico presente no princípio da separação dos poderes, é possível analisá-lo em seus devidos termos tratando-se, na verdade, de uma distribuição de funções estatais a órgãos específicos da administração" ("O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito", *Revista de Informação Legislativa* 148/280-281).

8. Dudley F. Pegrum, *Public Regulation of Business*, p. 253. "Regulation presupposes private business and economic activity independent of government. It assumes the decentralization of responsibility for the guidance of economic life and production. It prescribes rules of conduct under

Para Aragão, o termo regulação (*regulation*) compreende, em sua definição, duas acepções distintas.⁹

Lato sensu, equivale a todas as atividades dos poderes públicos de organização e configuração da realidade social. Pode-se enumerar como possibilidades de regulação econômica: (a) regulação estatal, feita pelas regras emitidas por órgãos estatais, mesmo que deles participem representantes de organismos intermédios da sociedade; (b) regulação pública não estatal, praticada por entidades da sociedade, mas por delegação ou por incorporação das suas normas ao ordenamento jurídico estatal; (c) regulação privada, levada autonomamente por instituições privadas, geralmente associativas, sem qualquer delegação ou chancela estatal; e (d) desregulação, consistente na ausência de regulação institucionalizada, pública ou privada, ficando os agentes sujeitos apenas ao livre desenvolvimento do mercado.¹⁰

which, however, enforcement agencies are allowed considerable discretion. Regulation also involves an element of deliberate direction, which, at times, creates the problem of distinguishing between regulating and managing. This is particularly true in those industries 'affected with public interest'. Tradução livre: "Regulação pressupõe negócios privados e atividade econômica independente do governo. Ela assume a descentralização de responsabilidade pela orientação da vida econômica e produtiva. Prescreve normas de conduta as quais, de qualquer modo, conferem às agências fiscalizadoras um considerável poder discricionário. Regulação também envolve um elemento de direção deliberativa que, em certos casos, cria o problema de discernimento entre regulação e gerenciamento. Essa é, particularmente, a realidade daquelas indústrias 'afetas pelo interesse público'".

9. Alexandre Santos de Aragão, "Conceito jurídico de regulamentação da economia", *Revista de Direito Mercantil*, abr.-jun. 2001, p. 43.

10. "Broadly defined as imposition of rules by government, backed by the use of penalties that are intended specifically to modify the economic behaviour of individuals and firms in the private sector. Various regulatory instruments or targets exist. Prices, output, rate of return (in the form of profits, margins or commissions), disclosure of information, standards and ownership ceilings are among those frequently used. Different rationales for economic regulation have been put forward. One is

Stricto sensu, consiste na determinação do regime jurídico de atividade econômica. É, portanto, o uso do poder de coerção estatal com finalidade de limitar decisões dos agentes econômicos.

to curb potential market power and increase efficiency or avoid duplication of facilities in cases of natural monopoly. Another is to protect consumers and maintain quality and other standards including ethical standards in the case of professional services provided by doctors, lawyers, etc. Regulations may also be enacted to prevent excessive competition and protect suppliers from unstable output and low price conditions, to promote employment and more equitable distribution of income. Not all forms of regulation have to be mandated or imposed by government. Many professions adopt *self-regulation*, i.e., develop and self-enforce rules commonly arrived at for the mutual benefit of members. Self-regulation may be adopted in order to maintain professional reputation, education and ethical standards. They may also act as a vehicle to set prices, restrict entry and ban certain practices". Tradução livre: "A regulação, em sentido lato, pode ser definida como uma imposição de regras por parte do governo, garantida pelo uso de penalidades, que visam, especificamente, modificar o comportamento econômico dos indivíduos e empresas no setor privado. Diferentes são os motivos que tem sido considerados como originários da regulação econômica. O primeiro é refrear potencial crescimento de poder de mercado e aumentar a eficiência das empresas ou, por outro lado, evitar a duplicação de facilidades nos casos de monopólio natural. Um segundo motivo teria sido a necessidade de proteção dos consumidores e a busca da manutenção da qualidade dos serviços e outros padrões, incluindo os padrões éticos quando se tratar de serviços prestados por médicos, advogados, etc. A regulação também pode ser utilizada para prevenir concorrência excessiva e proteger os fornecedores de uma produção instável ou de preços baixos de forma a promover o emprego e uma melhor distribuição de renda. Nem todas as formas de regulação têm de ser mantidas ou impostas pelo governo. Muitas profissões adotam a auto-regulação que pode ser utilizada para manter a reputação profissional, a educação e os padrões éticos. A regulação pode ser usada, ainda, como um veículo para o tabelamento de preços, para restringir o acesso de determinadas empresas ao mercado e para banir certas práticas" (Comitê sobre Política e Direito da Concorrência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico — OCDE, "Relationship between regulators and competition authorities", *Series roundtables on competition policy* 22, de 24.6.1999. *Organization for Economic Co-operation and Development*, disponível em <<http://www.oecd.org>>, acesso em 12.8.2001).

A palavra *regulation* costuma ser traduzida, indistintamente, por regulamentação e regulação. Contudo, especialmente no direito brasileiro, eles não têm o mesmo significado.

Para Di Pietro, "regular significa estabelecer regras, independentemente de quem as dite, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio de órgãos da administração direta ou entidades da administração indireta. Trata-se de vocábulo de sentido amplo, que abrange, inclusive, a regulamentação, que tem um sentido mais estrito". Por sua vez, "regulamentar significa também ditar regras jurídicas, porém, no direito brasileiro, como competência do Poder Executivo. Perante a Carta Magna, o poder regulamentar é exclusivo do Presidente da República".¹¹

São dois os tipos de regulamento: o executivo e o independente ou autônomo: o primeiro, complementa a lei ou, como reza o art. 84, IV, da Constituição Federal, contém regras para sua fiel execução. Não pode estabelecer disposição *contra* ou *ultra legem*. Limita-se a determinar como a norma será cumprida pela administração, sem inovar o ordenamento jurídico; já o segundo, é originário do sistema francês. Pode criar direitos, obrigações, proibições, ou medidas punitivas, porque estabelece normas sobre matérias não disciplinadas, não completando nem desenvolvendo nenhuma lei prévia.

Esta distinção é ligada, ainda, a outra oriunda do direito alemão, entre regulamento jurídico ou normativo e administrativo ou de organização. Aquele estabelece regras sobre relações de supremacia geral, ou seja, vínculos relações que unem todos os cidadãos ao Estado, tal como ocorre com as inseridas no poder de polícia, limitando direitos individuais em benefício do interesse público. Este contém normas para

11. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*, pp. 151-152.

organização administrativa ou relações entre particulares que estejam em situação de submissão ao Estado, decorrente de título jurídico especial, como contrato, concessão de serviço público, outorga de auxílios ou subvenções, nomeação de servidor público, etc.

Nos regulamentos jurídicos ou normativos, o poder regulamentar é menor, com menos discricionariedade, porque diz respeito à liberdade e aos direitos dos particulares, sem qualquer documento concedido por parte da administração. E nos administrativos ou de organização, a discricionariedade é maior porque a situação de sujeição do cidadão é especial, presa a título jurídico emitido pela administração. Diz respeito à organização ou forma de prestação do serviço.

Os regulamentos jurídicos ou normativos são complementares à lei, enquanto que os administrativos ou de organização, podem ser baixados com maior liberalidade.

A Constituição Federal de 1988 limitou consideravelmente o poder regulamentar. Não deixou, como se fez supor após a aprovação da EC n. 32, de 11 de setembro de 2001, nenhum espaço para regulamentos autônomos ou independentes.¹²

12. A EC n. 32/2001, modificou o art. 84, VI, CF, possibilitando a disposição mediante decreto, *independente de lei autorizativa*, sobre a *organização e funcionamento da administração federal*, quando não implicar aumento de despesa, criação e extinção de órgãos públicos, ou extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos. A legalidade para o cidadão (art. 5º, II, CF) veda que alguém seja compelido a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei. Para a maior parte da doutrina, o *decreto de organização não introduziu no ordenamento brasileiro os chamados regulamentos autônomos*. Os *regulamentos autônomos*, ao contrário dos regulamentos de execução, são verdadeiras normas jurídicas primárias que estabelecem direitos e imputam obrigações aos particulares independentemente de qualquer submissão legal. São próprios de países que, como a França, adotam o *contencioso administrativo*. Lá, a *reserva legal* é diferente da *legalidade*, uma vez que naquela são reservadas matérias específicas que só poderão ser tratadas por leis no sen-

A regulação deve ser entendida de maneira abrangente, englobando a regulamentação. Compreende o controle do *Estado-administração* sobre atividades privadas, consoante regras de interesse público. Resulta na imposição de normas com propósito de controlar, dirigir, restringir e alterar comportamento dos agentes econômicos, autorizando o poder público a aplicar sanções em caso de desobediência.

A administração pode intervir através de comissões autônomas ou agências, por meio da fixação de preços dos serviços, limitar lucro, ou ainda estabelecer outras restrições prescritas pelo direito positivo.

Segundo Moncada, a regulação pode se valer de instrumentos puramente jurídico-coercitivos, ou combiná-los com mecanismos consensuais, econômicos, financeiros, ou materiais. São classificadas como direta, a consistente em ordens vinculantes aos particulares para deles se obter uma ação, omissão ou prestação; e indireta, a que o objetivo é atingido não pela coação, mas por meios adaptados a outros fins, como incentivos fiscais, gestão seletiva e funcionalizada dos gastos públicos, etc.

Quanto à sua finalidade, a regulação pode ser imediata ou mediata. Na segunda tem-se a regulação ampla, ou seja, a busca da realização das finalidades sociais estatais com reflexos na economia e, na primeira, a atividade estatal visa objetivos econômicos propriamente ditos, por meio da atuação deliberada sobre produção, circulação, ou consumo de mercadorias.¹³

Na realidade, pode-se dizer que a regulação serve a três objetivos fundamentais:

O primeiro lembrado por Eros Grau, é o de assegurar existência digna conforme

tido estrito, e jamais por regulamentos ou atos administrativos, cabendo tratamento administrativo de todas as demais matérias. No Brasil, os direitos e obrigações só se originam das leis (art. 5º, II, CF). Há, entretanto, aqueles que entendam que a EC n. 32 criou a figura do *regulamento autônomo* no ordenamento jurídico pátrio.

13. Luis S. Cabral de Moncada, *Direito Econômico*, p. 33.

ditames da justiça social, fim primordial da ordem econômica e princípio integrante dos fundamentos da República Federativa do Brasil contidos no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. Para o autor, "a noção de justiça social foi sendo aprimorada, atribuindo-se hoje a ela uma significação macro e não meramente microeconômica. Trata-se, agora, de cuidar da repartição, a nível pessoal, desde uma visão macroeconômica".¹⁴ As correções na injustiça da repartição deixaram de ser apenas uma imposição ética e passaram a consubstanciar, também, uma exigência de política econômica.

O segundo, é o de garantir a igualdade de condições nas relações econômicas. Depende, dessa forma, das regras de concorrência, pois são elas que possibilitam a escolha individual por parte do consumidor e permitem a descoberta de melhores opções.

O terceiro e fundamental objetivo, citado por Salomão Filho, é o de difundir o conhecimento econômico. Essa atividade é incompatível com a existência de poder econômico. A democracia proporcionada pela concorrência traduz-se, também, em maior isonomia econômica.¹⁵

Ao se entender que a regulação visa a consecução da justiça social, não se pode percebê-la dissociada da proteção da concorrência. Deve esta ser entendida, portanto, como um dos aspectos daquela.

2. Modelo norte-americano de regulação

Em economias como a dos Estados Unidos da América, onde se pratica, tradicionalmente, o mínimo de intervenção pública nos setores produtivos, sentiu-se, a

necessidade de disciplinar, de forma efetiva e rigorosa, atividades econômicas exercidas por agentes econômicos privados, não só no intuito de proteção aos usuários, mas, também, no de serem evitados, ou minora-dos, abusos de poder econômico.

Nesse contexto surgiram as agências reguladoras (*regulatory agencies*), que se tornaram um dos pilares da administração pública norte-americana.

O desenvolvimento da regulação (*regulation*) nos EUA teve dois momentos fundamentais: o *New Deal* (1933-1940) e a *New Social Regulation* (1965-1980). Antes de 1900, existiam apenas seis grandes agências, incluindo a *Interstate Commerce Commission* (1887) e a *Comptroller of the Currency* (1863). De 1900-1910, apenas uma foi criada, a *Antitrust Division*. No período entre 1910-1920, surgiram mais cinco, dentre elas a *Federal Trade Commission* (1914) e a *Federal Power Commission* (1920). Entre 1920-1930 instituíram-se duas. No decênio do *New Deal*, foram criadas dez, além de outras entidades que, embora não fossem agências reguladoras, tinham estrutura e exerciam funções similares. Nos vinte anos transcorridos de 1940 até 1960 foram instituídas quatro e na década de sessenta, sete. O período entre 1970-1980 caracterizou-se como o de maior criação de agências, vinte e uma.¹⁶

No primeiro momento, a preocupação era o controle do poder monopolista e da concorrência destrutiva. Já no segundo, além das inquietações iniciais, buscou-se corrigir os problemas de informação imperfeita a consumidores e a pequenos acionistas, segurança dos produtos, proteção ao meio ambiente, certeza dos resultados da intervenção regulatória e maior equidade distributiva.

A *Federal Administrative Procedure Act* — APA — legislação editada em 1946

14. Eros Roberto Grau, *Elementos de Direito Econômico*, p. 56.

15. Calixto Salomão Filho, *Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos Jurídicos*, p. 39.

16. Cass R. Sunstein, *After of the Rights Revolution Reconceiving the Regulatory State*, pp. 242-243.

— conceituou o instituto de forma ampla. Compreende qualquer estrutura organizativa federal distinta dos poderes expressamente previstos na Constituição dos EUA.¹⁷

Pela definição, entende-se que elas correspondem a diferentes unidades que compõem a administração federal norte-americana, excluídos os órgãos diretamente integrantes do *Executive Office of the President* como, por exemplo, o *Department of State*, o *Department of Justice*, dentre outros, e as *Government Corporations*.¹⁸

Cabe observar ainda que, no contexto da administração norte-americana, as agências comportam classificação em duas espécies: *regulatory agency* e *non-regulatory agency*.¹⁹

As agências reguladoras têm poderes conferidos por delegação do Congresso Nacional. Compreendem as capacidades normativa e decisória. Condicionam direitos, liberdades e atividades econômicas. Resolvem, ainda, conflitos entre pessoas a elas vinculadas. Já as agências não reguladoras correspondem àquelas que são investidas para prestação de serviços públicos quando não exercidos pela administração centralizada, com poderes bem mais limitados, cuja atividade se reduz a reconhecer benefícios e ajudar aos mais desfavorecidos na prestação de serviços sociais.

17. "Agencies means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not include (A) the Congress, (B) the Courts of the United States, (C) the Governments of the territories of the United States, (D) the Government of the district of Columbia". Tradução livre: "Agência é qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, que esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão (A) do Congresso, (B) dos Tribunais, (C) dos Governos Regionais e (D) do Governo do distrito de Columbia" (Bernard Shwartz, *Administrative Law*, Boston/Toronto, Little Brown and Company, p. 5).

18. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, "A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes", *Revista de Direito Administrativo* 219/258-2599.

19. Idem, *ibidem*.

Um segundo critério, embasado na estabilidade de seu corpo dirigente, as diferencia em *independent regulatory agency or comission* e *executive agency*.²⁰

Nas agências reguladoras, a destituição dos dirigentes está condicionada a uma decisão do Poder Legislativo, com os motivos fixados em lei. Já nas agências executivas, que compreendem estruturas variadas, incluindo os diferentes departamentos ministeriais, o pessoal pode ser destituído *ad nutum*.

Alguns estudiosos ainda trabalham com uma terceira classificação, as chamadas *agências quase independentes*, entidades com amplos poderes delegados, caracterizando elevado grau de autonomia. Todavia, seus dirigentes podem ser afastados sem motivação, característica de dependência institucional, confundindo, assim, os poderes da agência com o grau de subordinação.²¹

A noção de agência reguladora no sistema norte-americano serviu de modelo e fonte de inspiração para vários outros sistemas jurídicos, inclusive o brasileiro.

3. Agências reguladoras

Os novos marcos regulatórios setoriais surgiram num momento histórico de profundas transformações operadas no modelo de Estado e nas suas relações com os diversos atores econômicos e sociais. Em atendimento ao poder constituinte reformador da EC n. 19/1998, criaram-se entidades dotadas de conformação jurídica peculiar.

Apeladas de *Frankensteins Administrativos* pelo ministro do STF, Nelson Jo

20. Idem, *ibidem*.

21. Nesse sentido: Eloísa Carbonell Porras, *Agencias y Procedimiento Administrativo en Estados Unidos de América*, pp. 48-49. Para a autora, essa classificação não procede por não haver agência independente, sejam quais forem os poderes que lhes tenham sido delegados, cujo dirigente não tenha mandato fixo.

bim, as agências reguladoras são entes constituídos por partes de cadáveres da velha administração que, na busca por uma identidade própria, transformaram-se, da mesma forma que o monstro do romance de Mary Shelley, nas criaturas mais incompreendidas e combatidas de todos os tempos.

A primeira impressão que se tem ao pesquisar o tema é a de que algo realmente inédito fora criado dentro da organização administrativa brasileira, ou seja, uma nova categoria jurídica teria se somado àquelas existentes. Contida a empolgação inicial percebe-se que, na realidade, esses entes são de pouca novidade na estrutura burocrático-institucional do país. Adotam forma jurídica autárquica, esta sim revolucionária à sua época, criada pelo Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, cuja força remodeladora ainda não se fez sentir de todo, como bem denota Meirelles.²²

Não há dúvidas de que algumas autarquias recentemente constituídas têm características peculiares que colocam suas leis instituidoras em posição de destaque no quadro legislativo nacional. Todavia, essa constatação não deve ser atribuída ao emprego do qualificativo — *agência reguladora* — como se os entes que o recebem pudessem fazer algo que os outros não contemplados com essa designação estariam impedidos, mas sim à adoção de um regime especial que lhes garante essa singularidade.²³

Embora não detenham certas peculiaridades que marcam a moderna regulação, no Brasil, sempre existiram entidades governamentais dotadas de poder regulatório, a exemplo do Banco Central — Bacen,²⁴ a

Superintendência de Seguros Privados — Susep,²⁵ e a Comissão de Valores Mobiliários — CVM.²⁶

Além disso, o legislador pátrio utiliza o termo *agência* há muito tempo, nos mais variados sentidos:²⁷ (a) *vulgar*, como na agência telegráfica²⁸ e agência dos correios;²⁹ (b) *específico*, como na Agência Nacional de Energia Elétrica,³⁰ Agência Nacional do Petróleo,³¹ Agência Nacional de Vigilância Sanitária³² e Agência Nacional de Telecomunicações;³³ (c) *indefinido*, como na Agência Espacial Brasileira,³⁴ ou na Agência Brasileira de Inteligência.³⁵

Na Constituição Federal de 1988 há as expressões *agências financeiras oficiais de fomento*, constante no art. 165, § 2º, e

25. Brasil, Decreto-lei n. 73, de 21.11.1966. *Dispõe sobre o sistema nacional de seguros privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências.*

26. Brasil, Lei n. 6.385, de 7.12.1976. *Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a comissão de valores mobiliários.*

27. Egon Bockmann Moreira, "Agências administrativas, poder regulamentar e o Sistema Financeiro Nacional", *Revista de Direito Administrativo* 218/95.

28. Brasil, Lei n. 3.739/1960.

29. Brasil, Leis ns. 2.821/1956 e 2.205/5194.

30. Brasil, Lei n. 9.427, de 26.12.1996. *Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências.*

31. Brasil, Lei n. 9.478, de 6.8.1997. *Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências.*

32. Brasil, Lei n. 9.782, de 26.1.1999. *Define o sistema nacional de vigilância sanitária, cria a agência nacional de vigilância sanitária, e dá outras providências.*

33. Brasil, Lei n. 9.472, de 16.7.1997. *Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n. 8 de 1995.*

34. Brasil, Lei n. 8.854, de 10.2.1994. *Cria, com natureza civil, a Agência Espacial Brasileira e dá outras providências.*

35. Brasil, Lei n. 9.883, de 7.12.1999. *Institui o Sistema Brasileiro de Inteligência, cria a Agência Brasileira de Inteligência, e dá outras providências.*

22. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, pp. 689-693.

23. Conrado Hübner Mendes, "Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão", in Carlos Ari Sundfeld (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, p. 137.

24. Brasil, Lei n. 4.595, de 31.12.1964. *Dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o conselho monetário nacional e dá outras providências.*

agências de instituições financeiras, no inciso I do art. 52 do ADCT. O mais curioso é perceber que, mesmo depois das Emendas Constitucionais ns. 8 e 9, ambas de 1995, a Carta Política contempla, tão-somente, o termo *órgão regulador*, não se referindo a *agência reguladora*.

A Lei n. 9.649/1998 também adota o termo *órgão regulador* ao se referir à ANP e à ANEEL, no Cap. IV, arts. 35 e 36. Cria ainda o qualificativo de *agência executiva*, disposto nos arts. 51 e 52, outorgado a autarquias ou fundações que tenham cumprido determinados requisitos estipulados no plano estratégico ou contrato de gestão.³⁶

Em derradeiro, os Decretos ns. 2.487 e 2.488, ambos de 1998, estabelecem a qualificação das *agências executivas*, não definindo o que vem a ser tais entidades. Dispõe, apenas, sobre o procedimento e requisitos necessários à transformação, o que levou Bandeira de Mello a concluir que estas normas não indicam quaisquer consequências extraíveis dessa atribuição, apresentando o sabor de uma comenda.³⁷

Diante desse cipoal legislativo, conclui Moreira que, “além de não haver previsões gerais definidoras do que efetivamente vem a ser uma agência no direito brasileiro, os textos legais em vigor produzem séria confusão de conceitos. Não há qualquer coerência semântica que facilite a uniformidade na interpretação de tais normas havendo leis que estabelecem o que vem o a ser o regime especial ao qual estão submetidas as agências reguladoras nunca de forma igual às demais, e outra que somente lançam tal locução quando qualificam a agência, tal como se houvesse incontroversa quanto ao uso do termo e sua especialidade”.³⁸

36. Brasil, Lei n. 9.649, de 27.5.1998. *Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.*

37. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 160.

38. Egon Bockmann Moreira, art. cit., *Revista de Direito Administrativo* 218/96-97.

Na verdade, como bem destaca Mendes, a locução — *agência reguladora* — é mero rótulo, e não título jurídico que lhes confira alguma peculiaridade.³⁹

Apesar disso, não são raros os autores que tentam classificar certo número de entidades administrativas dentro de um hipotético gênero denominado *agência reguladora*. Desconsidera-se o fato de que cada uma dessas autoridades tem uma estrutura institucional própria, com delineamento muito característico, derivado do setor específico em que se desenvolve a regulação.

Novamente reportando à lição de Mendes, o que move esses doutrinadores, “é a busca permanente por um conceito de agência reguladora (que o ordenamento positivo não dá), para que proporcione maior conforto intelectual e facilite o raciocínio, sirva como uma ferramenta para separar o joio do trigo, a agência da não-agência. Tal postura é improdutiva e provavelmente atrapalha a compreensão do fenômeno, mais complexo e não-passível de redução a um conceito, o que pode distorcer sua compreensão”.⁴⁰

A falta de definição não é, necessariamente, indicativa de problema. A existência de um conceito pode ou não contribuir para o progresso científico. “Urge, portanto, reconhecer que a elaboração dos conceitos e a pesquisa das essências devem suceder e não preceder a análise da vida jurídica em sua evolução fática. Urge aperfeiçoar os instrumentos de observação dessa realidade dos fatos, buscando o conhecimento do direito efetivo e não apenas do direito real, enunciado na lei”.⁴¹

Sundfeld acredita que as agências reguladoras foram enquadradas no gênero

39. Conrado Hübner Mendes, art. cit., in Carlos Ari Sundfeld (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, p. 137.

40. Conrado Hübner Mendes, art. cit., in Carlos Ari Sundfeld (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, p. 138.

41. Fábio Konder Comparato, *Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa*, pp. 3-4.

autarquia para evitar uma provável censura do STF que, em decisão concomitante à criação dos primeiros entes, considerou que a natureza da personalidade jurídica era fundamental para que se pudesse exercer poderes de autoridade pública.⁴²

O conceito de autarquia não tem origem na noite dos tempos. Antes se esboçou e tomou forma e corpo em época relativamente recente posterior, inclusive, à codificação do Direito Civil, em 1916.

Somente nos anos 1920 o Direito Administrativo brasileiro adotou as formas de descentralização administrativa que, desde o início do século XX proliferaram na Europa. E uma delas foi a autarquia ou estabelecimento público autônomo dos franceses com patrimônio próprio e personalidade jurídica. É a partir da década de 1930 que o fenômeno da personificação de serviços públicos floresceu mais vigorosamente, passando a constituir um índice de exuberância da vida administrativa, que não mais contém as suas funções no âmbito dos órgãos centralizados. Essa personificação se realiza não só através das autarquias como de órgãos técnicos pelos quais se ampliam as atividades, cada vez mais difusas.⁴³

Em suma, o Estado, diante da necessidade de personalizar um serviço público o faz, dando-lhe organização suficiente para representá-lo sempre que corresponda a um grupo de interesses coletivos e permanentes distintos dos do próprio Estado.

42. Carlos Ari Sunfeld, "Introdução às agências reguladoras", in Carlos Ari Sunfeld (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, pp. 26-27. Referiu-se o autor à ADIn n. 1.717-6, em que foi suspensa, por inconstitucionalidade, a transformação, operada pelo art. 58 da Lei n. 9.649, de 25.5.1998, da personalidade jurídica das então autarquias profissionais, de pública para privada.

43. Nesse sentido: Mauro Roberto Gomes de Mattos, "Agências reguladoras e suas características", *Revista de Direito Administrativo* 218/74. Segundo o autor, o conceito de autarquia desenvolveu-se já na década de 1920 e se acentuou na de 1930, momento em que intensifica a necessidade de promover a descentralização do poder público no país.

O art. 2º do Decreto n. 6.016, de 22 de novembro de 1943, definiu autarquia como "o serviço estatal descentralizado com personalidade de direito público implícita ou explicitamente criado por lei". Contudo, a conceituação legal vigente é a do art. 5º, I, do Decreto-lei n. 200/1967. Autarquia é "o serviço autônomo, criado em lei como personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da administração pública, que requeiram para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada".⁴⁴

As agências reguladoras são autarquias submetidas a um regime especial, todavia, percebe-se que não houve, na conceituação legal, qualquer referência a essa espécie e o que as diferenciariam das de regime comum.

O legislador não previu que sua criação, revolucionária à época, fosse deturpada a ponto de perder sua principal característica, qual seja, a autonomia, que esteve presente mais na teoria que na prática, emperrada que foi por interesses políticos e burocracias ineficientes. Essa é a razão para que leis facultem, no presente, um grau mais intenso de liberdade gerencial, devolvendo a essas entidades o que lhes foi retirado no passado.⁴⁵

Assim, segundo Meirelles, "a autarquia de regime especial é toda aquela que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar a sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais perti-

44. Brasil, Decreto n. 200, de 25.2.1967. *Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências*.

45. Nesse sentido: Caio Tácito, "Reforma de Estado e a modernidade administrativa", *Revista de Direito Administrativo*, jan.-mar. de 1999, pp. 2-3. Para o autor, "uma longa herança patrimonialista na gestão pública e a frequência de abusos e desvios na condução das atividades descentralizadas levaram, a um processo crescente de limitação da autonomia a importar a inoperância de resultados".

nentes a essas entidades de personalidade pública. O que posiciona a autarquia como regime especial, são as regalias que a lei criadora confere, para o pleno desempenho de suas finalidades específicas".⁴⁶

Em síntese, as autarquias de regime comum diferem-se das de regime especial pelo fato destas últimas terem prerrogativas estabelecidas pela sua lei instituidora que exorbitam a norma geral que regulamenta as primeiras.

O fato das agências reguladoras situarem-se na esfera da administração indireta⁴⁷ não proporciona, necessariamente, uma maior exposição às ingerências políticas. Elas gozam de um grau elevado de autonomia derivada de seu arranjo legal.

A previsibilidade de supervisão ministerial às autarquias tenciona garantir, segundo o art. 26 do Decreto-lei n. 200/1967: (a) a realização dos objetivos fixados no ato de constituição; (b) a harmonia com a política e a programação do governo no setor de atuação; e (c) a eficiência administrativa, operacional e financeira.⁴⁸

Arnoldo Wald e Luiza Moraes, em cioso estudo sobre o assunto, identificam quatro espécies de autonomia que podem estar presentes nestas entidades: (a) *autonomia decisória*, que consiste na capacidade de resistir às pressões de grupos de interesse, consolidada através da adoção de procedimentos especiais para a nomeação e demissão de dirigentes hierarquicamente não subordinados, associados à fixação de

mandatos longos, escalonados e não coincidentes com o ciclo eleitoral, isolando a direção de interferências indesejáveis por parte do governo ou da indústria; (b) *autonomia de objetivos*, que compreende estabelecimento de metas não conflituosas com a busca prioritária do bem-estar do consumidor, de preferência, poucas e bem definidas; (c) *autonomia de instrumentos*, que é a capacidade de escolher as formas de regulação — tarifas, por exemplo — de modo a alcançar seu fim de forma eficiente; e (d) *autonomia financeira*, que vincula a disponibilidade de recursos materiais e humanos suficientes para a execução de suas atividades.⁴⁹

Não são raros os exemplos na doutrina de autores que, ao invés de utilizarem a expressão *autonomia*, preferem falar em *independência*, opção exagerada para ser utilizada como sinônimo de *capacidade administrativa*. Para Sundfeld, o apelo a esse termo, "é uma afirmação retórica com o objetivo de acentuar o desejo de que a agência seja um ente autônomo em relação ao 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".⁵⁰

Essa autonomia, contudo, está ameaçada pelo Projeto de Lei n. 3.337, enviado à Câmara dos Deputados no dia 13 de abril de 2004. Considerado pelo governo como vital para permitir o investimento nos setores de infra-estrutura foi mal recebido por especialistas, que viram nele uma tentativa do governo de cercear a liberdade das agências reguladoras.

4. Projeto de Lei n. 3.337/2004

De autoria do Poder Executivo, visa instituir uma lei geral, a partir do estabeleci-

46. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 310.

47. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "a administração indireta é formada pelo conjunto de pessoas jurídicas de direito público ou privado, às quais a lei atribui o exercício de funções administrativas. São sempre criadas por lei específica, que lhes determina as finalidades e/ou atribui funções: no caso de execução de serviços públicos, trata-se de uma descentralização funcional, pela qual a entidade criada passa a deter a titularidade e a execução do serviço" (*Direito Administrativo*, p. 56).

48. Brasil, Decreto n. 200, de 25.2.1967. *Dispõe sobre a organização da administração federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.*

49. Arnoldo Wald e Luiza Rangel Moraes, "Agências reguladoras", *Revista de Informação Legislativa* 141/146.

50. Carlos Ari Sundfeld, "Introdução às agências reguladoras", in Carlos Ari Sundfeld (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, p. 24.

mento de um conjunto de regras para orientar a gestão e a atuação das atuais agências reguladoras e das que vierem a ser criadas.

As medidas propostas são resultado das recomendações do grupo de trabalho interministerial criado por determinação do Presidente da República em março de 2003 para: (a) analisar o arranjo institucional regulatório no âmbito federal; (b) avaliar o papel das agências reguladoras; e (c) apontar medidas corretivas do modelo adotado.⁵¹

Foram elaborados dois anteprojetos, consolidados no projeto ora em tramitação. O primeiro dispunha sobre a gestão, a organização e o controle social das agências; e o segundo tratava de alterações a dispositivos das leis de regência de cada uma das agências das áreas de infra-estrutura.⁵²

51. O grupo de trabalho foi coordenado pela Casa Civil e contou com representantes de todos os Ministérios detentores de agências reguladoras vinculadas em suas pastas (de Minas e Energia, das Comunicações, da Saúde, dos Transportes, do Meio Ambiente e da Cultura), e com representantes dos Ministérios da Fazenda, da Defesa, do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Justiça e da Advocacia-Geral da União. Além do levantamento dos principais problemas na gestão das políticas públicas setoriais, o grupo também ouviu parlamentares e consultou extensa literatura nacional e estrangeira acerca das questões relacionadas, tanto com o formato institucional das agências reguladoras no Brasil, quanto com o desenho de instituições reguladoras genericamente considerado. O relatório do Grupo de Trabalho foi discutido no âmbito do Comitê Executivo da Câmara de Políticas de Infra-Estrutura e da Câmara de Política Econômica. As sugestões analisadas foram incorporadas no documento final do grupo, submetidas à apreciação do Presidente da República em 2.9.2003 (Brasil, Projeto de Lei n. 3.337/2004, que dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis n. 9.472, de 16 de julho de 1997, n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999, n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000, n. 9.984, de 17 de julho de 2000, n. 9.986, de 18 de julho de 2000, e n. 10.233, de 5 de junho de 2001, da MP n. 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências).

52. Estes anteprojetos de lei foram submetidos à consulta pública pela Casa Civil. Recebeu quase setecentas contribuições sobre os mais diversos aspectos de mérito da matéria neles tratada. As contri-

Sob a justificativa de aumentar os mecanismos de controle social e de prestação de contas, seriam instituídos ou ampliados instrumentos de controle, responsabilização e transparência, como: (a) a consulta pública; (b) a apresentação de relatórios anuais ao ministério a que a agência estiver vinculada e ao Congresso Nacional; (c) a obrigatoriedade de contrato de gestão entre o ministério e a agência; e (d) a criação de ouvidorias.

O projeto de lei estende para todas as agências a exigência de celebração do contrato de gestão e desempenho⁵³ com o titular do ministério a que estiver vinculada cada uma delas, nos termos do § 8º do art. 37 da Constituição Federal.

Esse contrato, um dos itens mais criticados da proposta por ameaçar a autonomia das entidades, que se tornariam reféns da obrigatoriedade em se acordar com o ministério, será negociado e celebrado entre a diretoria ou conselho diretor e o ministro a que estiver vinculada a agência.

Nesses termos, o contrato de gestão consiste num golpe ao modelo existente. Viola suas próprias características, como a

buições obtidas foram compartilhadas e debatidas com o Ministério da Fazenda, cuja participação foi fundamental para o aprimoramento das medidas propostas no projeto de lei que, na verdade, é a reunião dos dois anteprojetos, conforme mencionado (Brasil, Projeto de Lei n. 3.337/2004, que dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis n. 9.472, de 16 de julho de 1997, n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999, n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000, n. 9.984, de 17 de julho de 2000, n. 9.986, de 18 de julho de 2000, e n. 10.233, de 5 de junho de 2001, da MP n. 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências).

53. O contrato de gestão e desempenho, inserido na Constituição Federal pela EC n. 19/1998, é um contrato interno, celebrado pelo órgão ou entidade com seu superior. Por ele, é ampliada a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos primeiros, tornando-as agências executivas (Marco Aurélio Gumieri Valério, *Antitruste em Setores Regulados*, no prelo).

consensualidade e a ampliação da autonomia das entidades contratantes.⁵⁴

Terá duração mínima de um ano, será avaliado periodicamente e, se necessário, revisado por ocasião da renovação parcial da diretoria da autoridade reguladora.

Além de estabelecer parâmetros para a administração interna da agência, o contrato de gestão e desempenho deverá especificar: (a) metas de desempenho administrativo e de fiscalização a serem atingidas; (b) prazos de consecução e respectivos indicadores; (c) mecanismos de avaliação que permitam quantificar o alcance das metas, estimar recursos orçamentários e cronograma de desembolso dos recursos financeiros; (d) as obrigações e responsabilidades das partes em relação às metas definidas; e (e) a sistemática de acompanhamento e avaliação, contendo critérios, parâmetros e prazos, bem como as medidas a serem adotadas em caso de descumprimento injustificado das metas e obrigações pactuadas.

Outro ponto controvertido é a restituição, aos ministérios, das atribuições relativas à outorga de concessões, permissões e autorizações.

O projeto entende que o Estado é o titular do direito de explorar, direta ou indiretamente, os serviços públicos. Assim, a faculdade de celebração de contratos de outorga, atribuída às agências em suas leis específicas é vista como mera liberalidade do legislador, daí a possibilidade de sua transferência.

54. Em seu art. 37, § 8º, a Constituição Federal garante que órgãos ou entidades terão autonomia ampliada. Os órgãos, todavia, são despersonalizados, de modo que seria aplicável somente às entidades, que são pessoas jurídicas. Além disso, não seria possível a modificação da autonomia financeira e orçamentária por intermédio de simples contrato, uma vez que a peça orçamentária deve ser formalizada mediante lei específica. Finalmente, o contrato de gestão é uma espécie de contrato *consigo mesmo*. Desnecessário, haja vista o princípio hierárquico da administração.

Embora disponha expressamente que a competência de conceder outorgas e celebrar contratos de concessão e permissão é do Poder Executivo, o projeto deixa ao livre-arbítrio de cada ministério a possibilidade de delegar, ou não, essas atribuições à agência.

Preserva-se, porém, na esfera dessas entidades, a competência de promover os procedimentos licitatórios, a fim de evitar-se, segundo a exposição de motivos, “o desperdício da experiência já acumulada e assegurar-se a observância de aspectos técnicos que irão ter direta consequência nas funções de regulação e fiscalização sob sua responsabilidade”.⁵⁵

O projeto mantém o atual sistema de mandatos escalonados dos dirigentes e a forma de não-coincidência desses com o do Presidente da República, além das atuais condições para a demissão e substituição, afastada a possibilidade de demissão unilateral e a qualquer tempo (*ad nutum*).⁵⁶

Cabe salientar que os agentes lotados nessas entidades estão submetidos a um regime de incompatibilidades para exercício de função pública e às normas específicas próprias a cada agência e ao seguimento que está a seu cargo regular. Pode ainda ser exigido, como pré-requisito à ocupação, a especialização técnica, aferida por meio

55. Brasil, Exposição de motivos do Projeto de Lei n. 3.337/2004, que dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis n. 9.472, de 16 de julho de 1997, n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999, n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000, n. 9.984, de 17 de julho de 2000, n. 9.986, de 18 de julho de 2000, e n. 10.233, de 5 de junho de 2001, da MP n. 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências.

56. A destituição, máxima punição aplicável a dirigentes de entes reguladores deve estar sempre relacionada com o descumprimento de sua função de bem servir a comunidade (*during good behavior*), após a aferição em procedimento administrativo, em conformidade com o art. 5º, LV, da CF. Nesse sentido: Arnoldo Wald e Luiza Rangel Moraes, art. cit., *Revista de Informação Legislativa* 141/148-149.

de antecedentes comprovados, ou seleção aberta para postulação.⁵⁷

O texto apresentado uniformiza a duração dos mandatos em quatro anos, permitida uma única recondução, além da estabilidade dos presidentes ou diretores-gerais. Estabelece também que somente poderão perder o mandato em caso de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.

Para que seja garantida a prerrogativa do Presidente da República escolher os dirigentes das agências reguladoras, a proposição estabelece que os mandatos dos presidentes e diretores-gerais deverão encerrar-se a partir do 13^o e até o 18^o mês do mandato do Chefe do Executivo. Dessa forma, os primeiros mandatos poderão, em caráter excepcional, ter mandatos inferiores a quatro anos, permitindo-se a adequação deles ao princípio geral.

Assunto importante deixado de lado pela proposta de reforma é a questão da chamada quarentena. Sua principal finalidade é evitar a transferência imediata do dirigente da agência reguladora para o agente regulado, levando consigo informações privilegiadas às quais teve acesso durante seu mandato. Assim, seu afastamento de toda e qualquer atividade por um lapso temporal é uma garantia de que não fará uso indevido desse conhecimento.

Os dirigentes não podem manter, durante o mandato e na quarentena, qualquer vínculo com o concedente, concessionário ou associação de usuários. Devem ser licenciados ou ter seus trabalhos suspensos e não postos à disposição da agência, sob

57. Um comentário ainda freqüente é o de que, ao se nomear para o corpo de dirigentes das agências reguladoras especialistas que, via de regra, atuam na iniciativa privada, se estaria colocando raposas para tomar conta dos galinheiros. A melhor resposta a essa metáfora é a de que não há ninguém mais entendido em galinhas que raposas (Marco Aurélio Gumieri Valério, *Antitruste em Setores Regulados*, no prelo).

pena de restar mantido o vínculo e a potencialidade de interferência.⁵⁸

Ainda de acordo com a proposta, todas as agências reguladoras contarão com um ouvidor com mandato fixo que exercerá suas atribuições sem subordinação hierárquica e sem acumulações com outras funções.

A audiência à sociedade é um mecanismo de apuração do acervo de esperanças, de anseios, de expectativas, de queixas, de reclamações, enfim, é a tentativa de ouvir o que germina, o que transita pelos desvãos da sociedade. Caso não se tome a devida cautela, o ouvidor poderá instituir-se num interventor permanente. Contrariamente, assim, a natureza intermediadora da ouvidoria de interligar comunidade e entidade.

Ao ouvidor cabe facilitar as relações existentes entre o usuário do serviço público e os órgãos da administração, viabilizando a resolução de eventual conflito que daí decorrerem, de forma equânime, independente e eficaz.

As discussões dentro do governo levaram à conclusão que a presença das agências reguladoras é indispensável: (a) para a atração dos investimentos privados; (b) para a redução do chamado risco de captura do processo regulatório por grupos de interesse; e (c) para a necessidade de fortalecer a economia nacional.

Elas atendem ao interesse da sociedade e, em especial, dos consumidores e usuários de serviços públicos em setores regulados. Diante disso, seus defensores no Congresso Nacional decidiram criar uma frente parlamentar de defesa das agências. Em função das objeções técnicas da equipe econômica e das críticas da oposição, em maio de 2004 o projeto já havia perdido a força. O governo retirou o regime de urgência que havia pedido na tramitação.

58. Nesse sentido: Marcos Juruena Villela Souto, "Agências reguladoras", *Revista de Direito Administrativo* 216/140.

O projeto está no plenário da Câmara desde julho de 2004, mas não há um mínimo de consenso para prosseguir com a votação. Argumenta-se que o lado bom da espera é que, aos poucos, o projeto é melhorado. O ponto de vista do governo evoluiu muito nesses meses. Os especialistas no assunto respondem que a melhoria viria de qualquer jeito, bastaria que os deputados e senadores trabalhassem de forma mais intensa. De modo geral, desperdiça-se muito tempo sem que debates produzam resultado prático.

Sua aprovação final segue totalmente incerta. Foi o que mostrou a reação ao pedido do presidente da Câmara para que o tema voltasse a ser considerado prioritária, uma vez passada as eleições municipais. Nem os aliados se dispuseram a colaborar. O que resta é esperar.

5. Proposta de Emenda à Constituição n. 81/2003

O Projeto de Lei n. 3.337/2004, em tramitação na Câmara, é uma das prioridades legislativas do Palácio do Planalto. Porém, seu desenho pode ter que se adaptar ao que manda a Proposta de Emenda à Constituição n. 81/2003 do senador Tasso Jereissati do PSDB/CE.⁵⁹

59. Brasil, *Proposta de Emenda à Constituição n. 81/2003, que acrescenta o art. 174-A à Constituição Federal, para fixar os princípios da atividade regulatória*. A proposta de Tasso Jereissati estabelece 14 princípios para a atividade regulatória: I — proteção do interesse público; II — defesa do consumidor e da concorrência; III — promoção da livre iniciativa; IV — prestação de contas; V — mínima intervenção na atividade empresarial; VI — universalização, continuidade e qualidade dos serviços; VII — imparcialidade, transparência e publicidade; VIII — autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira; IX — decisão colegiada em agências reguladoras; X — decisão monocrática recorrível a colegiado em agências executivas; XI — investidura a termo dos dirigentes e estabilidade durante os mandatos; XII — notória capacidade técnica e reputação ilibada para funções de direção em agências reguladoras; XIII — estabilidade e previsibilidade das regras; XIV — vinculação aos regulamentos, contratos e pactos.

A PEC contempla vários dos princípios já presentes na legislação vigente das agências reguladoras. Ao elevar os princípios ao patamar constitucional, reconhece-se a importância da atividade reguladora para o Estado, além de estender os princípios a todas as entidades.

Apesar de não eliminar a necessidade de uma Lei Geral das Agências Reguladoras, a proposta fixa novos parâmetros a serem observados pela lei ordinária, como a determinação de que essas autarquias especiais gozarão de liberdade decisória, administrativa e financeira. Esse é um dos pontos de maior controvérsia do Projeto de Lei n. 3.337/2004, que é acusado de retirar autonomia das agências reguladoras e, dessa forma, deixar marcos regulatórios essenciais à estabilidade do mercado vulneráveis a decisões de governo, fator considerado negativo por especialistas no assunto.

A PEC determina ainda que a regulamentação do assunto será feita mediante lei complementar em vez de lei ordinária. Caso a proposta seja incluída no texto constitucional, a tramitação do projeto do governo, em exame na Câmara, teria que ser iniciada novamente.

Para se tornar emenda constitucional, a proposta que especifica os princípios das agências reguladoras precisa ser aprovada em primeiro e segundo turnos nas duas casas do Congresso Nacional. A matéria já está no Plenário do Senado, onde o senador Ney Suassuna do PMDB/PB incluiu novos dispositivos que ainda serão analisados na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania — CJC. Depois a proposta será submetida à votação em primeiro turno.

Para garantir que as agências não se desviem de suas finalidades como entidades estatais, a PEC prevê, ainda, que a imparcialidade, transparência e publicidade devem nortear suas ações.

A estabilidade do mercado é outra preocupação da proposta. Para isso, a PEC determina que as agências devem exercer mínima intervenção na atividade empresaria-

rial e a promoção da livre iniciativa. A previsibilidade dos marcos regulatórios para os setores da economia e a observância aos contratos também estão contempladas na proposição.

Conclusão

Evidentemente, o tema apresenta outras facetas que não foi possível estudar aqui. Ao reunir a opinião de vários autores renomados e estudiosos da matéria, tencionou-se contribuir para o desenvolvimento dos debates em torno do assunto. Não houve, em hipótese alguma, a preocupação em se esgotar a matéria, cingindo-se a buscar certa sistematização sem eliminar eventuais divergências de opiniões sobre problemas específicos.

Nesse sentido, procurou-se analisar dogmática e criticamente a regulação e a agência reguladora, sob a luz do ordenamento jurídico brasileiro e estrangeiro.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, partiu-se do objetivo inicial de se enquadrar o tema dentro da reforma estrutural estatal, causa de todas as inovações no âmbito da administração pública.

Posteriormente, passou-se a tecer considerações a respeito da difícil tarefa de definir juridicamente a regulação, cujo conceito é fundamental para a delimitação da competência dos órgãos e entidades públicas que exercem essa função. Não se trata, como demonstrado, de preocupação meramente acadêmica.

Noutro momento, traçou-se a origem das agências administrativas dentro do direito norte-americano, modelo não apenas para a reforma brasileira, como para a de vários outros países embaçados, anteriormente, numa maior presença do Estado na economia. Apontou-se, ainda, para as suas principais características como entidade de natureza autárquica.

Em derradeiro, analisou-se a proposta governamental concretizada no Projeto de Lei n. 3.337/2004, em tramitação na

Câmara e a Proposta de Emenda à Constituição n. 81/2003 do senador Tasso Jereissati do PSDB/CE, apresentando-se suas vantagens e desvantagens.

O fim desse conjunto de medidas deve ser propiciar a tão desejada estabilidade jurídica vindo, assim, ao encontro das necessidades brasileiras de atrair e manter o capital produtivo, garantindo a expansão dos investimentos de longo prazo na infraestrutura e nos serviços públicos essenciais, assim como o incremento do emprego e da renda.

Bibliografia

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. "O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito", *Revista de Informação Legislativa* 148, Brasília, out.-dez. 2000.
- _____. "Conceito jurídico de regulamentação da economia", *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, abr.-jun. 2001.
- BRASIL. Decreto-lei n. 73, de 21.11.1966. *Dispõe sobre o sistema nacional de seguros privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>, acesso em 12.7.2003.
- _____. Decreto n. 200, de 25.2.1967. *Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>, acesso em 12.7.2003.
- _____. Lei n. 4.595, de 31.12.1964. *Dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o conselho monetário nacional e dá outras providências*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>, acesso em 12.7.2003.
- _____. Lei n. 6.385, de 7.12.1976. *Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a comissão de valores mobiliários*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>, acesso em 12.7.2003.
- _____. Lei n. 8.854, de 10.2.1994. *Cria, com natureza civil, a Agência Espacial Brasileira e dá outras providências*. Disponí-

vel em <<http://www.planalto.gov.br>>, acesso em 12.7.2003.

_____. Lei n. 9.427, de 26.12.1996. *Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>, acesso em 12.7.2003.

_____. Lei n. 9.472, de 16.7.1997. *Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n. 8 de 1995*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>, acesso em 12.7.2003.

_____. Lei n. 9.478, de 6.8.1997. *Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>, acesso em 12.7.2003.

_____. Lei n. 9.649, de 27.5.1998. *Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>, acesso em 12.7.2003.

_____. Lei n. 9.782, de 26.1.1999. *Define o sistema nacional de vigilância sanitária, cria a agência nacional de vigilância sanitária, e dá outras providências*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>, acesso em 12.7.2003.

_____. Lei n. 9.883, de 7.12.1999. *Institui o Sistema Brasileiro de Inteligência, cria a Agência Brasileira de Inteligência, e dá outras providências*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>, acesso em 12.7.2003.

_____. Exposição de motivos do Projeto de Lei n. 3.337/2004, *que dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis n. 9.472, de 16 de*

julho de 1997, n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999, n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000, n. 9.984, de 17 de julho de 2000, n. 9.986, de 18 de julho de 2000, e n. 10.233, de 5 de junho de 2001, da MP n. 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências. Disponível em <<http://camara.gov.br>>, acesso em 8.10.2004.

_____. *Proposta de Emenda à Constituição n. 81/2003, que acrescenta o art. 174-A à Constituição Federal, para fixar os princípios da atividade regulatória*. Disponível em <<http://camara.gov.br>>, acesso em 28.2.2005.

CAMPOS, A. M. "Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?", *Revista de Administração Pública*, n. 20, v. 2, São Paulo, fev.-abr. 1990.

CARBONELL PORRAS, Eloísa. *Agencias y Procedimiento Administrativo en Estados Unidos de América*. Madri, Marcial Pons, 1996.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. "A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes", *Revista de Direito Administrativo* 219, Rio de Janeiro, jan.-mar. 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa*. São Paulo, Ed. RT, 1970.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. São Paulo, Atlas, 2002.

_____. *Direito Administrativo*. São Paulo, Atlas, 1996.

FIANI, Ronaldo. "Teoria da regulação econômica: estado atual e perspectivas futuras", *Textos para Discussão* 423, Instituto de Economia/UFRJ, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo, Ed. RT, 1981.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. "A nova regulação estatal e as agências independentes", in SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. "Agências reguladoras e suas características",

- Revista de Direito Administrativo* 218, Rio de Janeiro, out.-dez. 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Ed. RT, 1987.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.
- MENDES, Conrado Hübner. "Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão", in SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.
- MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito Econômico*. Coimbra, Coimbra Editora, 1988.
- MOREIRA, Egon Bockmann. "Agências administrativas, poder regulamentar e o Sistema Financeiro Nacional", *Revista de Direito Administrativo* 218, Rio de Janeiro, out.-dez. 1999.
- MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra, Almedina, 1997.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Relationship Between Regulators and Competition Authorities*. Disponível em <<http://www.oecd.org>>, acesso em 12.8.2002.
- PEGRUM, Dudley F. *Public Regulation of Business*. Homewood Illinois, Richard D. Irwin Inc., 1965.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos Jurídicos*. São Paulo, Malheiros Editores, 2001.
- _____. *Direito Concorrencial — As Estruturas*. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. "Agências reguladoras", *Revista de Direito Administrativo* 216, Rio de Janeiro, abr.-jun. 1999.
- SUNDFELD, Carlos Ari. "Introdução às agências reguladoras", in SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.
- SUNSTEIN, Cass R. *After of the Rights Revolution Reconceiving the Regulatory State*. Massachussets, Harvard University Press, 1990.
- TÁCITO, Caio. "Reforma de Estado e a modernidade administrativa", *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, jan.-mar. 1999.
- VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. "Reforma regulatória e Sistema Financeiro Nacional", *RDM* 129/174-186, São Paulo, jan.-mar. 2003.
- _____. *Antitruste em Setores Regulados*. Franca, Lemos & Cruz, 2005, no prelo.
- WALD, Arnaldo, e MORAES, Luiza Rangel. "Agências reguladoras", *Revista de Informação Legislativa* 141, Brasília, jan.-mar. 1999.