

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

PAULA JOYCE DE CARVALHO ANDRADE DE ALMEIDA

**O CONTROLE DA ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS FEDERAIS BRASILEIRAS**

São Paulo

2007

PAULA JOYCE DE CARVALHO ANDRADE DE ALMEIDA

**O CONTROLE DA ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS FEDERAIS BRASILEIRAS**

Dissertação apresentada na Universidade
Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito
Político e Econômico

Orientador: Prof. Dr. José Carlos Francisco

São Paulo

2007

PAULA JOYCE DE CARVALHO ANDRADE DE ALMEIDA

**O CONTROLE DA ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS FEDERAIS BRASILEIRAS**

Dissertação apresentada na Universidade
Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito
Político e Econômico

Aprovado em 13 de fevereiro de 2008.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Carlos Francisco
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof^ª. Dr^ª. Mônica Herman Salem Caggiano
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Paulo Adib Casseb
Faculdades Metropolitanas Unidas

À minha mãe e ao meu padrasto (*in memoriam*), pela dedicação de horas de estudo ao meu lado na minha infância, ensinando-me a valorizar a cultura. Ao meu marido e ao meu pequeno Alexandre, incentivadores deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

De modo muito especial, agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. José Carlos Francisco, que teve dedicação ímpar ao me passar seus ensinamentos e balizar o trabalho. E à Prof^a. Mônica Herman Salem Caggiano pelo germe plantado na escolha do tema.

RESUMO

O objetivo desse trabalho monográfico será analisar, sob o aspecto jurídico, o tema recente, portanto sem uma bibliografia ampla no ordenamento jurídico brasileiro, conhecido como *O controle da atuação das agências reguladoras federais brasileiras*.

Longe da perfeição, de querer resolver todas as questões que envolvem o assunto, consistirá na busca doutrinária singela do estudo das formas de controle da atuação dessas agências no âmbito federal brasileiro.

Para se alcançar o tema sugerido, será feita uma análise sucinta da *Intervenção do Estado no domínio econômico* e suas *funções reguladora e fiscalizadora*. Apresentaremos o conceito de *agências reguladoras*, o que faz delas *autarquias especiais*, qual a sua função e esfera de atuação. A diferença entre os conceitos de *regulação* e *regulamentação* e *autonomia* e *independência* também serão estudados para melhor compreensão do tema proposto. Dessa forma, o estudo não é o primeiro fruto e não será o último nessa seara, mas certamente valerá lições preciosas e dará continuidade a outras pesquisas já realizadas. Terá, ainda, o propósito de provocar reflexões e debates para o aperfeiçoamento do tema, fomentando questões para a busca de maior efetividade dos controles, inclusive com a criação de novos mecanismos e aperfeiçoamento dos atuais.

Palavras-chave: agência reguladora; José Carlos Francisco; regulação; controle.

ABSTRACT

The purpose of the present study shall be to analyze, from the judicial point of view, this novel theme in the Brazilian judicial ordinance, known as *Regulatory Agencies and the control of its performance*.

Far from being perfect, or aiming to answer all questions that are involved in this subject, this monograph searches for the doctrine in the study of the types of performance controls used by these agencies, which certainly is not studied quite enough.

To reach the intended objective, we propose a brief analysis of the *Government Interference in the Economic Area* and its *Ruling and Investigating Function*. We submit the idea of *ruling agency*, as a special department, with its function and restriction of actual work. The difference between the concepts of ruling and regulations, as well as autonomy and independence will also be studied for a better understanding of the proposed subject. So, this study is not the first one and will not be the last one of the subject in this track. Certainly it is worthy to give continuity to researches already made in this area. It aims also to stimulate thoughts and debates to advance the understanding of the subject, opening the mind to more questions, looking for more efficiency in controlling, including the creation of new techniques of control and improvement of the existing ones.

Key-Word: Regulatory Agencies. José Carlos Francisco. Ruling. Control.

ABREVIATURAS E SIGLAS

AGN	–	Auditoria General de la Nación
ANA	–	Agência Nacional de Águas
Anac	–	Agência Nacional de Aviação Civil
Anatel	–	Agência Nacional de Telecomunicações
Ancine	–	Agência Nacional de Cinema
Aneel	–	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	–	Agência Nacional de Petróleo
ANS	–	Agência Nacional de Saúde
Antaq	–	Agência Nacional de Transporte Aquaviário
ANTT	–	Agência Nacional de Transporte Terrestre
Anvisa	–	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APA	–	Administrative Procedure Act
art(s).	–	artigo(s)
CADE	–	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CF	–	Constituição Federal
CIDE	–	contribuições de intervenção no domínio econômico
CMT	–	Comissão do Mercado de Telecomunicações
CNC	–	Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC),
CNE	–	Comissão Nacional de Energia
CNRT	–	Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT),
CPC	–	Código de Processo Civil
CPI	–	Comissão Parlamentar de Inquérito

<i>CRA</i>	–	<i>Congressional Review Act (CRA)</i>
Dec(s).	–	Decreto
Dec.-lei	–	Decreto-lei
Enargas	–	Ente Nacional Regulador del Gas
ENOHSA	–	Ente Nacional de Obras Hídricas de Saneamiento
ENRE	–	Ente Nacional Regulador de la Electricidad
inc(s).	–	inciso(s)
LACP	–	Lei da Ação Civil Pública
LAP	–	Lei da Ação Popular
Mercosul	–	Mercado Comum do Sul
ORSNA	–	Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos
SCG	–	Superintendências de Concessões e Autorizações e Geração
SCT	–	Concessões e Autorizações de Transmissão e Distribuição
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

I INTRODUÇÃO	13
II A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO	15
1 Evolução	15
2 O Estado intervencionista – atuação direta.....	17
3 O Estado regulador – atuação indireta.....	18
4 A finalidade da intervenção estatal na regulação econômica	19
5 A denominação <i>serviço público</i>	21
6 Regulação e regulamentação	24
III AGÊNCIAS REGULADORAS	29
1 Aspectos gerais do regime jurídico das agências reguladoras.....	30
2 Conceito.....	33
3 Justificativa de <i>Autarquia Especial</i>	34
4 O sentido da expressão “ <i>lei específica</i> ”	36
4.1 O princípio da legalidade.....	38
4.2 A especialidade das agências reguladoras	41
5 Controles e funções exercidos pelas agências reguladoras	42
5.1 Controle exercido pela Aneel	44
5.2 Controle exercido pela Anatel	45
5.3 Controle exercido pela ANP	46
5.4 Controle exercido pela Anvisa.....	47

5.5 Controle exercido pela ANS	50
5.6 Controle exercido pela ANA	52
5.7 Controle exercido pela ANTT e Antaq.....	53
5.8 Controle exercido pela Anac.....	57
5.9 Função executiva	59
5.10 Função julgadora.....	61
5.11 Função normativa	62
6. Autonomia ou independência	65
6.1 Autonomia administrativa.....	67
6.2 Mandato dos dirigentes	67
6.3 Autonomia financeira	68
6.4 Autonomia técnica	69

IV CONTROLE EXERCIDO SOBRE A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS BRASILEIRAS.....

1 O papel do controle.....	71
2 Conceito de controle.....	75
3 O controle como forma de exercício do direito e da democracia.....	78
4 O controle da Administração Indireta	80
4.1 Controle interno	83
4.1.1 Recursos Administrativos	84
4.1.1.1 Pedido de reconsideração	86
4.1.1.2 Recurso hierárquico próprio.....	86
4.1.1.3 Recurso hierárquico impróprio.....	87
4.1.2 Autocontrole.....	90
4.1.3 Controle hierárquico.....	91
4.1.4 Controle de gestão.....	92
4.1.5 Inspeção, auditoria e correição.....	93
4.1.6 Supervisão	95
4.1.7 Pareceres vinculantes	95
4.1.8 Ouvidor	96
4.2 Controle financeiro	96
5 O Controle pelo Poder Executivo.....	97
6 O Controle Político.....	99

7 O Controle pelo Poder Legislativo	101
7.1 O Controle pelo Tribunal de Contas da União	101
7.2 O Controle Parlamentar	106
8 O Controle pelo Poder Judiciário	110
8.1 <i>Habeas data</i>	115
8.2 Ação civil pública	117
8.3 Ação popular	120
8.4 Mandado de segurança individual e coletivo	121
8.5 Ação de improbidade administrativa	122
8.6 Mandado de injunção	122
9 O Controle pelo Ministério Público	122
9.1 Inquérito civil público	127
9.2 Compromisso ou termo de ajustamento de conduta	128
10 O Controle social	129
11 O Controle Ministerial	131
12 Agências reguladoras no Direito estrangeiro	133
12.1 Estados Unidos da América	134
12.2 Espanha	136
12.3 Argentina	137
V CONCLUSÃO	140
REFERÊNCIAS	142
Índice de assuntos	151
Índice de autores	153

I INTRODUÇÃO

A proposta de uma dissertação de mestrado tem de considerar não apenas a relação de afinidade do mestrando com conteúdo do assunto escolhido, mas, sobretudo, a utilidade prática da aplicação do estudo desenvolvido. A matéria abordada neste trabalho é bem pertinente nos tempos atuais, com os problemas surgidos nas políticas de *tráfego aéreo*, *pedagiamento de rodovias*, *exploração de petróleo e seus derivados* e outras matérias subordinadas às agências reguladoras brasileiras e relativas a seu controle e sua independência. Não há como adentrar no estudo sem tratarmos de alguns aspectos elementares das agências, como a forma autárquica, qual a finalidade, competência e atribuições e características relevantes como a autonomia administrativa, financeira e técnica e, também, a (alegada) independência. É de suma importância também distinguirmos os conceitos de regulação e regulamentação, que merecem total atenção, para que possamos verificar como é feito o controle e quais são os órgãos e as pessoas competentes para fazê-lo.

Apesar de as agências reguladoras serem tratadas como novos entes da Administração Pública brasileira, verifica-se que, muito antes da onda de *agencialização* ocorrida na década de 1990, já haviam sido criados entes que funcionavam como órgãos reguladores da economia. Por isso, estudaremos no segundo capítulo os delineamentos do Estado Regulador e a sua finalidade, a denominação de serviço público, a onda de privatizações e os conceitos que se mostram importantes e merecem ser definidos com precisão: *regulação* e *regulamentação*.

O texto analisará, no capítulo três, aspectos gerais das agências reguladoras e, dentre eles, as funções que exercem, porque são autarquias especiais, como se dá sua criação por meio de “lei específica” e o que devemos entender sobre esse aspecto. Não há como passar

por essa reflexão sem também analisar dois princípios importantes: *legalidade* e *especialidade*. Serão examinados ainda os conceitos de *autonomia* e *independência*: se esta autonomia é necessária, se as agências reguladoras são político-administrativamente e econômico-financeiramente autônomas, a exposição da alegada “independência” das agências reguladoras, se devem ser autônomas, independentes ou mistas, dotadas de autonomia e de independência, e qual opção é a mais apropriada.

No capítulo quarto, tema central do nosso objeto de estudo, será examinada a forma de se exercer o controle sobre as agências reguladoras no sentido de impedir, ou diminuir, a tendência de hipertrofia dos órgãos públicos e observar as regras básicas do Estado Democrático de Direito. Esses conceitos são de extrema importância para o tema em análise e para chegarmos, finalmente, ao controle exercido sobre a atuação das agências reguladoras, que podemos chamar de “fiscalização” da atividade exercida por esses entes por meio das três esferas do Poder. Estudaremos a forma como é exercida para o seu bom desempenho, procurando sintetizar o pensamento doutrinário e as considerações sobre o tema, para que o trabalho seja de utilidade a todos os operadores desse ramo do Direito. Não se pretende esgotar as discussões acerca do assunto. Ao contrário, fazer um convite à discussão, à salutar reflexão e ao bom debate jurídico-científico.

A destinação deste trabalho monográfico, que examina as agências reguladoras no âmbito federal, embora existam nos Estados e possam ser criadas nos Municípios, será contribuir com uma obra objetiva acerca do tema proposto, compilando conceitos e discutindo questões práticas e atuais sobre as agências reguladoras e os meios pelos quais são controladas, objetivando melhor desempenho para todos os beneficiados por seus serviços.

II A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

1 EVOLUÇÃO

Iniciamos o estudo da intervenção do Estado no domínio econômico com a delimitação dos dois grandes sistemas político-econômicos modernos, o *capitalista* e o *socialista*. Pinto Ferreira¹ frisa haver, no início do século XXI, esses dois sistemas que disciplinam a organização econômica: o *capitalista*, com fundamento na propriedade privada, na iniciativa e na livre concorrência, expressa na economia de mercado; e o *socialista*, fundado na propriedade coletiva dos meios de produção, assegurando igualdade entre as classes sociais, centralizado e unificador da economia.

Com as revoluções² que marcaram o século XVIII germina a idéia do Direito como instrumento garantidor das liberdades individuais. A liberdade econômica foi amplamente defendida no pensamento liberal, cujo entendimento era de que o Estado não deveria se imiscuir nas questões do mercado e intervir o mínimo na esfera econômica, cabendo ao *mercado* determinar a forma de disciplina dessa atividade, o norte da economia e corrigir possíveis desequilíbrios. Esse modelo, entretanto, longe da perfeição idealizada, levou à criação de monopólios – o que gerou grandes desigualdades sociais e acabou por inviabilizar as pequenas empresas e a agricultura familiar.

Dessa forma, o Estado liberal do século XVIII, marcado pelo não-intervencionismo, cabendo ao Estado a função de garante da ordem institucional, da propriedade privada e do

¹ FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

² Revolução Americana em 1776 e Revolução Francesa em 1789.

cumprimento dos contratos, assumiu apenas alguns serviços que, pela sua natureza ou pelo desinteresse do setor privado,³ eram exercidos pelo Poder Público e cedeu lugar à crise do Estado Moderno.

Desde o final do século XX, o Estado Nacional passou, paulatinamente, a ampliar sua atuação nas áreas sócio-econômicas. No caso brasileiro, a primeira Constituição a contemplar essa ampliação foi a de 1934, no que foi seguida pelas posteriores. O Estado não pode se colocar no mesmo patamar que o indivíduo, o particular. Norberto Bobbio⁴ já prelecionava que “o indivíduo age por raiva, por paixão, por interesse, em defesa própria. O Estado responde de modo mediato, reflexivo, racional”.

A Constituição Federal de 1988 prevê, no art. 173, a hipótese de a exploração de atividade econômica ser exercida pelo Estado, sendo essa a forma de intervenção direta do Estado no domínio econômico, ou seja, o Estado atuando pelos serviços públicos ou outras formas de exploração e por vezes pela disciplina feita pelos organismos estatais nas atividades econômicas privadas.

Faz-se necessária, também, a atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, conforme *caput* do art. 174 da CF, normativo constitucional que prevê a atuação do Estado de forma indireta. Aqui reside o papel do Estado brasileiro como agente regulador e normativo.⁵ E há razão para que isso ocorra. Com a venda de empresas outrora estatais que prestavam serviços públicos, feita na década de 1990, houve o risco de o Estado perder o controle desses serviços e de suas estruturas. Serviços como telefonia e energia elétrica, por exemplo, são atividades fundamentais para o país, de importante valor estratégico e, não sendo prestados convenientemente, poderia ocorrer risco de colapso, não apenas na economia como em outros setores essenciais, como educação, comunicações e a própria segurança do país, além, é claro, da importância do seu significado econômico-financeiro. Não há como deixar essa atuação completamente livre, arbitrária e indiferente às práticas anticoncorrenciais.

O papel das agências reguladoras é proteger consumidores, usuários dos serviços, sem contar os aliados dos benefícios sócio-econômicos, os excluídos sociais, em pleno século XXI. Para tanto, é preciso impor limites, regras, controle de qualidade, enfim, os ditames básicos do *interesse social*. As reformas e as mudanças para permitir as privatizações terminaram com os monopólios das estatais e abriram esse nicho para novas prestadoras de

³ Serviços como segurança interna, exercício do poder de polícia, saneamento, educação, defesa nacional.

⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

⁵ O Estado estabelece a viga mestra, os *standards* gerais, cabendo a cada órgão, dentro de suas atribuições, estabelecer pormenorizadamente as diretrizes do seu campo de atuação.

serviço⁶. Não vamos, entretanto, aprofundar o estudo no sentido de avaliar as privatizações, matéria que comportaria outra dissertação.

O Estado passa a produzir um tipo próprio de administração de acordo com a sua evolução, seus fins e meios de que se serve. Para a criação das agências, utiliza-se o instituto chamado “descentralização”⁷ – ato de repassar determinada atividade não essencial à pessoa distinta, por meio de lei específica, criando a “Administração Indireta”. Nas palavras de Lúcia Valle Figueiredo, “há descentralização administrativa quando, por lei, determinadas competências são transferidas a outras pessoas jurídicas, destacadas do centro, que podem ser estruturadas à maneira do Direito Público (autarquias e fundações de Direito Público), ou sob forma do Direito Privado (empresas públicas e sociedades de economia mista), sem embargo de não se submeterem inteiramente a esse regime jurídico”⁸.

No mundo globalizado, com a economia crescendo em velocidade nunca antes vista, os agentes econômicos reclamam do Estado uma atuação mais célere e com isso surge essa delegação de competências a entidades externas aos órgãos políticos e administrativos.

2 O ESTADO INTERVENCIONISTA – ATUAÇÃO DIRETA

No início do século XX o Estado liberal passa a ser o Estado do bem-estar. E alguns acontecimentos históricos foram de grande influência para essa mudança: a crise da bolsa de Nova York em 1929, a Segunda Guerra Mundial, o fortalecimento do sindicalismo e a influência de ideais socialistas.

Neste ínterim, com o afastamento dos princípios liberais, ampliou-se a gama de atribuições Estatais, desde atividades industriais, comerciais e prestadoras de serviços próprios da iniciativa privada, até serviços de interesse público. É nesse diapasão que ocorre o fortalecimento do Poder Executivo, principalmente no tocante a sua função normativa, em

⁶ E não há como falar nessas mudanças sem atentarmos a diferenciação de conceitos como desconcentração e descentralização. Régis Fernandes de Oliveira distingue em sua obra desconcentração de descentralização conceituando aquela como uma “distribuição interna de competências decisórias” e esta como a “transferência de algum serviço a outra pessoa jurídica, inclusive particular. Descentraliza-se por meio da concessão ou da permissão, da função, dos contratos, etc.” (*Delegação e avocação administrativas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 50-51).

⁷ Na descentralização administrativa é necessária a atribuição de personalidade jurídica a um ente que será diverso da entidade originária. A descentralização ocorre pela Administração Indireta e implica também transferir não só a atividade administrativa mas também a decisória.

⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 82-83.

que o chefe desse Poder pode produzir leis delegadas, medidas provisórias, regulamentos e ter participação direta na elaboração de leis.

Com isso, o Estado Social de Direito passou a prestador de serviços e, dessa forma, para conseguir atender a demanda, surgem as *autarquias* e outras figuras da Administração Pública. As *autarquias* eram consideradas mais adequadas para a prestação de serviços públicos, pois, com a sua criação se justifica a idéia de especialização, o que, teoricamente, poderia trazer melhores resultados. Devido ao fato de o Estado ter agregado o desempenho de serviços que antes eram executados exclusivamente por particulares, a própria Administração acabou gerando ainda mais ineficiência e os serviços se tornaram excessivamente burocráticos, fazendo com que o Estado não conseguisse atingir o seu fim de bem-estar social.

Esse Estado intervencionista também mostra sua atuação indireta mediante planos econômicos.

3 O ESTADO REGULADOR – ATUAÇÃO INDIRETA

Na década de 1990, principalmente, após a constatação da ineficiência da máquina estatal como prestadora direta de serviços de interesse social, algumas modificações administrativas foram incorporadas ao sistema para que houvesse continuidade nessa atividade. E surge o repasse para a iniciativa privada dessas ações que, por sua natureza, podem ser executados por particulares. Inicia-se, então, a *concessão de serviços públicos*. O Estado passa de executor a regulador,⁹ de modo a permitir, preferencialmente, alguns serviços prestados por entidade contratadas e/ou empresas privadas. Entretanto, há atividades que não seriam tão bem executadas pelo particular caso não houvesse o controle do Estado.

⁹ Vale lembrar o observado por Paulo Modesto *in Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil*. Interesse Público, vol. 01, p. 31-46, jan./mar. 1999, p.35. “É sabido que o Estado atualmente não tem condições de monopolizar a prestação direta, executiva, de todos os serviços sociais de interesse coletivo. Estes podem ser executados por outros sujeitos, como associações de usuários, fundações ou organizações não governamentais sem fins lucrativos, sob acompanhamento e financiamento do Estado. Não prover diretamente o serviço não quer dizer tornar-se irresponsável perante essas necessidades sociais básicas. Não se trata de reduzir o Estado a mero ente regulador. O Estado apenas regulador é o Estado Mínimo, utopia conservadora insustentável ante as desigualdades das sociedades atuais. Não é este o Estado que se espera resulte das reformas em curso em todo mundo. O Estado deve ser regulador e promotor de serviços sociais básicos e econômicos estratégicos. Precisa garantir a prestação de serviços de saúde de forma universal, mas não deter o domínio de todos os hospitais necessários; precisa assegurar o oferecimento de ensino de qualidade aos cidadãos, mas não estatizar todo o ensino. Os serviços sociais devem ser fortemente financiados pelo Estado, assegurados de forma imparcial pelo Estado, mas não necessariamente realizados pelo aparato do Estado.

Esse Estado Regulador está preconizado no art. 174 da CF. Caracteriza-se pela prestação indireta de serviços públicos e se formaliza por modalidades¹⁰ como a concessão (quando o serviço público se dá pela transferência de titularidade), a permissão (quando o serviço público se dá pela transferência tão somente da execução), a terceirização (contratação de prestador de serviços para o desempenho de atividade-meio) e a autorização (ato pelo qual a Administração faculta ao particular o desempenho de atividade ou uso privativo de bem público a título precário). Hoje, o Estado conta, ainda, com as Parcerias Público-Privadas.

Com a moderna concepção de Separação dos Poderes, mantém-se a centralização governamental dos poderes ditos políticos – Executivo e Legislativo – cujo objetivo será fixar preceitos básicos da Administração Pública e haverá a descentralização administrativa,¹¹ para a consecução destes objetivos, no âmbito do Poder Executivo.

4 A FINALIDADE DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA REGULAÇÃO ECONÔMICA

Por volta do século XVIII, o Estado cumpria sua missão editando leis que disciplinavam genericamente a ação dos agentes privados, ocupava-se do manejo do poder de polícia, de atividades de relevância social e elevadas à condição de serviços públicos. Posteriormente, o início do século XX, essa intervenção passa a ser vista na própria exploração de atividade econômica por ente estatal, com as empresas estatais e as sociedades de economia mista, dentre outros. Como leciona Luís Roberto Barroso¹², o Estado passou de

¹⁰ Ainda que sucintamente, podemos definir *concessão*, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 269), como “o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público ou de obra pública, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais”. *Autorização*, segundo a mesma a doutrinadora, é “ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso de bem público (autorização de uso), ou a prestação de serviço público (autorização de serviço público), ou o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos (autorização como ato de polícia)” (p. 212). E, por fim, *permissão* como “um ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a execução de serviço público ou a utilização privativa de bem público” (p. 213).

¹¹ Importante salientar que a descentralização administrativa pressupõe autonomia dos entes reguladores em relação ao ministério ou outro órgão da administração ao qual for vinculado, para que a sua existência tenha efetiva necessidade.

¹² Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 117.

protagonista na execução dos serviços a planejador, regulamentador e fiscalizador das empresas concessionárias.

Maria D'Assunção Costa Menezello¹³ ensina que essa re-regulação é um período transitório e necessário para que possamos adentrar em um processo de regulação. Afirma, ainda, que a deslegalização¹⁴ introduz as agências reguladoras, que farão a regulação infralegal.

O art. 174 da CF, que trata da intervenção indireta do Estado na economia, faz com que o Estado regulador transfira aos particulares diversas atividades particulares que satisfaçam a necessidade ou conveniência de caráter geral, sem abandonar esses setores, pois permanecerá regulando e pautando a conduta privada.

O Estado passa a ser entendido como um conjunto de órgãos e entidades públicas a serviço de políticas econômicas constitucionalmente adotadas para a implementação dos seus fins e, assim, a atuação do Estado no domínio econômico pode se manifestar de diversas formas, sempre com a finalidade de implementar suas políticas econômicas.

O Estado age diretamente como sujeito atuante no mercado por intermédio das empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias. Também pode atuar sob regime de monopólio legal (art. 177 da CF) ou como agente regulador pelo regime econômico privado, conforme o art. 173, §§ 1º e 2º, da CF. A atuação direta do Estado passa a ser exceção, dispondo o *caput* do art. 173 da Constituição que “[...] a exploração direta de atividade econômica só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

A atuação indireta do Estado é feita pela normatização ou regulação da economia e pela intervenção. A normatização apresenta-se como a produção de normas de transformação da economia, com o objetivo de instrumentalizar a realização das políticas econômicas adotadas pela Constituição.

Sem dúvida, a regulação é a forma de atuação estatal mais condizente com o nosso regime político, democrática constitucional, e que mais se coaduna com os princípios da subsidiariedade e eficiência, norteadores do Direito Econômico. A regulação é exercida por meio de fiscalização, incentivo e planejamento do Estado no domínio econômico.

¹³ MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências reguladoras e o direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 52.

¹⁴ Conforme Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Agência nacional de vigilância sanitária: natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 215, p. 77-79. jan./mar. 1999) entende deslegalização como “uma técnica de delegação pela qual o órgão competente para normatizar determinada matéria delega a outras entidades normativas, de cunho marcadamente técnico, a possibilidade de regulá-la por seus próprios atos, em manifestação de autonomia.”

A fiscalização é exercida pelo poder de polícia do Estado, que atua como repressor de condutas contrárias aos fundamentos e princípios da ordem econômica, estabelecidos em lei e regulamentos.

5 A DENOMINAÇÃO *SERVIÇO PÚBLICO*

A expressão *serviço público* surgiu na França com o teórico Leon Duguit, na chamada “Escola do Serviço Público”. Para ele, *serviço público* é o limite e o fundamento do poder governamental.¹⁵ Essa escola acreditava que seria possível explicar todas as minúcias do Direito Administrativo diante das necessidades dos serviços públicos. *A priori*, a noção de *serviço público* estava ligada ao tipo de atividade material, portanto serviços indispensáveis e que não poderiam ser prestados a não ser pelo governante. Esse conceito foi questionável quando se expandiu a execução de *serviços públicos* pelos particulares. Houve, dessa forma, “a crise da noção de serviço público”, o que nada mais era que a *inadequação de uma teoria específica à extensão das prestações estatais, hoje realizadas sob modos variados*.¹⁶ Com o passar do tempo, o Estado passou a assumir a exploração de atividades econômicas por entender que deveriam estar sob a égide das regras publicistas e, com isso, ampliou-se o conceito de *serviço público*.

Há serviços que são públicos por disposição constitucional¹⁷ – ainda que o repasse da prestação dos serviços ou da sua gestão seja permitido a particulares –, aqueles que são exclusivos do Estado e outros que não são privativos, conhecidos como *serviços sociais*.

Ao se falar em agências reguladoras ou outros temas relevantes na esfera publicista faz-se necessário discorrer sobre o *serviço público*. A tarefa não é tão simples, pelo fato de ser uma expressão que é tomada em diversas acepções, como se pode observar na obra de Maria

¹⁵ DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*. 2. ed. Paris: Librairie Fontemoing, 1923. v. 2. p. 55.

¹⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 7. ed. revista e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.338.

¹⁷ São exemplos o serviço postal e correio aéreo nacional (art. 21, X), telecomunicações (art. 21, XI), radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 21, XII, a), energia elétrica (art. 21, XII, b), navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária (art. 21, XII, c), serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais (art. 21, XII, d), serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (art. 21, XII, e), os portos marítimos, fluviais e lacustres (art. 21, XII, f), cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (art. 23, II) dentre outros muitos que constam na Constituição Federal.

Sylvia Zanella Di Pietro,¹⁸ na diferenciação entre serviço público em sentido amplo e restrito, e serviço público subjetivo, material e formal.

Não há como tratar da atuação direta do Estado no domínio econômico sem termos precisa a distinção entre *serviço público* e *atividades econômicas em sentido estrito*. André Ramos Tavares¹⁹ conceitua *serviço público* como a atividade da Administração Pública, excluindo-se as atividades judiciais e legislativas e, mesmo dentro das atividades desenvolvidas pela Administração, excluindo aquelas de caráter tributário e as exercidas com base no poder de polícia.

Algumas definições, como se verá a seguir, são essenciais para maior compreensão da matéria.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰:

serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrados de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Hely Lopes Meirelles²¹, por sua vez, afirma, restritamente, ser “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniência do Estado”. Já no entendimento de José Cretella Júnior²² “serviço público é toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação do interesse público, mediante procedimento de Direito Público”. E Maria Sylvia Zanella Di Pietro assim conceitua como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”.

Deve se prestar o *serviço público* à satisfação do interesse da coletividade, sendo esse o seu cerne. Se assim não fosse, o interesse seria da esfera privada e deixaria de ser caracterizado como um *serviço público*.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

¹⁹ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003. p. 289.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 642.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 319.

²² CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 409.

Lúcia Valle Figueiredo²³ conceitua *serviço público* como

Toda atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir no exercício da função administrativa se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada, sob regime prevalente do Direito Público.

Leon Duguit demonstra a imprescindibilidade da prestação do *serviço público*, que “não pode ser assumido senão pela intervenção da força governante”.²⁴

As atividades prestadas pelo Estado não pertencem à esfera da livre iniciativa, sendo atos vinculados, dentro da legalidade. É, dessa forma, alheia à exploração da atividade econômica, que é reservada à iniciativa privada (art. 173 da CF), sendo prestada excepcionalmente pelo Estado. Nesse caso, o Estado deverá obedecer ao regime do Direito Privado.

Há que se notar ainda que por meio das chamadas “reformas administrativas”, ocorridas principalmente na década de 1990, no governo de Fernando Henrique Cardoso, com a privatização de empresas públicas, foi possível se observar a modificação do conceito de *serviço público*, não obstante constituam uma “fonte originária” a justificar a cobrança de taxas, para abranger atividades de natureza comercial, industrial e social.

Para muitos o Estado é um “mau prestador” de *serviços públicos*. Dessa forma, torna-se mais interessante para os governantes “privatizar”, ou seja, conceder esses serviços a terceiros, para que possam explorá-los. Nesse ledó engano que o Estado irá agir no seu poder de polícia, de fiscalizar, como prenuncia o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] o Estado é muito pior fiscalizador ou “controlador” do que prestador de serviços. Assim, dando em concessão ou permissão, bem se pode imaginar que os interesses do público em geral serão facilmente postergados sem que o Poder Público o defenda como teria de fazê-lo. Bem por isto, os serviços públicos, depois de concedidos, tornaram-se muito mais caros do que ao tempo em que o Estado os prestava por meio de empresas estatais e sua qualidade, ao menos, em alguns setores, decaiu visivelmente.²⁵

Deve-se ter bem claro que a *titularidade do serviço* e a *titularidade da prestação do serviço* são distintas. Muitas vezes o Estado é o detentor da *titularidade do serviço*, mas isso não significa que ele deva prestá-lo diretamente. Quando o Estado concede a outras entidades

²³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 78-79.

²⁴ DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*. 2. ed. Paris: Librairie Fontemoing, 1923. v. 2, p. 55.

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 649-650.

o desempenho dessa prestação, emite uma autorização, uma permissão ou uma concessão, conforme o caso. Na hipótese de o Estado não ter a exclusividade da prestação do serviço, não há necessidade de emissão dessa outorga.

6 REGULAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO

Serão objeto de estudo neste item do trabalho as diferenças conceituais entre *regulação* e *regulamentação*, as acepções contidas na Constituição Federal e o verdadeiro significado das agências reguladoras: serão agências reguladoras ou agências regulamentadoras?

Tema dos mais complexos. Há que se fazer uma clara distinção entre esses dois conceitos. Seguiremos, em capítulo próprio, com enfoque em algumas particularidades das agências reguladoras, para podermos tratar singelamente da controvérsia doutrinária sobre a função normativa dessas agências.

Surgindo em um contexto político-jurídico em que o Estado passou a ser o fiscal, regulador de atividades que até então eram executadas por ele, o Estado vem a responder, além da execução direta dos serviços, também pelo emprego de meios de regulação das diversas atividades de interesse público que são desenvolvidas pelos particulares.

Com isso, o Estado – em sua função normatizadora – fixou um conjunto de regras atinentes à conformação da prestação de *serviços públicos* com o interesse da coletividade. Faz-se necessário frisar que os atos originários do poder normativo do Estado produzem efeitos abstratos e gerais – assim como a lei – sem, entretanto, inovar primariamente o ordenamento jurídico.

Esse ponto gera grande controvérsia e divergência doutrinária sobre os limites desse poder normativo. Quando exercido pelas agências reguladoras, os atos por ela expedidos poderiam estar limitados da mesma maneira que os *regulamentos administrativos*? Para responder a essa pergunta, passemos, então, à análise da definição de regulação como atividade regulatória.

Um bom entendimento pode ser obtido de Calixto Salomão Filho²⁶ ao explicar que a *teoria da regulação* no âmbito da atividade econômica será a “de um Estado que decide retirar-se da intervenção econômica direta (pela prestação de uma gama bastante variada de serviços) para sua função de organizador das relações sociais e econômicas e que, por outro lado, reconhece ser para tanto insuficiente o mero e passivo exercício de um poder de polícia sobre os mercados”.²⁷

É certo que as agências reguladoras agem na função “reguladora”, pois o poder regulamentar implica a produção de norma geral e abstrata para a execução da lei. Ao Executivo cabe a edição de decretos regulamentares, contribuindo para a formação da ordem jurídica. Conforme Clèmerson Merlin Clève²⁸ “o poder regulamentar conferido, pela Constituição ao Presidente da República, consiste no mais importante meio pelo qual a Administração Pública exerce atividade normativa secundária. Mas, a atividade normativa secundária do Executivo não se resume à edição de regulamentos. Na verdade, há uma variedade imensa de atos normativos editados pelas autoridades que integram a Administração Pública, a começar pelas instruções editadas pelos Ministros de Estado e mais, as circulares, os regimentos, os estatutos, as ordens de serviço etc.”.

Nos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁹ não há como igualar *regulação* e *regulamentação* no direito brasileiro. Afirma que *regular* possui sentido mais amplo, abrangendo até o vocábulo *regulamentação*. Trata-se de estabelecer regras, sendo esse comando emanado por qualquer órgão da Administração ou qualquer um dos Poderes. Com suas palavras:

Regular significa estabelecer regras, independentemente de quem as dite, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio e 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. [...]

Regulamentar significa também ditar regras jurídicas, porém, no direito brasileiro, como competência exclusiva do Poder Executivo. Perante a atual Constituição, o poder regulamentar é exclusivo do Chefe do Poder Executivo (art. 84, IV), não sendo incluído, no parágrafo único do mesmo dispositivo, entre as competências delegáveis.³⁰

²⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

²⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 14.

²⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa no poder executivo no estado contemporâneo e na constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 215.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2001. p. 140.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 150.

Desta forma, *regulamentação ou regulamentar* é ato de competência privativa do Chefe do Executivo, assim como pode ser notado nos art. 84, IV, da Constituição Federal.

No sentido estrito, conforme a lição de Alexandre Santos de Aragão³¹, a noção acaba por implicar a integração de diversificadas funções, como editar regras gerais e abstratas, a composição de conflitos e a adoção de medidas. Ensina Alexandre Mazza, “a expressão ‘regulação’ designa a somatória de funções jurídicas há muito conhecida dos estudiosos do Direito Administrativo, tais como: o poder regulamentar, o poder de polícia³² e a prática de atos tendentes à execução da lei”.³³

Faz-se fundamental diferenciar “*regular*” de “*regulamentar*”. Ainda em Alexandre Mazza, assim se distingue:

De qualquer forma, segundo a melhor doutrina, regular “não se confunde com” regulamentar, pois a primeira expressão é mais abrangente do que esta outra. Em sentido amplo, regulamentar é a ação de dar concretude, de integrar, de tornar viável na prática a aplicação de regras muito genéricas. Fala-se, por exemplo, em normas que regulamentam dispositivos constitucionais. Estritamente, regulamentar significa expedir regulamentos, atos administrativos infralegais, gerais e abstratos, que são privativos do Chefe do Executivo, e servem para dar fiel execução à lei (art. 84, IV, da Constituição Federal: compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução).³⁴

J. J. Gomes Canotilho conceitua *regulamento* como “uma norma emanada pela Administração no exercício da função administrativa e, regra geral, com caráter executivo e/ou complementar à lei”,³⁵ enquanto Cretella Júnior entende que *regulamento* é “a norma jurídica de caráter geral, editada pela autoridade administrativa, em matéria de sua competência conferida pela lei formal, com o objetivo de facilitar-lhe a aplicação”.³⁶

³¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 19.

³² O poder de polícia, também conhecido como polícia administrativa é uma atividade da Administração limitadora ao exercício de direitos e liberdades. Conforme Caio Tácito, poder de polícia é o “conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais”. In *Direito Administrativo*, 1975. E tem por finalidade propiciar o convívio social de forma harmoniosa, evitando ou atenuando conflitos no exercício de direitos e atividades dos indivíduos e face mesmo a toda a população. Inicialmente, significava “toda ação do Príncipe, destinada a promover o bem-estar e a segurança dos vassallos, identificando-se, dessa forma, quase completamente com a ação administrativa em geral.” Definição de Mário Masagão (*Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 163).

³³ MAZZA, Alexandre. *Agências reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 33.

³⁴ MAZZA, Alexandre. *Agências reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 33.

³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 731.

³⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 180.

Não há como adentrarmos nesse campo do Direito sem explicitar que o grande questionamento no tocante às agências reguladoras refere-se à dúvida na competência desses entes em baixar atos normativos. É bastante oportuno, portanto, explicarmos a capacidade normativa e reguladora das agências.

Carlos Ari Sundfeld³⁷ nega a existência de regulamentos autônomos e defende a capacidade normativa das agências, justificando que a sociedade exige normas mais diretas que possam tratar das especificidades de cada setor e, assim, garantir a efetividade da atuação do Estado.

Já para Egon Bockmann Moreira³⁸ a sistemática constitucional brasileira admite o regulamento autônomo nunca contrariando a lei – ainda que implique a criação de disposição normativa – entretanto, essa criação não poderá ser inédita, sem gerar obrigações e deveres, devendo estar expressamente autorizados em lei.

Para este mesmo autor, “regulamento é um ato administrativo, de caráter normativo, com finalidade de especificar os mandamentos da lei ou de prover situações ainda por ela não disciplinadas, emitido por órgão ou agente no exercício de função não legislativa”.³⁹

Temos que o poder regulador é um poder e um dever que foram atribuídos a essas autarquias denominadas agências reguladoras. Elas devem abordar temas concretos, sendo competentes para os temas abstratos o Poder Legislativo. A lei criadora das agências reguladoras lhes confere poderes para atuar, administrativamente, dentro dos limites que lhes foram impostos por vontade expressa do Poder Executivo e do Poder Legislativo. *Regular* é ato legal das agências reguladoras, pois são atos normativos infralegais, dotados de legitimidade e eficácia, nos limites outorgados pela lei. É um conjunto de atos materiais, abaixo da Constituição e das leis, em conformidade com ambas, para atingir determinado objetivo. *Regulamentar* é produto privativo do regulamento, espécie normativa que compete, privativamente, ao Poder Executivo.

É evidente que há duas correntes bastante distintas: uma, menos radical, a de Eros Roberto Grau⁴⁰, defende que não fere o princípio da legalidade, a Administração emanar

³⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p.27.

³⁸ MOREIRA, Egon Bockmann, Apud PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. Fundamento constitucional da atividade normativa das autarquias no direito brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 297-298.

³⁹ MOREIRA, Egon Bockmann, Apud PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. Fundamento constitucional da atividade normativa das autarquias no direito brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 297-298.

⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 185.

atos normativos de caráter não legislativos. E isto se dá no próprio desenvolvimento da função normativa.

Entretanto, Celso Antônio Bandeira de Melo⁴¹ e Diógenes Gasparini⁴² fazem coro na corrente clássica ao proporem suas lições onde o *regulamento* é ato administrativo geral, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo e, assim, também reconhecido em favor dos Governadores e Prefeitos.

Os *regulamentos* não podem ter ineditismos ou contrariar a lei. O que fazem é, como o próprio nome diz, regulamentar uma lei – diferentemente de baixar normas como se lei fossem. A Constituição Federal, ao criar os órgãos reguladores, atribuiu-lhes competência normativa. E não haveria por que ser diferente. Ao instituir as agências reguladoras há descentralização do serviço a ser desempenhado e, para a finalidade da constituição desse ente, ele precisa ter autonomia – e não independência – para fazer cumprir a sua missão.

Sinteticamente, a explicação sobre os dois institutos é feita com clareza e precisão por Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁴³:

De um lado, sob o aspecto material, a regulamentação é uma função política, no exercício de uma prerrogativa do poder político de impor regras secundárias, em complemento às normas legais, com o objetivo de explicitá-las e de dar-lhes execução, sem que possa definir quaisquer interesses públicos específicos nem, tampouco, criar, modificar ou extinguir direitos subjetivos. De resto, sob o aspecto formal, é uma atribuição de estritíssima previsão constitucional, por isso mesmo, geralmente cometida a chefes de estado ou de governo. De outro lado, substantivamente, a regulação, até mesmo por suas características enunciadas, é uma função administrativa, que não decorre, assim, do exercício de uma prerrogativa do poder político, mas, muito pelo contrário, decorre da abertura, pela lei, de um espaço decisório reservado a uma ponderação politicamente neutra de interesses concorrentes em conflitos setoriais, potenciais ou efetivos. Acresce que esse espaço é deslegalizado para que agentes politicamente neutros possam tomar decisões reguladoras, não apenas normativas, como executivas e judicantes, nos limites já expostos. Finalmente, em sentido formal, as decisões reguladoras setoriais, tomadas no exercício dessa ponderação politicamente neutra de interesses concorrentes, devem obedecer ao devido processo legal, sempre informado por ampla investigação dos fatos e plena visibilidade (transparência), no qual todos os aspectos conflitivos deverão ser amplamente considerados, preferentemente com aberta participação de todos os interessados.

⁴¹ MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 296.

⁴² GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 109.

⁴³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 132-133.

III AGÊNCIAS REGULADORAS

Doutrinadores como Eros Grau¹ afirmam que as agências reguladoras nada mais são que *repartições públicas denominadas de autarquias sob regime especial*, apesar de terem a ausência de subordinação hierárquica, independência ou autonomia administrativa, financeira, patrimonial, de gestão de recursos humanos e técnica, e mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes. Eros Grau ainda explicita que “todas essas características são próprias e peculiares às autarquias, salvo as de mandato fixo e de estabilidade de seus dirigentes”.²

Entretanto, sendo autarquia – e não mais uma mera *repartição pública* – deverá ser observada a sua criação³ por lei, conforme determinação do art. 37, XIX, da CF. As agências reguladoras são, dessa forma, *autarquias especiais*, administrativamente independentes e financeiramente autônomas. Não há como confundir as agências reguladoras com as agências executivas. Estas são autarquias ou fundações já existentes que, nos termos da Lei n. 9.649, de 27 de maio de 1998, têm um plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional, com a finalidade de realização de políticas estabelecidas pelo Executivo. Veremos que essa autonomia, conforme os ensinamentos do ministro do Superior Tribunal de Justiça José Augusto Delgado,⁴ significa:

¹ GRAU, Eros Roberto. As agências, essas repartições públicas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 25.

² GRAU, Eros Roberto. As agências, essas repartições públicas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 27.

³ Assim como a criação a extinção deverá ser por lei específica – atendendo ao princípio da simetria – e por motivos de relevante interesse público

⁴ SEMINÁRIO NACIONAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 6, 1999, São Paulo. Agências Executivas, Agências Reguladoras e organizações sociais: natureza jurídica, características, distinções e atribuições destes novos entes: contratos de gestão conferindo maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 16, n.11, p. 801-822, nov. 2000. Conforme citado em PERIN, Jair José. A intervenção do estado no domínio econômico e as funções das agências de

Não obstante atuarem dentro de um círculo onde circulam mensagens do Ministério⁵ da área em que elas funcionam, essas agências reguladoras recebem, por via legal, um campo de atuação livre, um campo de atuação com liberdade; mas isso não quer dizer que é uma autonomia sem limites, uma autonomia em que ela passa a ter vontade própria; a autonomia que ela passa a ter é autonomia estrutural, autonomia institucional, onde poderá exercer as suas atividades dentro de um regime, de uma postura gerencial, quebrando por inteiro aquela postura até então existente na Administração Pública brasileira que é a postura burocrática.

O art. 174 da CF prevê o desempenho pelo Estado da função reguladora, embora, já nas décadas de 1930 e 1970, alguns órgãos como o CADE foram criados com a função regulatória, ainda que subordinados financeira e decisoriamente ao Poder Executivo.

Esse capítulo será dedicado, dentre outros assuntos pertinentes, ao estudo das agências reguladoras e suas peculiaridades: conceito, por que ser uma *autarquia especial*, como entender o significado de lei específica.

1 ASPECTOS GERAIS DO REGIME JURÍDICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Em 1996 houve a implementação das leis sobre a Reforma do Estado, oportunidade em que foram criadas as agências reguladoras, às quais foram conferidas funções de regulamentação, fiscalização e decisão em caráter descentralizado na esfera de determinados setores da atividade econômica e social de interesse público.

As empresas estatais tiveram seu auge nas décadas de 1960 e 1970, mas foram muito questionadas quanto à eficiência e agilidade, por serem empresas que acobertavam milhares de empregos de indicações políticas e apadrinhados, gerando enormes déficits públicos, arcados pelos impostos pagos pela população.

Então, visando solucionar essa problemática, surge na década de 1980 um movimento inverso às estatizações, com intuito de transferir ao setor privado os entes estatais ou áreas

regulamentação no atual contexto brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 40, n. 159, p. 145-160, jul./set. 2005. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_159/RIL159-11.pdf>. Acesso em: 4 set. 2007.

⁵ Vale dizer neste momento que os ministérios são órgãos da estrutura basilar da Administração Direta e hierarquicamente inferiores à Presidência da República. Chefiados pelos Ministros de Estado, a quem cabe supervisionar o ministério mediante coordenação, orientação e controle dos órgãos e entidades na área em que atuam.

então somente por estas administradas, o que recebeu o nome de desestatização, privatização, desregulamentação, reforma do Estado, dentre outros.

No nosso ordenamento jurídico, o Dec. n. 86.215, de 15 de julho de 1981, foi o primeiro passo da transferência das empresas estatais a particulares, sendo sucedido pelos Decs. n. 91.991, de 28 de novembro de 1985, e n. 95.886, de 29 de março de 1988, até chegarmos ao governo Collor.

Em 1990, durante o governo do ex-presidente Fernando Collor de Mello, por meio da medida provisória n. 155, que se transformou na Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990, foi criado o Programa Nacional de Desestatização, que transferiria à iniciativa privada atividades antes exploradas pelo setor público. Pode-se dizer, assim, que esse foi o primeiro marco legal das agências reguladoras. Pedro Henrique Poli de Figueiredo⁶ assim descreveu a motivação da criação dessas agências:

Atividades há que precedentemente eram públicas e passaram ao setor privado. A importância da regulação destas atividades é indelével, eis que a ausência do Estado nas atividades que anteriormente executava sem que faça qualquer tipo de intervenção, torna a adequação ou não do serviço uma aventura, e o usuário dependente da sorte para a sua satisfação. Alguns exemplos da experiência sul-americana nos processos de privatização demonstram que, onde houve privatização desacompanhada da preocupação com a regulação do serviço privatizado o resultado foi a ineficiência do serviço.

Não se pode admitir que serviços outrora reservados ao Estado fossem delegados ao particular, sem qualquer garantia ao cidadão ou controle por parte do Estado. Ricardo Antônio Lucas de Camargo menciona em sua obra o que escreve Aléxis Jacquemin⁷ a respeito dessa empreitada:

A delegação de funções garantidas aos serviços públicos ou transferidas ao setor privado deve ser feita de acordo com as regras e formas alternativas de controle social. Se o Estado não pode agir como Estado do bem estar e renuncia ao monopólio de determinado bem estar social isso não deverá jamais parecer um privilégio junto aos atores sociais e relações econômicas. Deve ser encarado como estritamente necessário mas na sucessão desequilibrada que caracteriza sua evolução, salvaguardado o pluralismo, evitando ser substituído dos monopólios públicos por cartéis privados e assegura a efetiva transferência.⁸

⁶ FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli. *A regulação do serviço público concedido*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 42.

⁷ JACQUEMIN, Aléxis. *The new industrial organization*. Cambridge, Massachusetts/London: MIT Press, 1987. p. 182 apud CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas de. *Agências de regulação no ordenamento jurídico-econômico brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000. p. 11.

⁸ Conforme o original: "Delegation of functions, grants for public services, or transfer of assets to the private sector must be matched with institutional rules and alternative forms of social control. If the state does not act as a welfare state and renounces the monopoly of determining social welfare, it would nevertheless remain a

A criação do modelo brasileiro de agências reguladoras espelha-se no modelo norte-americano, muito embora o Direito Administrativo brasileiro também tenha sofrido grande influência francesa, o que lhe conferiu idéias de centralização administrativa e forte hierarquia. O modelo norte-americano se iniciou com a criação da *Interstate Commerce Commission*, em 1887. As agências são corpos independentes criados pelo Poder Legislativo para disciplinar negócios privados, de modo a regulamentar as atividades e impor os deveres necessários.

No Brasil, as agências reguladoras são, basicamente, autarquias especiais, que gozam de autonomia administrativa e cujos membros não podem ser demitidos livremente pelo Presidente da República, o que lhe propicia independência de atuação, sendo a demissão imotivada considerada ilegal. Quanto ao modo de nomeação de seus dirigentes, as leis que as instituem deverão prever o mandato e a escolha, que é feita pelo Presidente da República.

Nas palavras de Paulo Roberto Ferreira Motta:

Agências reguladoras são entes administrativos autárquicos, integrantes da Administração Pública indireta, dotados de ampla autonomia, sendo que a sua criação deve ser realizada por lei específica, com personalidade jurídica de direito público interno, patrimônio próprio e competências perfeitamente especificadas no texto legal criador destas⁹.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior explica que:

O termo “agência”, derivado da forma latina *agentia*, não tem um significado específico na tradição do direito brasileiro. Assim como o modelo das agências reguladoras – que é “uma importação direta do direito administrativo dos Estados Unidos da América”.¹⁰

As autarquias, gênero do qual as agências reguladoras são espécie, possuem características comuns: criação por lei, personalidade jurídica de direito público, capacidade de auto-administração, especialização dos fins ou atividades e sujeição a controle ou tutela. Essas características são extraídas do Dec.-lei n. 200/67.

As agências surgem, desse modo, para cumprir a sua função racionalizadora da estrutura econômica nesse contexto em que equilibra a atuação do Estado no processo

privileged player among the participants of social and economic relations. It would take on only what is strictly necessary, but, in the succession disequilibria that characterize our evolution, it would safeguard pluralism, avoid replacement of public monopolies by private cartels and ensure effective transfers”.

⁹ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri: Manole, 2003. p. 111.

¹⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, ano 8, n. 35, nov./dez. 2000.

econômico. Entendemos que essa nova postura assumida pelo Estado não significa sua minimização, mas uma redefinição do seu papel e fortalecimento da atuação individual de normatização e regulação. Surgem, ainda, com a missão permanente de fiscalização da eficiência em prestar serviços públicos pelos autorizados, concessionários e permissionários.

Como será possível verificar adiante, são criadas sob o regime especial com o intuito de preservá-las das ingerências por parte do Estado e agentes públicos, delimitando-se sua discricionariedade.

2 CONCEITO

Para Alexandre Mazza, as agências reguladoras “são autarquias com autonomia qualificada frente à Administração Direta, criadas para atuar no controle, fiscalização ou fomento de determinados setores”.

Paulo Roberto Ferreira Motta as conceitua como “um ente administrativo dotado de autonomia, sendo que a sua criação deve ser realizada por lei específica, com personalidade jurídica de direito público interno, patrimônio próprio e competências perfeitamente especificadas no texto legal criador daquela”.¹¹

A origem da palavra *autarquia*, de acordo com Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, “foi transplantada do grego para a língua de origem latina moderna, e, em primeiro lugar, para a língua italiana. É formada de dois elementos justapostos: *autos* (próprio) e *arquia* (comando, governo, direção). Portanto, etimologicamente, significa comando próprio, governo próprio, direção própria”.¹²

No Brasil, explica Celso Antonio Bandeira de Mello, as autarquias têm como fundamentos políticos: “a complexidade das tarefas do Estado é gigantesca. Sem cogitar da atividade legislativa ou da jurisdicional, no estrito âmbito da atividade administrativa, é sumamente variado e de difícil realização prática o desempenho eficiente das funções que competem ao Estado”.¹³

¹¹ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri: Manole, 2003. p. 101.

¹² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v.2, p. 186.

¹³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 10-11.

Embora o termo agência reguladora possa sugerir associação da função reguladora com desempenho normativo, há de se explicar que o seu bojo é muito mais completo e amplo. Além do poder de polícia que lhes é conferido, têm em seu espectro de atuação, o poder de agir também na composição de conflitos e aplicação de possíveis sanções. Dentre as suas funções, incluem o controle de tarifas, a universalização dos serviços, a instigação à competitividade, fiscalização de contratos de concessão, dirimir conflitos entre partes envolvidas.

3 JUSTIFICATIVA DE AUTARQUIA ESPECIAL

As agências reguladoras estão submetidas a regras especiais que disciplinam a maneira pela qual devem nascer de maneira válida,¹⁴ seguindo o mesmo modo das pessoas jurídicas de Direito Público. Seu regime especial se refere aos privilégios que a lei outorga à entidade para a consecução dos seus fins.

Vem preceituado no art. 5º, I, do Dec.-lei n. 200/67 que autarquia é “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades que são típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

Como é o único diploma da atualidade a conceituar *autarquia*, os operadores do Direito devem se socorrer da doutrina para obter um conceito mais abrangente, por ser o da lei incompleto, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, pois deixa de fazer menção à personalidade de Direito Público, traço fundamental para a sua definição.

No nosso ordenamento jurídico, as *autarquias* surgiram em 1943, pelo Dec.-lei n. 6.016, de 22 de novembro, como sendo um serviço estatal descentralizado com personalidade de direito público.

Questão bastante interessante é a explicação de serem as agências reguladoras uma *autarquia especial*. Primeiro há de se ressaltar que as agências reguladoras são *autarquias*.

¹⁴ Estudaremos mais adiante que algumas agências não foram criadas por lei, mas por medida provisória. No entendimento doutrinário majoritário, as agências criadas por medida provisória que não foram convertidas em lei continuam sendo agências reguladoras, entes autárquicos, entretanto, padecem desse vício de validade.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o termo *autarquia*

Foi usado, pela primeira vez, em 1897, na Itália, por Santi Romano, ao escrever para a Enciclopédia Italiana, sobre o tema “descentramento administrativo”; com o vocábulo autarquia, ele fazia referência às comunas, províncias e outros entes públicos existentes nos Estados unitários; dessa forma, ele substituiu a expressão ente autônomo, que é contraditória, porque “autonomia” designa o poder de estabelecer o próprio direito [...], poder esse de que não desfrutam os entes locais senão a título de delegação do poder central.¹⁵

Ainda na conceituação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

A autarquia é pessoa jurídica de direito público, o que significa ter praticamente as mesmas prerrogativas e sujeições da Administração Direta; o seu regime pouco difere do estabelecido para esta, aparecendo, perante terceiros, como a própria Administração Pública; difere da União, Estados e Municípios – pessoas públicas políticas – por não ter capacidade política, ou seja, o poder de criar o próprio direito; é pessoa pública administrativa porque tem apenas o poder de auto-administração, nos limites estabelecidos em lei.¹⁶

Celso Antônio Bandeira de Mello faz alusão que a nomenclatura “autarquia especial” não é nova em nosso ordenamento jurídico, pois, antigamente já “fazia-se referência a autarquias especiais ou sob regime especial, para referir às universidades, querendo-se significar, com tal rotulação, que desfrutavam de um teor de independência administrativa, em relação aos poderes controladores exercidos pelos órgãos da Administração direta, mais acentuado que o da generalidade dos sujeitos autárquicos”.¹⁷

Entende, ainda, que as características peculiares destas autarquias especiais não são verdadeiras novidades no mundo jurídico, conforme preleciona:

[...] o único ponto realmente peculiar em relação à generalidade das autarquias está nas disposições atinentes à investidura e fixidez do mandato dos dirigentes destas pessoas, e que se contém nos arts. 52 e parágrafo único, 62 e 92 da Lei 9.986, de 18.7.2000 [...].¹⁸

A exigência de criação de autarquia por lei está consagrada no art. 37, XIX, da CF. Em geral, obedecem aos mesmos padrões, diferenciando-se as agências reguladoras, em relação à generalidade das autarquias, apenas no tocante à investidura e fixação do mandato dos seus dirigentes.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 397-398.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 396.

¹⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 148.

¹⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 152.

Paulo Modesto evoca que a natureza especial da *autarquia* é imprecisa no Direito brasileiro. Por ser toda autarquia constituída por lei específica, toda autarquia deveria ser, assim, considerada especial.

As agências reguladoras são definidas como autarquias especiais porque o legislador lhes conferiu, desde o momento da constituição, um conjunto de garantias em face da Administração Direta suficientes para caracterizar uma peculiar ampliação da autonomia decisória, administrativa ou financeira dessas entidades em relação às demais autarquias existentes.¹⁹

A idéia que deve ser trazida a esse conceito de “autarquia especial” está no fato de as agências reguladoras exercerem função típica de Estado e, assim, devendo gozar dos privilégios da Administração Pública Direta, como exigibilidade, executoriedade, estabilidade, impugnabilidade, dentre outros.

4 O SENTIDO DA EXPRESSÃO “LEI ESPECÍFICA”

Conforme já estudado, as autarquias são criadas por lei específica; do mesmo modo, as agências reguladoras. Entretanto, há que se mencionar que nem todas as existentes no nosso ordenamento jurídico foram criadas por meio de lei. Vejamos, a princípio, o sentido da expressão “lei específica”.

Para melhor entendimento dessa matéria precisamos, primeiramente, saber o que vem a ser uma “lei” e o que significa “lei específica”. O termo “lei” possui sentido variado. No sentido *lato* incluímos as leis ordinárias, complementares, delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. No sentido estrito, o termo dependerá da interpretação, podendo ora significar lei ordinária e complementar, tão-somente, e ora excluindo a medida provisória apenas.

No caso das autarquias, a Constituição Federal exige “lei específica”, nos termos de seu art.37, XIX e XX, e do art. 5º, I, do Dec.-lei n. 200/67, excluídos os atos administrativos. Ainda no comando constitucional, a lei que cria agência reguladora Federal é de iniciativa PRIVATIVA do Presidente da República (art. 61, § 1º, II, “a” e “e”, da CF), e nos Estados,

¹⁹ MODESTO, Paulo. Agências executivas: a organização administrativa entre o casuísmo e a padronização. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 228, p. 75-84, 2002. p. 76.

Municípios e Distrito Federal a iniciativa será privativa dos respectivos Chefes do Executivo – por simetria.

Art. 61

[...]

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

[...]

II – disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

[...]

e) criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública;

Portanto, excluídos, também, decretos, leis delegadas ou resoluções e as medidas provisórias como meio de criação das agências reguladoras.²⁰

Outros instrumentos, como emenda constitucional, lei complementar e leis ordinárias, são veículos próprios para a criação das agências reguladoras, apesar de requererem “quoruns” superiores à maioria para aprovação. Como exemplo temos a Agência Reguladora de Transportes do Estado de São Paulo, criada pela Lei Complementar n. 914/2002.

Outra questão de relevância ao tratarmos da “lei específica”, abordada por alguns doutrinadores, é o caso da Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional e Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes e dá outras providências. Sabemos que as agências reguladoras são autarquias especiais, criadas por leis específicas. Também é sabido que essas leis são unitemáticas, portanto não comportam nenhuma outra disposição a não ser no tocante ao direito que criam. Assim, existe uma ligeira indagação da legitimidade quando da criação de uma agência reguladora, se a lei que a criou tratar de alguns assuntos como: i) a Aneel, criada pela Lei n. 9.427/96, que instituiu a agência e disciplinou o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica; ii) a Anatel, criada pela Lei n. 9.472/97, que dispôs sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação o funcionamento de um órgão regulador e outras disposições sobre a instituição; iii) a Anvisa, criada pela Lei n. 9.782/99, que definiu o sistema nacional de vigilância sanitária, criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária e previu outras providências.

²⁰ Ressaltamos aqui assunto de suma importância, mas que não será objeto do presente estudo pois comportaria trabalho exclusivo devido às divergências quanto à matéria.

Vê-se, claramente, que as leis tratam de regulamentar assuntos diversos, mas correlacionados. Reestrutura transportes, cria agências, cria conselhos e dá outras providências. Há quem defenda que a lei criadora da agência reguladora somente poderia dispor sobre a sua criação. Entendemos que não há qualquer óbice a esta lei, pois apesar de tratar de assuntos diversos, todos se relacionam com a mesma matéria, qual seja, a questão do transporte – aquaviário/terrestre. Valeu-se do princípio da economia e celeridade para justificar essa conduta, além da conveniência e oportunidade. O que não pode ocorrer é a utilização da lei que cria a agência reguladora para também veicular matéria diversa, como criar agência nacional de saúde suplementar e, na mesma lei, tratar de matéria relativa à reestruturação dos transportes terrestres.

Sob nosso ponto de vista, as leis criadoras das agências reguladoras, até o momento, não padeceram desse vício,²¹ portanto, não são inconstitucionais. Todas essas leis instituidoras são específicas, eis que tratam tão somente da matéria regulatória no campo da energia elétrica, das telecomunicações, da vigilância sanitária, e assim por diante. São compostas por temas únicos e não há como falar em ofensa à Constituição Federal. A forma de organização se deu por decretos que aprovaram Regulamentos e Regimentos Internos.

4.1 O princípio da legalidade

Na lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o princípio da legalidade²² “é inseparável da forma ocidental de democracia, construída sobre a ‘separação de poderes’”.²³

O princípio “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, consagrado no art. 5º, II, da CF, institui que só a lei é competente para criar obrigações ao indivíduo, por ser a manifestação da vontade geral. Vale lembrar que a Constituição Federal de 1988 admite atos com força de lei, assim como a medida provisória.

²¹ Ressaltamos, porém, nosso entendimento de não considerar a Ancine como agência reguladora por ter sido criada por Medida Provisória e, assim, desconsiderá-la em nosso estudo.

²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 284.

²³ Conforme ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 116) e José Afonso da Silva (*Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 96): a separação de poderes distingue três funções estatais: legislativa, executiva e jurisdicional, atribuídas a três órgãos autônomos que a exercerão com exclusividade ou, ao menos, preponderantemente. Ainda, pode-se dizer que a “divisão do poder” impede ou dificulta o arbítrio, pois estabelece um sistema dos *cheks and balances*, conhecido sistema de freios e contrapesos, buscando assim o remédio para possível indevida ingerência do poder político atuando sobre a Administração.

O princípio da legalidade se vincula à separação de poderes em sua concepção originária²⁴ e se refere à proibição de alguém fazer algo, ou obrigação de fazê-lo, a não ser em virtude de lei. Essa legalidade não se aplica com exclusividade à Administração Pública que, norteadada pelo art. 37 da CF, deve fazer aquilo que a lei expressamente determina.

A *legalidade* não deve ser confundida com *reserva legal*. Sobre essa diferença tratou José Carlos Francisco²⁵:

[...] devemos compreender a legalidade como garantia essencial às sociedades democráticas, delimitando a ação dos Poderes Públicos, mas não pretendendo que todos os direitos e obrigações estejam expressamente descritos e pormenorizados nas leis em sentido formal. Para manter o domínio da lei sobre as decisões essenciais, a Constituição lhe reserva um núcleo de matérias estruturais (reserva legal), permitindo que outros atos normativos, editados “em virtude de lei”, cuidem dos temas remanescentes. Legalidade, hoje, impõe obediência a atos constituintes, legislativos e regulamentares (expedidos com fundamento na Constituição ou em virtude de leis), todos eles capazes de criar, alterar ou extinguir direitos e obrigações, observados os limites dos atos superiores. Já a reserva legal exige que direitos e obrigações relevantes sejam criados, alterados ou extintos apenas por atos normativos.

É bem verdade que o Direito evolui no tempo, e com o crescimento do papel desempenhado pelo Poder Executivo, até o princípio da legalidade – verdadeira garantia individual – acabou exigindo uma nova perspectiva do tema, o que ocasionou a admissão de duas linhas de leitura, entre *reserva absoluta* e *reserva relativa* de lei, e *reserva de lei, formal ou material*.²⁶

Tratar-se-á de *reserva legal absoluta* quando for exigido do legislador o esgotamento da matéria, sem deixar qualquer espaço ao agente público. Portanto, a *reserva relativa* será, opostamente, a aceitação da atuação do aplicador da norma no momento de sua concretude. A reserva de lei *formal* ocorre quando uma matéria específica só pode ser tratada por um ato que seja emanado pelo Poder Legislativo. Em oposição a isso, a Constituição Brasileira faz menção a atos normativos que não são emanados originariamente pelo Legislativo, mas que possuem igualmente força de lei. São assim as medidas provisórias e as leis delegadas. Paulo Roberto Ferreira Motta²⁷ indica duas espécies de fontes normativas: a *direta* (em que se tem reserva da lei e reserva da norma) e a *indireta* (onde se tem reserva dos interesses econômicos

²⁴ Conforme Odete Medauar. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 141.

²⁵ DIMOULIS, Dimitri (Coord.). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 213.

²⁶ Conforme Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 57.

²⁷ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri: Manole, 2003. p. 153.

e reserva da sociedade civil organizada) e que acredita que esta última ultrapassará a primeira espécie.

Mesmo com a flexibilização do princípio da legalidade, permanece vedada a delegação de funções de um Poder a outro, quando não esteja expressamente mencionado na Constituição Federal. Quando muito, a delegação deverá ser acompanhada de parâmetros que servirão como diretrizes obrigatórias a serem seguidas.

Assim, o princípio da legalidade também está incorporado às agências reguladoras, manifestando-se por poderes que lhes são atribuídos de modo a coibir abusos e desvios de finalidade por parte dos agentes destes órgãos, que são a *vinculação* e a *discricionariedade*.

Trazemos à baila as lições de Luis Henrique Martins dos Anjos e Walter Jone dos Anjos sobre vinculação e discricionariedade²⁸:

Compreendemos que as qualidades de vinculados ou de discricionários dos poderes administrativos não são absolutas, e sim uma questão de *preponderância*. O poder administrativo, conforme a sua previsão legal, pode ser instituído como vinculado, quando o modo de se exercer o poder e o ato administrativo decorrente já vêm descritos na lei, ou como discricionário, quando o administrador tem certa liberdade de escolher a oportunidade e a conveniência de exercer ou como exercer o poder e o ato administrativo daí derivado. [...] Assim, o agente público quando deve atuar fundado em um poder caracterizado como vinculado ou regrado é porque ele está inteiramente preso ao enunciado da lei, em todas as suas especificações, as quais não lhe dão margem de escolha, de opções em adotar tal ou qual decisão ou caminho. Existe, por outro lado, um campo na atividade da Administração Pública em que ela pode comportar-se de modo até certo ponto livre ou desvinculado. É a área do chamado poder qualificado como discricionário, que se exerce por motivo de conveniência e de oportunidade. Nessas situações, o agente público pode ser levado a escolher entre dois ou mais critérios a adotar para exercer sua função prevista em lei, tendo em vista o interesse público. Na atividade administrativa pública, surgem situações em que a Autoridade competente deve optar por uma ou outra dentre as soluções que a lei permite, conforme o que seja mais conveniente e oportuno para a Administração Pública diante do caso concreto, para consecução da realização do bem comum. Portanto, o poder discricionário da atividade administrativa não é inteiramente livre, uma vez que se sujeita a limitações impostas pela própria redação do texto legal que autorizou a ação discricionária, subordinada ao princípio da legalidade e aos demais princípios da administração pública, [...]

As agências reguladoras praticam atos administrativos²⁹ por intermédio de seus agentes públicos investidos na função. Por isso devem observar a perfeita harmonia entre o ato administrativo, o seu agente, objeto, motivo, forma e finalidade.

²⁸ Sobre vinculação e discricionariedade vejamos os ensinamentos feitos por Luis Henrique Martins dos Anjos e Walter Jone dos Anjos (*Manual de direito administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 105).

²⁹ O ato administrativo é uma forma de expressar as decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública e que produz efeitos jurídicos, especialmente em reconhecer, modificar ou extinguir direitos ou, ainda, impor obrigações ou restrições, observada a legalidade. Deverá ser tomado por agente

O princípio da legalidade atual não se volta apenas em relação à lei – ato administrativo – como também a toda a Administração como ordenamento.

Nas palavras de Odete Medauar³⁰

A constituição brasileira de 1988 determina que todos os entes e órgãos da administração pública obedeçam ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*); a compreensão do princípio deve abranger não somente lei formal, mas também preceitos decorrentes de um Estado democrático de direito, que é o modo de ser do Estado brasileiro, conforme prevê o art. 1º *caput* da Constituição; e ainda, deve incluir os demais fundamentos e princípios de base constitucional. Desse modo vincula-se a atividade administrativa aos valores que informam o ordenamento como um todo, associando-se de modo mais estreito, o direito administrativo às disposições constitucionais.

4.2 A especialidade das agências reguladoras

Sendo as agências reguladoras um novo modelo de intervenção do Estado, possuem características peculiares. A especialidade é de suma importância, como cita Leila Cuéllar³¹:

A agência é um organismo técnico, não político, que recebe competência para dispor sobre determinados assuntos e executar a fiscalização com autonomia. Daí sua especialidade (e sua novidade) no direito brasileiro.

A especialidade das agências reguladoras é um requisito característico que existe na lei de criação de cada uma delas, visando-se adequar ao segmento econômico em que atuam e na procura de evitar a captura do ente regulador pelo regulado.

O controle para evitar essa captura será adiante esmiuçado, mas, adiantamos que no âmbito federal, a sociedade, o Ministério Público, o Tribunal de Contas da União e o Judiciário são os meios necessários para a efetivação desse controle.

Vital Moreira³² explicita que:

A captura se configura quando a agência perde sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoístas de um, alguns ou todos os segmentos empresariais regulados. A captura da agência se configura, então,

competente, objeto lícito, formal (e aqui, dando ciência aos cidadãos, a outros órgãos da administração e órgãos de controle), incluindo, ainda, o modo de divulgação, motivação, portanto, as circunstâncias que provocaram aquela decisão e a finalidade que geralmente se traduz no interesse público.

³⁰ *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 147.

³¹ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 65

³² MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 49.

como mais uma faceta do fenômeno de distorção de finalidade dos setores burocráticos estatais.

Houve a tentativa de padronizar as agências reguladoras pela Lei Federal n. 9.986, de 18 de julho de 2000, que trata da gestão de recursos humanos nesses entes, estabelecendo a investidura no cargo por via do concurso público e relações de trabalho regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, a direção das agências ser formada por um colegiado de dirigentes brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e especialidade na área para qual são nomeados, sendo escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados após aprovação do Senado Federal, com o escopo de levar especialização e eficiência a cada ente regulador. Entretanto, não há um modelo uniformizador obrigatório a ser seguido, uma vez que são condicionadas por um tratamento casuístico nas leis de criação que irão defini-las, de acordo com o setor da economia a ser regulado, embora seja comum a todas, a forma autárquica, a autonomia e a especialidade técnica.

É típico dessa atividade regulatória que o ente regulador tenha amplo conhecimento sobre o setor regulado e, assim, seja delimitado o foco da sua área de especialidade,³³ motivo pelo qual a lei que cria a agência reguladora é unidisciplinar.

Cumpre-nos dizer que a especialidade se presta não só a garantir eficiência regulatória como também a ser instrumento de legitimação técnica dos entes reguladores.

5 CONTROLES E FUNÇÕES EXERCIDOS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS

De suma importância o tratamento da matéria que será agora exposta. Não há como tratar do controle exercido *sobre* a atuação das agências reguladoras sem expormos as formas de controle exercidas pelas agências reguladoras e suas funções. Ora, saber se a

³³ Floriano de Azevedo Marques Neto ressalta em sua obra *Agências Reguladoras Independentes. Fundamentos e seu Regime Jurídico*. Que “a existência de órgãos de macrorregulação, assim entendidos aqueles que exercem atividades de características regulatórias sobre toda a economia, mas com tutela de um dado interesse específico (como ocorre com os órgãos de defesa da concorrência ou do consumidor). Estes exercem uma regulação vertical sobre a economia, enquanto que os órgãos de regulação setorial exerceriam uma regulação horizontal, dentro de uma perspectiva que designei de bidimensional da moderna regulação”, p. 48.

forma de controle poderá ou não ser admitida somente será possível com análise das funções que as agências reguladoras desempenham.

Adriana Maurano³⁴ diz, com brevidade, que as agências reguladoras são entes competentes para fiscalizar³⁵ e regular as atividades econômicas *lato sensu*, o que significa dizer, *strictu sensu*, serviços públicos e atividades econômicas, tendo sido criadas com o escopo de regular atividades econômicas, a exploração privada de bens e serviços públicos que foram, com o tempo, concedidos à iniciativa privada, e possuem, assim, funções de natureza normativa, executiva e jurisdicional.

Haja vista sua relevância, a fiscalização nos setores regulados deve ser feita por ente descentralizado, pois deverá ser muito mais ativa que a costumeira realizada pelo Poder Público.

Sendo as agências reguladoras autarquias especiais, terão, além das mesmas competências comuns a quaisquer outras autarquias, também funções específicas determinadas em cada legislação.

A função³⁶ exercida pelas agências reguladoras faz-se complexa mediante a grande quantidade de atividades envolvidas na regulamentação, no monitoramento dos serviços prestados pelos entes regulados, na solução de conflitos e divergências entre concessionárias, permissionárias e autorizadas, no estabelecimento de tarifas, no controle dos atos e negócios jurídicos, na fixação de multas administrativas, na busca do impedimento de concentração econômica nos serviços e atividades, implementação de políticas e diretrizes para a exploração da atividade que será regulada, e também manter “uma atuação positiva, no sentido pedagógico, a fim de acostumar prestadoras e usuários dos serviços públicos à regulação dos mesmos, e coercitivo, para aplicar rigorosamente as disposições legais que estabelecem os direitos e deveres da prestação e fruição dos serviços regulados”, como salienta Paulo Roberto Ferreira Motta³⁷.

Ainda no raciocínio deste doutrinador³⁸:

³⁴ MAURANO, Adriana. *A função normativa das agências reguladoras no Brasil e o princípio de legalidade*. São Paulo: Scortecci, 2006. p. 91.

³⁵ Entende-se por fiscalização “a vigilância exercida sobre a atividade dos órgãos da administração, para lhe assegurar a legitimidade e a conveniência” (MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 63).

³⁶ Podemos destacar muitas outras funções de acordo com as leis, especificamente: Aneel – regula e fiscaliza a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica (art. 2º); implementação de políticas para a exploração da energia elétrica e aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedição de atos regulamentares para o cumprimento das normas, promover licitações destinadas (art. 3º).

³⁷ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri: Manole, 2003. p. 195-196.

³⁸ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri: Manole, 2003. p. 196.

O papel das agências, além de punitivo (desde que a tipologia esteja prevista em lei em sentido formal, e não em normatização das agências), deve ser marcadamente preventivo, assegurando que todas as premissas de um serviço público prestado com eficiência, e remunerado com tarifas justas, possam ser materializados pelo instituto jurídico da regulação.

Podemos destacar muitas outras funções de acordo com as leis, especificamente, e vamos nos ater a verificar as funções de algumas agências, que consideramos principais, conforme a lei que lhe compete.

5.1 Controle exercido pela Aneel

Aneel (Lei n. 9.427/96) – *regula e fiscaliza a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica (art. 2º); implementação de políticas para a exploração da energia elétrica e aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedição de atos regulamentares para o cumprimento das normas, promover licitações, definir o aproveitamento, celebrar e gerir contratos de concessão ou permissão de serviços públicos de energia elétrica, de uso do bem público, expedir autorizações, fiscalizar diretamente ou mediante convênios as concessões e a prestação dos serviços de energia elétrica; dirimir no âmbito administrativo as divergências entre concessionárias e permissionárias, autorizadas, produtores, agentes e consumidores, fixar critérios para cálculo do preço de transporte e arbitrar valores nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos, articular com o órgão regulador do setor de combustíveis fósseis e gás natural os critérios para a fixação dos preços de transporte desses combustíveis quando destinados à geração de energia elétrica, estabelecer restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si, zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica, fixar as multas administrativas, observando o valor limite de 2%, por infração, do faturamento, ou do valor estimado da energia produzida nos casos de autoprodução e produção independente correspondente aos últimos doze meses anteriores à lavratura do auto de infração, estabelecer tarifas para o suprimento de energia elétrica realizado às concessionárias e permissionárias de distribuição, estabelecer as metas a serem alcançadas, pelas concessionárias, visando a universalização do uso da energia elétrica, efetuar o controle prévio e *a posteriori* de atos e negócios jurídicos a serem celebrados entre*

concessionárias, permissionárias, autorizadas e seus controladores, suas sociedades controladas ou coligadas, impondo-lhes restrições à mútua constituição de direitos e obrigações, especialmente comerciais e, no limite, a abstenção do próprio ato ou contrato, articular-se com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (art. 3º).

5.2 Controle exercido pela Anatel

Anatel (Lei n. 9.472/97) – compete à agência 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, implementar a política nacional de telecomunicações, representar o Brasil nos organismos internacionais de telecomunicações, sob a coordenação do Poder Executivo, elaborar e propor a adoção de medidas com a finalidade de: prestação de modalidade de serviço no regime público, plano geral de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público, participação de empresa brasileira em organizações ou consórcios intergovernamentais destinados ao provimento de meios ou à prestação de serviços de telecomunicações; expedir normas quanto à outorga, prestação, fruição dos serviços de telecomunicações no regime público, editar atos e outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público, celebrar e gerenciar contratos de concessão e *fiscalizar* a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções, controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime, podendo homologar reajustes, administrar o espectro de radiofrequências e uso de órbitas, *expedindo normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado*, expedir e extinguir autorização para a prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções, expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem, expedir ou reconhecer a certificação de produtos, observados os padrões e normas por ela estabelecidos, expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais, realizar busca e apreensão de bens no âmbito de sua competência, deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos, compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviços de telecomunicações, reprimir infrações

dos direitos dos usuários, exercer as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica,³⁹ propor ao Presidente da República a declaração de utilidade pública para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à implantação ou manutenção de serviço no regime público, arrecadar e aplicar suas receitas, resolver quanto à celebração, alteração ou extinção de seus contratos, nomeação, exoneração e demissão de servidores, realizando os procedimentos necessários, contratar pessoal por prazo determinado,⁴⁰ adquirir, administrar e alienar seus bens, decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada, sempre admitido recurso ao Conselho Diretor, formular proposta de orçamento ao Ministério das Comunicações, aprovar o regimento interno, elaborar relatório anual de suas atividades, destacando o cumprimento da política do setor definida nos termos do regimento interno, enviar relatório anual de suas atividades ao Ministério das Comunicações e, por intermédio da Presidência da República ao Congresso Nacional, rever, periodicamente o plano geral de outorgas de serviços prestados no regime público e de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público, submetendo-os ao Presidente da República para aprovação, sendo remetido pelo Ministro de Estado das Comunicações, e, promover a interação com administrações de telecomunicações dos países do Mercosul com vistas à consecução de objetivos comuns (art. 19).

5.3 Controle exercido pela ANP

ANP⁴¹ (Lei n. 9.478/97) – a agência nacional do petróleo tem a finalidade de *promover a regulação, contratação e fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo*. Suas funções são: implementar a política nacional de petróleo e gás natural, contida na política energética nacional, garantindo os derivados de petróleo em todo o território nacional e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos, promover estudos visando à delimitação de blocos com o objetivo de concessão das atividades de exploração, desenvolvimento e produção, regular a execução de

³⁹ Ressalvadas as pertencentes ao CADE.

⁴⁰ De acordo com a Lei n. 8.745, de 9 de dezembro de 1993.

⁴¹ Outras funções também lhe foram atribuídas como exercer as atribuições do DNC – Departamento Nacional de Combustíveis, relacionadas com as atividades de distribuição e revenda de derivados de petróleo e álcool (art. 9º) e comunicar o CADE e a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça quando, no exercício de suas atribuições, tomar conhecimento de fato que possa configurar indício de infração da ordem econômica (art. 10).

serviços de geologia e geofísica aplicados à prospecção petrolífera a fim de levantar dados técnicos destinados à comercialização em bases não-exclusivas, elaboração de editais e promoção de licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção, celebrando contratos delas decorrentes e fiscalizando a sua execução, autorizar a prática das atividades de refinação, processamento, transporte, importação e exportação, conforme esta lei e sua regulamentação, estabelecer critérios para o cálculo de tarifas de transporte dutoviário e arbitrar seus valores, fiscalizar diretamente ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal as atividades integrantes da indústria do petróleo, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato, instruir processo com vistas à declaração de utilidade pública para fins de desapropriação e instituição de servidão administrativa das áreas necessárias à exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, construção de refinarias, de dutos e de terminais, fazer cumprir as boas práticas de conservação e uso racional do petróleo, dos derivados e do gás natural e de preservação do meio ambiente, estimular a pesquisa e a adoção de novas tecnologias na exploração, produção, transporte, refino e processamento; organização e manutenção de acervo das informações e dados técnicos relativos às atividades da indústria do petróleo; consolidação anual das informações sobre as reservas nacionais de petróleo e gás natural recebidas pelas empresas e responsabilizando-se pela divulgação; fiscalizar o adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e o cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis⁴²; articular-se com outros órgãos reguladores do setor energético sobre materiais de interesse comum; regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios (art. 8º).

5.4 Controle exercido pela Anvisa

Anvisa (Lei n. 9.782/99) – a agência nacional de vigilância sanitária tem por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a

⁴² Tratado no art. 4º da Lei n. 8.176, de 8 de fevereiro de 1991.

eles relacionadas, bem como o controle de portos, aeroportos e fronteiras (art. 6º); tem a competência de proceder a implementação e a execução do disposto nos incs. II a VII do art. 2º: II – definir o sistema nacional de vigilância sanitária; III – *normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde*; IV – exercer a vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras, podendo essa atribuição ser supletivamente exercida pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios; e, assim, devendo: coordenar o sistema nacional de vigilância sanitária, fomentar e realizar estudos e pesquisas no âmbito de suas atribuições, *estabelecer normas*, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária; estabelecer normas e padrões sobre limites de contaminantes, resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde; intervir, temporariamente, na administração de entidades produtoras, que sejam financiadas, subsidiadas ou mantidas com recursos públicos, assim como nos prestadores de serviços e ou produtores exclusivos ou estratégicos para o abastecimento do mercado nacional, obedecido o disposto no art. 5º da Lei n. 6.437/77 com redação dada pelo art. 2º da Lei n. 9.695/98; administrar e arrecadar a taxa de fiscalização de vigilância sanitária, instituída pelo art. 23; autorizar o funcionamento de empresas de fabricação, distribuição e importação dos produtos mencionados no art. 8º da lei e de comercialização de medicamentos; anuir com a importação e exportação dos produtos mencionados no art. 8º; conceder registros de produtos, segundo as normas de sua área de atuação; conceder e cancelar o certificado de cumprimento de boas práticas de fabricação; interditar, como medida de vigilância sanitária, os locais de fabricação, controle, importação, armazenamento, distribuição e venda de produtos e de prestação de serviços relativos à saúde, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde; cancelar a autorização de funcionamento e a autorização especial de funcionamento de empresas, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde; coordenar as ações de vigilância sanitária realizadas por todos os laboratórios que compõem a rede oficial de laboratórios de controle de qualidade em saúde; estabelecer, coordenar e monitorar os sistemas de vigilância toxicológica e farmacológica; promover a revisão e atualização periódica da farmacopéia; manter sistema de informação contínuo e permanente para integrar suas atividades com as demais ações de saúde, com prioridade às ações de vigilância epidemiológica e assistência ambulatorial e hospitalar; *monitorar e auditar* os órgãos e entidades estaduais, distrital e municipais que integram o sistema Nacional de vigilância sanitária, incluindo-se os laboratórios oficiais de controle de qualidade em saúde; coordenar e executar o controle da qualidade de bens e produtos relacionados no art. 8º, por meio de análises previstas na

legislação sanitária, ou de programas especiais de monitoramento da qualidade em saúde; fomentar o desenvolvimento de recursos humanos para o sistema e a cooperação técnico-científica nacional e internacional; autuar e aplicar as penalidades previstas em lei; monitorar a evolução dos preços de medicamentos, equipamentos, componentes, insumos e serviços de saúde, podendo para tanto: requisitar informações sobre produção, insumos, matérias-primas, vendas e quaisquer outros dados, em poder de pessoas de direito público ou privado que se dediquem às atividades de produção, distribuição e comercialização dos bens e serviços previstos nesse inciso, mantendo o sigilo legal, quando for o caso; proceder ao exame de estoques, papéis e escritas de quaisquer empresas ou pessoas de direito público ou privado que se dediquem às atividades de produção, distribuição e comercialização dos bens e serviços previstos, mantendo o sigilo legal quando for o caso; também, quando for verificada a existência de indícios da ocorrência de infrações,⁴³ mediante aumento injustificado de preços ou imposição de preços excessivos, dos bens e serviços referidos nesses incisos, convocando os responsáveis para, no prazo máximo de dez dias úteis, justificar a respectiva conduta; aplicar penalidade;⁴⁴ aplicar a penalidade prevista no art. 26 da Lei n. 8.884/94; controlar, fiscalizar e acompanhar, sob a ótica da legislação sanitária, a propaganda e publicidade de produtos submetidos ao regime de vigilância sanitária; definir, em ato próprio, os locais de entrada e saída de entorpecentes, psicotrópicos e precursores no País, ouvido o Departamento de Polícia Federal e a Secretaria da Receita Federal; por fim, cumpre ainda ressaltar que as atividades de vigilância epidemiológica e de controle de vetores relativas a portos, aeroportos e fronteiras, serão executadas pela agência, sob orientação técnica e normativa do Ministério da Saúde (art. 7º). O art. 8º explicita que a Anvisa é *incumbida de regulamentar, controlar*⁴⁵ e *fiscalizar* os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.

⁴³ As infrações são as previstas nos incisos III ou IV do art. 20 da Lei n. 8.884/94.

⁴⁴ A penalidade a ser aplicada será a prevista no art. 26 da Lei n. 8.884/94.

⁴⁵ Conforme D'Andréa Ferreira, in *O controle da administração pública pelo judiciário* (direito aplicado), Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 383/384: “controle alberga acepções distintas, embora conexas, e, por isso, nem sempre dissociadas, e tradutoras do inter-relacionamento entre a atuação do órgão controlador e a do controlado; a de dominação; de direção ou comando; de limitação; a de vigilância, fiscalização, de velamento; de verificação, exame ou constatação; e de registro, autenticação.” E ainda “ com efeito, o vocábulo controle, que é empregado, em geral, em sentido lato, comporta essas duas espécies básicas – o controle *stricto sensu* e a fiscalização -, que, por sua vez, aparecem no desdobramento dos três poderes estatais primários: a legislação, a jurisdição e a execução. O controle em sentido estrito envolve uma participação do controlador na atividade controlada; a fiscalização posiciona-se exteriormente em relação a essa. Destarte, o controle em sentido próprio (controle direto) imporá a ingerência, a co-participação na atividade controlada, como a do superior hierárquico em relação ao subordinado. A fiscalização (controle indireto) é exterior com referência à atividade fiscalizada, como no caso da convocação de Ministros de Estado pelo Congresso Nacional.”

5.5 Controle exercido pela ANS

ANS (Lei n. 9.961/2000) – a Agência Nacional de Saúde Suplementar tem as seguintes funções: como função institucional, promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no país (art. 3º). Compete, ainda, à agência nacional de saúde suplementar: estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras; elaboração do rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei n. 9.656/98 e suas excepcionalidades; fixação de critérios para os procedimentos de credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviços às operadoras; estabelecimento de parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras; estabelecimento de normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde; estabelecimento de normas relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde; deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões; normatização dos conceitos de doença e lesão preexistente; definição da segmentação das operadoras e administradoras de planos privados de assistência à saúde, observando as suas peculiaridades; estabelecimento de critérios, responsabilidades, obrigações e normas de procedimento para garantia dos direitos assegurados nos arts. 30 e 31 da Lei n. 9.656/98; estabelecimento de normas para registro dos produtos definidos no inc. I e no § 1º do art. 1º da Lei n. 9.656/98; decidir sobre o estabelecimento de sub-segmentações aos tipos de planos definidos nos incs. I a IV do art. 12 da Lei n. 9.656/98; estabelecimento de critérios gerais para o exercício de cargos diretivos das operadoras de planos privados de assistência à saúde; estabelecimento de critérios de aferição e controle da qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, sejam eles próprios, referenciados, contratados ou conveniados; estabelecimento de normas, rotinas e procedimentos para concessão, manutenção e cancelamento de registro dos produtos das operadoras de planos privados de assistência à saúde; autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda; expedição de normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras, com vistas à homologação de reajustes e revisões; proceder à integração de informações com os

bancos de dados do Sistema Único de Saúde; autorizar o registro os planos privados de assistência à saúde; monitorar a evolução dos preços de planos de assistência à saúde, seus prestadores de serviços, e respectivos componentes e insumos; autorizar o registro e funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem assim sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário, sem prejuízo do disposto na Lei n. 8.884/94; fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento; exercer o controle e a avaliação dos aspectos concernentes à garantia de acesso, manutenção e qualidade dos serviços prestados, direta ou indiretamente, pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde; avaliar a capacidade técnico-operacional das operadoras de planos privados de assistência à saúde para garantir a compatibilidade da cobertura oferecida com os recursos disponíveis na área geográfica de abrangência; fiscalizar a atuação das operadoras e prestadores de serviços de saúde com relação à abrangência das coberturas de patologias e procedimentos; fiscalizar aspectos concernentes às coberturas e o cumprimento da legislação referente aos aspectos sanitários e epidemiológicos, relativos à prestação de serviços médicos e hospitalares no âmbito da saúde suplementar; avaliar os mecanismos de regulação utilizados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde; fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei n. 9.656/98 e de sua regulamentação; aplicar as penalidades pelo descumprimento da Lei n. 9.656/98 e sua regulamentação; requisitar o fornecimento de informações às operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem como da rede prestadora de serviços a elas credenciados; adotar as medidas necessárias para estimular a competição no setor de planos privados de assistência à saúde; instituir o regime de direção fiscal ou técnica nas operadoras; proceder à liquidação extrajudicial e autorizar o liquidante a requerer a falência ou insolvência civil das operadoras de planos privados de assistência à saúde; determinar ou promover a alienação da carteira de planos privados de assistência à saúde das operadoras; articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei n. 8.078/90; zelar pela qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar; administrar e arrecadar as taxas instituídas pela Lei; celebrar, nas condições que estabelecer, termo de compromisso de ajuste de conduta e termo de compromisso e fiscalizar os seus cumprimentos; definir as atribuições e competências do diretor técnico, diretor fiscal, do liquidante e do responsável pela alienação de carteira; fixar as normas para constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras de produtos de que tratam o inc. I e § 1º do art. 1º da Lei n. 9.656/98; estipular índices e demais

condições técnicas sobre investimentos e outras relações patrimoniais a serem observadas pelas operadoras de planos de assistência à saúde (art. 4º).

5.6 Controle exercido pela ANA

ANA (Lei n. 9.984/2000) – à Agência Nacional de Águas cabe: supervisionar, controlar e avaliar as ações e atividades decorrentes do cumprimento da legislação federal pertinente aos recursos hídricos; *disciplinar, em caráter normativo*, a implementação, a operacionalização, o controle e a avaliação dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos; outorgar, por intermédio de autorização, o direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União, observado o disposto nos arts. 5º, 6º, 7º e 8º; *fiscalizar os usos* de recursos hídricos nos corpos de água de domínio da União; elaborar estudos técnicos para subsidiar a definição, pelo conselho Nacional de Recursos Hídricos, dos valores a serem cobrados pelo uso de recursos hídricos de domínio da União, com base nos mecanismos e quantitativos sugeridos pelos Comitês de Bacia Hidrográfica, na forma do inc. VI do art. 38 da Lei n. 9.433/97; estimular e apoiar as iniciativas voltadas para a criação de Comitês de Bacia Hidrográfica; implementar, em articulação com os Comitês de Bacia Hidrográfica, a cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União; arrecadar, distribuir e aplicar receitas auferidas por intermédio da cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União, na forma do disposto no art. 22 da Lei n. 9.433/97; planejar e promover ações destinadas a prevenir ou minimizar os efeitos de secas e inundações, no âmbito do sistema de Gerenciamento de Recursos Hídricos, em articulação com o órgão central do Sistema Nacional de Defesa Civil, em apoio aos Estados e Municípios; promover a elaboração de estudos para subsidiar a aplicação de recursos financeiros da União em obras e serviços de regularização de cursos de água, de alocação e distribuição de água, e de controle da poluição hídrica, em consonância com o estabelecido nos planos de recursos hídricos; definir e fiscalizar as condições de operação de reservatórios por agentes públicos e privados, visando a garantir o uso múltiplo dos recursos hídricos, conforme estabelecido nos planos de recursos hídricos das respectivas bacias hidrográficas; promover a coordenação das atividades desenvolvidas no âmbito da rede hidrometeorológica nacional, em articulação com órgãos e entidades públicas ou privadas que a integram, ou que dela sejam usuárias; organizar, implantar e gerir o Sistema Nacional de Informações sobre Recursos Hídricos; prestar apoio

aos Estados na criação de órgãos gestores de recursos hídricos; propor ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos o estabelecimento de incentivos, inclusive financeiros, à conservação qualitativa e quantitativa de recursos hídricos (art. 4º); poderá delegar ou atribuir a agência de água ou de bacia hidrográfica a execução de atividades de sua competência (art. 4º, § 4º); poderá emitir outorgas preventivas de uso de recursos hídricos (art. 6º);

5.7 Controle exercido pela ANTT e Antaq

ANTT e Antaq (Lei n. 10.223/2001) – criadas pela lei em referência, a Agência Nacional de Transportes Terrestres e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários tem por objetivo: implementar as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos Transportes (obedecendo aos princípios estabelecidos na lei); *regular ou supervisionar* as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a: garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas; harmonizar, preservando o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica (art. 20, I, II, “a” e “b”); quanto às atribuições gerais da ANTT, são elas: promover pesquisas estudos específicos de tráfego e de demanda de serviços de transporte; promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados; propor ao Ministério dos Transportes os planos de outorgas, instituídos por estudos específicos de viabilidade técnica e econômica, para exploração da infra-estrutura e a prestação de serviços de transporte terrestre; elaboração e edição de normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais, garantindo isonomia no seu acesso e uso, bem como à prestação de serviços de transporte, mantendo os itinerários outorgados e fomentando a competição; editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre, celebrando e gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos; reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infra-estrutura e prestação de serviços de transporte terrestre já celebrados antes

da vigência da Lei, resguardando os direitos das partes e o equilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos; proceder à revisão e ao reajuste de tarifas dos serviços prestados, segundo as disposições contratuais, após prévia comunicação ao Ministério da Fazenda; fiscalizar a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados, cumprindo e fazendo cumprir as cláusulas e condições avençadas nas outorgas e aplicando penalidades pelo seu descumprimento; autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas, encaminhando ao Ministro de Estado dos Transportes, propostas de declaração de utilidade pública; adotar procedimentos para a incorporação ou desincorporação de bens, no âmbito dos arrendamentos contratados; promover estudos sobre a logística do transporte intermodal, habilitar o Operador do Transporte Multimodal, em articulação com as demais agências reguladoras de transportes; promover levantamentos e organizar cadastro relativos ao sistema de dutovias do Brasil e às empresas proprietárias de equipamentos e instalações de transporte dutoviário; estabelecer padrões e normas técnicas complementares relativos às operações de transporte terrestre de cargas especiais e perigosas; elaborar o seu orçamento e proceder à respectiva execução financeira; representar o Brasil perante os organismos internacionais e em convenções, acordos e tratados na sua área de competência, observadas as diretrizes do Ministro de Estado dos Transportes e as atribuições específicas dos demais órgãos federais; exercer, diretamente ou mediante convênio, as competências expressas no Art. 21, VIII, da Lei n. 9.503/97; poderá ainda, no exercício de suas atribuições: firmar convênios de cooperação técnica e administrativa com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios, tendo em vista a descentralização e fiscalização eficiente das outorgas; participar de foros internacionais sob a coordenação do Ministério dos Transportes; firmar convênios de cooperação técnica com entidades e organismos internacionais (art. 24) Há ainda, algumas atribuições específicas, elencadas no art. 25, do Transporte ferroviário, tais quais: publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão para prestação de serviços de transporte ferroviário, permitindo-se sua vinculação com contratos de arrendamento de ativos operacionais; administrar os contratos de concessão e arrendamento de ferrovias celebrados até à vigência desta Lei; publicar editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão para construção e exploração de novas ferrovias, com cláusulas de reversão à União dos ativos operacionais edificadas e instalados; fiscalizar diretamente, com o apoio de suas unidades regionais, ou por meio de convênios de cooperação, o cumprimento das cláusulas contratuais de prestação de serviços ferroviários e de manutenção e reposição dos ativos arrendados; regular e coordenar a atuação dos concessionários, assegurando neutralidade com relação aos interesses dos

usuários, orientando e disciplinando o tráfego mútuo e o direito de passagem de trens de passageiros e cargas e arbitrando as questões não resolvidas pelas partes; articular-se com órgãos e instituições dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para conciliação do uso da via permanente sob sua jurisdição com as redes locais de metrô e trens urbanos destinados ao deslocamento de passageiros; contribuir para a preservação do patrimônio histórico e da memória das ferrovias, em cooperação com as instituições associadas à cultura nacional, orientando e estimulando a participação dos concessionários do setor.

Outras atribuições específicas são atribuídas à ANTT quanto ao transporte rodoviário como: publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de permissão para prestação de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; autorizar o transporte de passageiros, realizado por empresas de turismo, com a finalidade de turismo; autorizar o transporte de passageiros, sob o regime de fretamento; promover estudos e levantamentos relativos à frota de caminhões, empresas constituídas e operadores autônomos, bem como organizar e manter um registro nacional de transportadores rodoviários de cargas; habilitar o transporte internacional de carga; publicar os editais, julgar licitações e celebrar contratos de concessão de rodovias federais a serem exploradas e administradas por terceiros; fiscalizar diretamente, com o apoio de suas unidades regionais, ou por meio de convênios de cooperação, o cumprimento das condições de outorga de autorização e das cláusulas contratuais de permissão para prestação de serviços ou de concessão para exploração da infra-estrutura (art. 26).

A lei que cria a agência dos transportes, bastante segmentada e delineada, traz também as funções da Antaq em sua esfera de atuação: promover estudos específicos de demanda de transporte aquaviário e de serviços portuários; promover estudos aplicados a definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados; propor ao Ministério dos Transportes o plano geral de outorgas de exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária e de prestação de serviços de transporte aquaviário; elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores; celebrar atos de outorga de permissão ou 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, gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos; reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de

transporte aquaviário celebrados antes da vigência desta Lei, resguardando os direitos das partes; aprovar as propostas de revisão e de reajuste de tarifas encaminhadas pelas Administrações Portuárias, após prévia comunicação ao Ministério da Fazenda; promover estudos referentes à composição da frota mercante brasileira e à prática de afretamentos de embarcações, para subsidiar as decisões governamentais quanto à política de apoio à indústria de construção naval e de afretamento de embarcações estrangeiras; representar o Brasil perante os organismos internacionais de navegação e em convenções, acordos e tratados sobre transporte aquaviário, observadas as diretrizes do Ministro de Estado dos Transportes e as atribuições específicas dos demais órgãos federais; supervisionar a participação de empresas brasileiras e estrangeiras na navegação de longo curso, em cumprimento aos tratados, convenções, acordos e outros instrumentos internacionais dos quais o Brasil seja signatário; estabelecer normas e padrões a serem observados pelas autoridades portuárias; publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão para exploração dos portos organizados em obediência ao disposto na Lei n. 8.630/93; cumprir e fazer cumprir as cláusulas e condições avençadas nos contratos de concessão quanto à manutenção e reposição dos bens e equipamentos reversíveis à União e arrendados, conforme a Lei n. 8.630/93; autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas, encaminhando ao Ministro de Estado dos Transportes, se for o caso, propostas de declaração de utilidade pública; estabelecer padrões e normas técnicas relativos às operações de transporte aquaviário de cargas especiais e perigosas; elaborar o seu orçamento e proceder à respectiva execução financeira; fiscalizar o funcionamento e a prestação de serviços de empresas de navegação de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo, de apoio portuário, fluvial e lacustre; autorizar a construção e a exploração de terminais portuários de uso privativo, conforme previsto na Lei n. 8.630/93; adotar procedimentos para a incorporação ou desincorporação de bens, no âmbito das outorgas; autorizar as empresas brasileiras de navegação de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo, de apoio portuário, fluvial e lacustre, o afretamento de embarcações estrangeiras para o transporte de carga, conforme a Lei n. 9.432/97; celebrar atos de outorga de concessão para a exploração de infra-estrutura aquaviária e portuária, gerindo e fiscalizando os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos; poderá, ainda, firmar convênios de cooperação técnica e administrativa com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tendo em vista a descentralização e a fiscalização eficiente das outorgas; participar de foros internacionais, sob a coordenação do Ministério dos Transportes; firmar convênios de cooperação técnica com entidades e organismos internacionais (art. 27).

5.8 Controle exercido pela Anac

Anac – A agência nacional de aviação civil é bastante recente no ordenamento jurídico brasileiro não obstante já tivéssemos regulamentações sobre atividades aéreo-portuárias desde 1967. Criada pela Lei n. 11.182, de 27 de setembro de 2005, cabe a essa agência reguladora adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País competindo-lhe: implementar, em sua esfera de atuação, a política de aviação civil; elaborar relatórios e emitir pareceres sobre acordos, tratados, convenções e outros atos relativos ao transporte aéreo internacional, celebrados ou a ser celebrados com outros países ou organizações internacionais; realizar estudos, estabelecer normas, promover a implementação das normas e recomendações internacionais de aviação civil, observados os acordos, tratados e convenções internacionais de que seja parte a República Federativa do Brasil; negociar o estabelecimento de acordos e tratados sobre transporte aéreo internacional, observadas as diretrizes do CONAC; *regular e fiscalizar* a operação de serviços aéreos prestados, no País, por empresas estrangeiras, observados os acordos, tratados e convenções internacionais de que seja parte a República Federativa do Brasil; *regular* as condições e a designação de empresa aérea brasileira para operar no exterior; *regular e fiscalizar* os serviços aéreos, os produtos e processos aeronáuticos, a formação e o treinamento de pessoal especializado, os serviços auxiliares, a segurança da aviação civil, a facilitação do transporte aéreo, a habilitação de tripulantes, as emissões de poluentes e o ruído aeronáutico, os sistemas de reservas, a movimentação de passageiros e carga e as demais atividades de aviação civil; expedir regras sobre segurança em área aeroportuária e a bordo de aeronaves civis, porte e transporte de cargas perigosas, inclusive o porte ou transporte de armamento, explosivos, material bélico ou de quaisquer outros produtos, substâncias ou objetos que possam pôr em risco os tripulantes ou passageiros, ou a própria aeronave ou, ainda, que sejam nocivos à saúde; *regular e fiscalizar* as medidas a serem adotadas pelas empresas prestadoras de serviços aéreos, e exploradoras de infra-estrutura aeroportuária, para prevenção quanto ao uso por seus tripulantes ou pessoal técnico de manutenção e operação que tenha acesso às aeronaves, de substâncias entorpecentes ou psicotrópicas, que possam determinar dependência física ou psíquica, permanente ou transitória; *regular e fiscalizar* a outorga de serviços aéreos; conceder, permitir ou autorizar a exploração de serviços aéreos; *fiscalizar* as aeronaves civis, seus componentes, equipamentos e serviços de manutenção, com o objetivo de assegurar o

cumprimento das normas de segurança de vôo; *regular* as autorizações de horários de pouso e decolagem de aeronaves civis, observadas as condicionantes do sistema de controle do espaço aéreo e da infra-estrutura aeroportuária disponível; *compor, administrativamente, conflitos* de interesses entre prestadoras de serviços aéreos e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária; *regular e fiscalizar* a infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, com exceção das atividades e procedimentos relacionados com o sistema de controle do espaço aéreo e com o sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos; aprovar os planos diretores dos aeroportos e os planos aeroviários estaduais; *estabelecer o regime tarifário* da exploração da infra-estrutura aeroportuária, no todo ou em parte; *arrecadar, administrar e suplementar recursos* para o funcionamento de aeródromos de interesse federal, estadual ou municipal; aprovar e fiscalizar a construção, reforma e ampliação de aeródromos e sua abertura ao tráfego; expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão de informações entre aeródromos; expedir normas e estabelecer padrões mínimos de segurança de vôo, de desempenho e eficiência, a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços aéreos e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, inclusive quanto a equipamentos, materiais, produtos e processos que utilizarem e serviços que prestarem; *regular, fiscalizar e autorizar* os serviços aéreos prestados por aeroclubes, escolas e cursos de aviação civil; reprimir infrações à legislação, inclusive quanto aos direitos dos usuários, e aplicar as sanções cabíveis; *arrecadar, administrar e aplicar suas receitas; contratar pessoal por prazo determinado*, de acordo com a legislação aplicável; adquirir, administrar e alienar seus bens; apresentar ao Ministro de Estado da Defesa proposta de orçamento; *elaborar e enviar o relatório anual de suas atividades* ao Ministério da Defesa e, por intermédio da Presidência da República, ao Congresso Nacional; administrar os empregos públicos, os cargos comissionados e as gratificações de que trata esta Lei; decidir, em último grau, sobre as matérias de sua competência; deliberar, na esfera administrativa, quanto à interpretação da legislação, sobre serviços aéreos e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, inclusive casos omissos, quando não houver orientação normativa da Advocacia-Geral da União; deliberar, na esfera técnica, quanto à interpretação das normas e recomendações internacionais relativas ao sistema de segurança de vôo da aviação civil, inclusive os casos omissos; *editar e dar publicidade às instruções e aos regulamentos* necessários à aplicação desta Lei; dentre outros assuntos (art. 8º).

As funções desempenhadas pelas agências reguladoras são sempre de suma importância e deverão ficar restritas ao que a lei lhe conferiu. Posto isso, poderemos seguir,

adiante, com uma breve explanação quanto à função executiva, judicante e normativa das agências reguladoras.

5.9 Função executiva

Pela função executiva, as agências reguladoras recebem a incumbência de muitas das atribuições que são por elas desenvolvidas, conforme as leis respectivas de suas criações e atribuições, como conceder, permitir e autorizar o uso de bem público, expedir licenças, autorizar reajuste de tarifas. É assim que as agências reguladoras brasileiras recebem do legislador amplos aparelhos para, tanto no campo fiscalizatório quanto no campo preventivo, executarem a função que lhes compete. A função administrativa exige condutas, tanto pelas empresas prestadoras dos serviços, quanto pelos usuários. Essas condutas são estabelecidas nas leis que regulamentam ou na lei da criação das próprias agências. A importância das agências reguladoras nessa sua função executiva será assegurar aos usuários serviços com qualidade e pautados em tarifas razoáveis e, na sua atuação de prevenção e fiscalização, evitar que abusos sejam repetidos⁴⁶.

Talvez seja a função mais delicada dentro dessa função administrativa, a fixação de tarifas. Nem sempre os serviços prestados têm a eficiência desejada para a cobrança de uma tarifa muitas vezes paga pelo consumidor sem ser considerada justa. Entretanto, o Tribunal de Contas da União, ao analisar a questão, traz a competência discricionária para a fixação da tarifa, conforme ementa que se reproduz:

Acórdão 271/2007- Plenário AC-0271-08/07-P. Rel.Min. Benjamin Zymler
Embargos de Declaração: Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel.
Interessado: Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União
Responsável: José Mário de Miranda Abdo - Diretor-Presidente da Aneel.
Sumário. ANEEL. Processo de revisão tarifária da Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S. A. Exercício de 2003. Presumidas inconsistências metodológicas relativas ao cálculo do fator X. Desconsideração do benefício fiscal decorrente da distribuição de juros sobre o capital próprio. Fixação de reposicionamento tarifário supostamente acima do devido. Determinação. Remessa de cópia ao Congresso Nacional e interessados. Embargos de Declaração. Competência discricionária da Aneel para determinar a oportunidade, a

⁴⁶ Como o apagão no ano de 1999, em que São Paulo e outras cidades brasileiras ficaram totalmente às escuras em pleno horário em que milhares de pessoas retornavam às suas casas, por volta das 20h, e recentemente o apagão aéreo, demonstrando favorecimentos entre Anac e empresas aéreas, o relapso e total descaso com a população, e a ousadia de empresas como as operadoras de telefonia, que afrontam as normas e deveres das prestadoras desses serviços aos usuários, como retirar produtos contratados sem qualquer prévio aviso aos consumidores.

conveniência e a forma mais adequada de consideração desse benefício. Conhecimento. Provimento parcial. Recomendação. Comunicação.

Assim também decidiu o Superior Tribunal de Justiça quanto à fixação de tarifas:

RECURSO ESPECIAL 2003/0126202-5

COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA PELA CONCESSIONÁRIA DE TELEFONIA. ANATEL. LEGITIMIDADE. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. REL.MIN. LUIZ FUX. EMENTA

1. Proposta a ação em face da Agência Reguladora Federal, de natureza autárquica, é competente a Justiça Federal. Acaso a pretensão não seja acolhida em face da mesma, a matéria é meritória. A legitimidade afere-se in abstracto (vera sint exposita). 2. Hipótese em que as ligações telefônicas emanadas de distritos de um mesmo Município eram cobradas a título de ligações locais. Com a implantação da denominada privatização dos serviços de telefonia, sem qualquer comunicação ou aviso prévios aos usuários, as conexões providas ou endereçadas a algumas dessas localidades passaram a ser consideradas ligações interurbanas, com os conseqüentes reflexos na tarifação.

3. Deveras, a definição sobre se as ligações locais podem ser cobradas como interurbanas prescinde de notório interesse da Agência reguladora em prol dos consumidores.

4. As **Agências reguladoras** consistem em mecanismos que ajustam o funcionamento da atividade econômica do País como um todo, principalmente da inserção no plano privado de serviços que eram antes atribuídos ao ente estatal. Elas foram criadas, portanto, com a finalidade de ajustar, disciplinar e promover o funcionamento dos serviços públicos, objeto de concessão, permissão e autorização, assegurando um funcionamento em condições de excelência tanto para o fornecedor/produzidor como principalmente para o consumidor/usuário.

5. A ANATEL deve atuar como litisconsorte passiva necessária, posto tratar-se de serviço de utilidade pública e a contraprestação do serviço se perfaz com o pagamento de tarifa, cuja modificação e fixação é sempre vinculada à autorização do poder concedente. Por isso, a necessidade de a ANATEL integrar a relação jurídica.

6. A CRT – Brasil Telecom, sendo concessionária de serviços públicos de telecomunicações, tem como órgão regulamentador e fiscalizador a Agência Nacional de Telecomunicações. Cabe a esta a delimitação das concessões e o estabelecimento das políticas tarifárias (art. 175 da CF).

7. Recurso especial desprovido.

O grande desafio das agências reguladoras é se situar politicamente afastada dos interesses econômicos das empresas prestadoras de serviços e exercer com eficiência essas funções, fiscalizatória e preventiva, sendo de relevante interesse social que possam regular e manter com qualidade os serviços prestados. Sob pena de serem ineficazes e inúteis, na hipótese de não conseguirem atingir esta meta.

5.10 Função julgadora

A função julgadora das agências reguladoras, também chamada por Paulo Roberto Ferreira Motta de *resolução de conflitos*⁴⁷ “insere-se, como é elementar, nas funções administrativas das agências reguladoras, não devendo tal expressão ser confundida com a exercida pelo Poder Judiciário. Ao contrário da realizada pelos órgãos judiciais, a denominada ‘função julgadora’ das agências reguladoras não opera, jamais, coisa julgada, devendo, por esse motivo, mas não só, ser consignado que o exercício da ‘função jurisdicional’ por determinada agência reguladora é substancialmente ‘função administrativa’ desta”.⁴⁸

Não há como pensar em um órgão regulador sem pensar na função que lhe é conferida. As agências reguladoras devem estar atentas para poder dirimir conflitos entre os órgãos regulados e entre estes e os consumidores dos serviços prestados. Algumas leis são expressas nessa função, o que não exime as agências reguladoras criadas sem essa abordagem de assim agir, mas sempre garantindo a ampla defesa e o contraditório, sob pena de nulidade da decisão proferida. Mais uma vez nos deparamos com uma função que exigirá por parte das agências reguladoras “independência” para poder atuar na proteção dos interesses públicos, sem envolver qualquer decisão de cunho político ou partidário.

Há que se mencionar, ainda, que apesar de existir essa função “jurisdicional”, o Judiciário sempre poderá ser acionado para a resolução de controvérsias. Aqui, novamente a doutrina parece controversa sobre a revisão desta decisão. Para uma parte da doutrina a revisão pelo Poder Judiciário seria infundada, o que não significa que irá se eximir da apreciação da questão,⁴⁹ se a decisão proferida pela agência reguladora foi pautada em critérios técnicos e as formalidades respeitadas. De outro ponto de vista, não cabe revisão pelo judiciário se o ato estiver em conformidade com as formalidades constitucionais-legais e atribuições do órgão, o que poderia vir a ser entendido, como alegam, de usurpação das atribuições que são próprias de um órgão e, portanto, afronta à separação de poderes.

Em virtude dessa “independência” de que gozam as agências reguladoras, como observamos em seção própria, não existe o duplo grau de jurisdição nesses processos administrativos. Portanto, não há a possibilidade de recurso hierárquico impróprio.

E, finalmente, ainda é de competência das agências reguladoras a aplicação de sanções, conforme constar de seus próprios regulamentos, o que só a lei pode prever.

⁴⁷ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. Barueri: Manole, 2003. p. 189.

⁴⁸ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*. Barueri: Manole, 2003. p. 189.

⁴⁹ Nesta hipótese o judiciário examinará se houve alguma forma de abuso pela agência reguladora e se direitos das partes envolvidas foram plenamente respeitados.

5.11 Função normativa

As agências reguladoras, pela sua própria formação, e no sentido de manter-se distante dos interesses políticos, detêm o poder de editar normas no tocante às atividades em que atuam regulando.

Diante das suas atribuições, sejam gerais ou específicas, sempre encontramos a área em que sua atuação normativa deverá ser empregada, pois ao Legislativo não cabe detalhar o espectro de atuação dessas agências, que toma contornos tão delineados conforme a área de desempenho. É correta a função do Poder Legislativo de instituir parâmetros e marcos regulatórios, para que as agências reguladoras possam regular no sentido e limites das atribuições que as leis lhes conferem. Ainda, como visto, cabe às agências reguladoras editar essas normas em conformidade com os parâmetros de suas leis criadoras.

Há na doutrina uma grande diversidade de posicionamentos, no sentido que essa função normativa seria uma forma de usurpação da competência que é atribuída ao Poder Legislativo e em total afronta ao princípio da legalidade e à separação dos poderes. Isso porque muitas vezes a lei não apenas atribui um espaço bastante discricionário aos agentes administrativos, como delega a função do Legislativo à agência reguladora, havendo quase uma transferência total da competência para disciplinar certas questões, ocasionando confronto destas normativas com o princípio da legalidade.

Sobre o assunto, também se posicionou Paulo Roberto Ferreira Motta⁵⁰ quando observa a solidão do capitalismo, que não mais prescinde do “direito dito velho, estabilizador das reações sociais”, mas do direito dinâmico, que admite um ato inovador do direito que não passe, necessariamente, pelo Parlamento, podendo ser exercido por outros órgãos e entes, e entende que, apesar de ser algo assustador ao menos lógico, possível o exercício da função normativa por outros órgãos. E ilustra bem Canotilho, que diz ser necessário conceder mais autonomia aos homens, pois estes sabem melhor que o Estado o que satisfaz suas necessidades.⁵¹

Nesse território totalmente movediço, a doutrina e alguns julgados semeiam essa outra questão, a que muitos se dedicam quando do estudo das agências reguladoras. Alguns fenômenos atinentes à normatização, como poder regulamentar, delegação legislativa e deslegalização também são estudados.

⁵⁰ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri: Manole, 2003. p. 146-186.

⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 14.

As leis que atribuem poder normativo às agências reguladoras e fixam critérios são recheadas dos termos “elaborar e editar normas” (ANTT – art. 24, IV), “disciplinar em caráter normativo” (ANA – art. 4º, II), “estabelecer normas” (ANVISA – art. 7º, III).

A função normativa das agências reguladoras é a regulação das relações entre os prestadores e os usuários dos serviços públicos regulados, e tudo mais que se necessitar será encontrado apenas na regulação da lei.

Lúcia Valle Figueiredo⁵² assim confere:

O nosso ordenamento jurídico não permite que obrigações, proibições, constrangimentos aos administrados façam-se por outro meio que não a lei (art. 5º, II), obrigando-nos, destarte, a grande esforço de intelecção para o deslinde de quais sejam os limites do órgão regulador [...] de outra parte, permite o texto constitucional delegações do Legislativo ao Executivo, nos termos do artigo 68 da Constituição da República. Porém, há todo um regime jurídico a ser observado, que, certamente, não é a hipótese das agências reguladoras.

Carlos Ari Sundfeld mantém posição bastante liberal quando entende que o intérprete do direito deve buscar a base doutrinária em outros princípios, fora dos tradicionais.

A Constituição não prevê a exclusividade da função normativa ao Poder Legislativo e a doutrina sabe o quão carente e insuficiente se torna para a Constituição prever todo o funcionamento do Estado. É assim que muitos admitem, como Renato Alessi,⁵³ uma classificação em que a norma é um ato voltado à inovação da ordem jurídica. O que não significa que as agências reguladoras tenham condições para normatizar condutas ou inovar direitos, pois, devem obedecer a estrita legalidade do art. 37, *caput*, da CF, e ao Congresso Nacional, na forma do art. 49, V, da CF cabe sustar os atos do Poder Executivo que extravasem o poder regulamentar, ou limites da delegação legislativa. Assim, o que poderia se pensar seria a hipótese de as agências reguladoras exercerem o “poder regulamentar” em sede de “pode delegado”. Entretanto, o nosso ordenamento pátrio não prevê essa possibilidade, na forma do disposto no art. 84, IV, da CF.

Resta às agências reguladoras editar atos administrativos sobre matérias estritamente técnicas. O que é, sem dúvida, permitido, haja vista ser necessário estar definido em lei os *standards* de sua atuação e sobre esses editar atos. De tal sorte que a lei criadora da agência reguladora estabelece o balizamento, o contorno da regulação, e cabendo às agências

⁵² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 138.

⁵³ ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Barcelona: Bosch, 1970. v. I, p. 5-25 conforme MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri: Manole, 2003. p. 165-166.

reguladoras promover a “particularização da regra, provendo os pormenores para sua concretização”.⁵⁴

O que o legislador quis garantir foi a estrita observação do princípio da separação dos poderes e a própria coletividade, fazendo com que a função das agências reguladoras seja atuar regulamentando dentro dos limites legais. E aqui merece atenção o que observa Paulo Roberto Ferreira Motta⁵⁵:

Sustenta-se, assim, que na moderna sociedade tecnológica, principalmente, mas sem excluir outros, no campo das telecomunicações, a particularização de qualquer lei, por ato administrativo, implica fazer com que toda decisão seja jurídica, no sentido de que cria um direito onde antes não havia ordenamento jurídico. Temos, assim, um paradoxo: não admitir que as agências reguladoras exerçam função normativa ampla (desde que devidamente autorizadas por lei, no caso brasileiro somente a Anatel a possui), restringindo a elas apenas as execuções da lei, reservando-lhes, unicamente, a possibilidade de explicitar a norma legal em questões técnicas, implica, na prática, negar a existência destes entes. Admitir que possam exercer função normativa ampla significa, na prática, tornar a Constituição letra morta.

Reside aqui um tema que também necessita de controle, sob pena das decisões técnicas das agências reguladoras serem consideradas como abuso do poder regulamentar, ou mesmo, como invasão de competência legislativa. Nessa linha tênue, as que não possuem permissão para atuar no exercício da função normativa plena, mas, tão somente sobre matéria técnica, sempre estarão na fronteira da violação dos limites constitucionais que lhes são impostos.

Paulo Roberto Ferreira Motta⁵⁶ admite o exercício da ação normativa das agências reguladoras, restritivamente, desde que quatro questões sejam levadas em consideração:

- a) sempre que a questão técnica implique na inovação da ordem jurídica, criando ou fazendo desaparecer direitos e obrigações, possa a norma, antes de sua vigência, permitir o contraditório (quer por audiências públicas, quer pela notificação pessoal dos interessados) por parte da cidadania, que é, sempre, mediata ou imediatamente, atingida pela estatuição primária havida no ordenamento jurídico;
- b) para tanto, é indispensável a imediata elaboração de um Código de Procedimento Administrativo para, no âmbito das agências reguladoras, permitir a materialização do explicitado no item anterior;
- c) Que, a fundamentação técnica apresentada (discricionariedade técnica) pela agência reguladora, seja, sempre, passível de apreciação judicial, inclusive com a suspensão liminar dos seus efeitos, se for o caso;
- d) Que, neste caso, o Poder Judiciário relativize o princípio da presunção de constitucionalidade do ato normativo atacado⁵⁷

⁵⁴ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 389.

⁵⁵ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri: Manole, 2003. p. 177-178.

⁵⁶ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri: Manole, 2003. p. 183.

Entendemos que as agências reguladoras podem criar direitos e obrigações, desde que haja parâmetros básicos na lei a serem seguidos.

6 AUTONOMIA OU INDEPENDÊNCIA

Quando o assunto é a autonomia das agências reguladoras alguns aspectos são consensuais na doutrina brasileira. O cerne que fundamenta a criação da agência reguladora é instituir um ente administrativo, com alta especialização e hermeticamente impermeável ao momento político e estrutura governamental do momento que, como é sabido, acabam por influenciar as decisões dos órgãos da administração. É desta sorte que as agências reguladoras são dotadas de elevado grau de autonomia face à Administração, mesmo estando a ela vinculada.

E não há como pensar nas agências reguladoras, mantendo o desenvolvimento de suas atividades, sem gozar de autonomia administrativa, financeira e técnica.

Muito se questiona sobre os contratos de gestão⁵⁷, que é o contrato firmado entre o Ministério e a agência e que enseja a possibilidade de sua maior autonomia gerencial, financeira e orçamentária e que, a nosso ver, ao total arrepio da lei. Isso se deve ao fato de alguns contratos de gestão delegarem instrumentos normativos, o que jamais poderia ser considerado válido, pois somente a lei tem o condão de atribuir instrumentos normativos.

Os contratos de gestão são duvidosos nos casos das agências reguladoras. Ora, a lei criadora das agências reguladoras dá-lhe autonomia e cria todo um *standard* de atuação. Não pode haver um contrato de gestão entre essas e Ministérios, o que, para nós, implicaria amputação da autonomia das agências reguladoras, que ficariam restrito aos *numerus clausus* assumidos nesse instrumento. Algumas agências como Anvisa, ANS e Aneel possuem esse tipo de contrato. A lei destas agências dispõe que o contrato de gestão é o instrumento de avaliação da atuação administrativa da autarquia e de seu desempenho, estabelecendo

⁵⁷ Conforme nota de Paulo Roberto Ferreira Motta (*Agências reguladoras*. Barueri: Manole, 2003. p. 183): “como é óbvio que, na maioria dos casos, disporá a agência reguladora de conhecimentos técnicos muito mais profundos que o Cidadão, a relativização acima se dará no sentido de que compete à Agência, e não a cidadania, o ônus da prova da constitucionalidade da norma por ela criada.”

⁵⁸ Os contratos de gestão são utilizados como forma de ajuste entre Administração Pública Direta e Administração Indireta ou paraestatais e têm o objetivo de estabelecer metas pela entidade em contrapartida, oferecendo benefício ao Poder Público.

parâmetros para a administração interna da autarquia bem como os indicadores que permitam quantificar, objetivamente, a sua avaliação periódica (art. 19, parágrafo único, da Lei da Anvisa, art. 14, parágrafo único, da Lei da ANS).

A relevância do estudo da autonomia diz respeito ao desempenho das atribuições das agências, que devem ter preservada a sua discricionariedade, sob pena de falharem na missão para a melhoria da prestação dos serviços públicos. De suma importância o tratamento dessas distinções para que possamos falar, adiante, no controle fiscalizatório exercido sobre as agências reguladoras. Ressalto que não teremos aqui um tratado sobre a autonomia, ou a sua independência, mas apenas alguns esclarecimentos quanto à autonomia político-administrativa e econômico-financeira, bem como da independência, para que possamos analisar a polêmica questão do controle a ser exercido sobre estas entidades.

Já na questão atinente à independência das agências reguladoras, verificaremos que enquanto a doutrina majoritária fala em autonomia,⁵⁹ em vez de independência, é interessante notar o posicionamento de Floriano de Azevedo Marques Neto, como expõe em sua obra *Agências reguladoras independentes*⁶⁰:

Prefiro utilizar o termo independência em vez de autonomia, pois este último poderia dar a entender que estamos diante das tradicionais autarquias do direito brasileiro quando, como já expus, entendo serem as agências espécies muito particulares de autarquias. Não obstante, o termo independência não deve dar a entender que se tratem estes órgãos de entes absolutamente não submetidos a qualquer controle. De minha parte, entendo que a submissão a mecanismos e instâncias de controle, ao contrário de ser írrito à independência, constitui traço essencial. Daí por que independência das agências deve caracterizar o encaixe bastante específico e excepcional destes órgãos nos poderes do Estado, mas nunca a sua imunidade aos controles institucionais [...]

Nas lições de José Carlos Francisco⁶¹ verifica-se que esta independência não é absoluta quanto ao Poder Executivo.

A qualificação de “independente”, realmente não pode ser entendida em termos absolutos. Não há qualquer país que adote as agências reguladoras como órgãos independentes. O que há é maior ou menor grau de autonomia. Ademais, o termo “independência” não é equivalente a “soberania”.⁶²

⁵⁹ Até porque as agências reguladoras não são órgãos totalmente desvinculados da Administração.

⁶⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 67.

⁶¹ DIMOULIS, Dimitri (Coord.). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 17.

⁶² Como bem explicita Marcus Cláudia Acquaviva in *Teoria Geral do Estado*, São Paulo: Saraiva, 1994. p.41, deve-se entender por soberania como “atributo do poder do Estado que o torna independente no plano interno e interdependente no plano externo. No âmbito interno, o poder soberano reside nos órgãos dotados do poder

Ainda merece ser observado, na obra de Floriano Marques, não obstante essa peculiaridade semântica, o fato de ele realçar a total independência da agência reguladora diante dos agentes econômicos que exploram a atividade regulada bem como o impedimento de recrutamento, por parte do segmento regulado, de pessoas advindas dos quadros de dirigentes do órgão regulador⁶³. A independência deve ser verificada, ainda, quanto ao consumidor, destinatário dos serviços prestados pelos órgãos regulados e deve, ainda ser independente do poder político⁶⁴.

6.1 Autonomia administrativa

A autonomia administrativa caracteriza-se pelo mandato fixo dos diretores, após aprovação do Senado Federal, trazendo garantias aos usuários e agentes econômicos regulados e também pela contratação de servidores e organização de seus serviços.

Importante frisar que as agências reguladoras são órgãos do Estado e não de determinado governo, portanto deverão ter meios para atuar sob pena de nada valer ter certas diferenciações de outras autarquias. Se houver a interrupção da continuidade das suas funções por uma decisão do governo, corre-se o risco de as agências se tornarem não confiáveis.

6.2 Mandato dos dirigentes

Uma das formas de garantia da autonomia das agências reguladoras está na estabilidade dos dirigentes das agências, garantida por mandatos fixos, não sendo admitida a demissão *ad nutum* (portanto, não admitida a demissão livre e que pode ser feita a qualquer momento a um dirigente público). Admitir o contrário seria o mesmo que admitir a

de decidir em última instância; no âmbito externo, cada um mantém, com os demais uma relação em que a igualdade se faz presente. O poder soberano é um elemento essencial no Estado. Não há Estado sem poder soberano”.

⁶³ Geralmente fica instituída a quarentena – impedimento temporário – na contratação desse tipo de pessoal, ainda que após esse período possa acontecer deste tipo de contratação.

⁶⁴ Nesse sentido, Floriano Marques, in obra citada, p. 71, explicita que “a especificidade e a especialidade, que predicam a necessidade de um setor contar com um órgão regulador próprio, interditam que a atividade regulatória seja permanentemente pautada pela interferência política. A nova regulação é, sem dúvida, um instrumento de implementação de uma política pública num determinado setor. Não pode, porém, se transformar em instrumento do jogo político em particular”.

possibilidade de agentes políticos que gozassem de confiança do Poder Executivo. A Lei n. 9.986, de 18 de julho de 2000, que trata da gestão de recursos humanos das agências reguladoras dentre outras providências, passou a ser norma geral aplicável às criadas posteriormente.⁶⁵

Os dirigentes das agências reguladoras são cinco, um diretor-geral e quatro diretores, agindo em regime de colegiado, nomeados pelo Presidente da República para o cumprimento de mandatos não coincidentes de quatro anos, após aprovados pelo Senado Federal, conforme art. 52, III, “f”, da CF.

A Lei n. 9.986/2000 dispõe, ainda, sobre a vedação aos empregados ocupantes de cargos em comissão e aos dirigentes das agências reguladoras, o exercício de outra atividade profissional, incluindo-se, obviamente, a gestão operacional de empresa, ou direção político-partidária.⁶⁶

A *quarentena*⁶⁷ vem estatuída na lei supra, art. 8º, por meio de redação dada pela Medida Provisória n. 2.216-37, de 31 de agosto de 2001⁶⁸, determinando que o ex-dirigente fica impedido do exercício de atividades ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato.

6.3 Autonomia financeira

A autonomia financeira é, sem dúvida alguma, uma forma de as agências reguladoras não se vincularem ou dependerem de outros órgãos da administração. E garante que os recursos financeiros necessários às suas atividades não fiquem vinculados ao Poder Central.

⁶⁵ As agências já existentes no ordenamento jurídico pátrio tiveram de adequar-se, em alguns pontos, como foi o caso da Aneel, Anatel, ANP. No caso da Anatel, por exemplo, os dirigentes foram nomeados, originariamente, para um mandato de cinco anos.

⁶⁶ Note que apenas fica vedada a direção político-partidária sendo, portanto, o agente livre para exercer atividade político-partidária, ao verdadeiro arripio da nossa ótica.

⁶⁷ Note-se que na Anvisa a disposição do art. 14 expõe que “até um ano após deixar o cargo, é vedado ao ex-dirigente representar qualquer pessoa ou interesse perante a agência”.

⁶⁸ A redação dada pela Medida Provisória foi um pouco menos vergonhosa, face ao que dispunha anteriormente a redação:

Art. 8º terminado o mandato, o ex-dirigente ficará impedido, por um período de quatro meses, contado da data do término do seu mandato, de prestar qualquer tipo de serviço no setor público ou a empresa integrante do setor regulado pela Agência.

§ 1º Inclui-se no período a que se refere o *caput* eventuais períodos de férias não gozadas.

§ 2º Durante o impedimento, o ex-dirigente ficará vinculado à Agência, fazendo jus a remuneração equivalente à do cargo de direção que exerceu, sendo assegurado, no caso de servidor público, todos os direitos como se estivesse em efetivo exercício das atribuições do cargo.

Geralmente a autonomia financeira dá-se por fontes próprias de recursos para o órgão regulador e configura-se na possibilidade legal de constituição em receita a cobrança de taxa de fiscalização,⁶⁹ embora sejam legítimas outras⁷⁰ receitas como parcela das participações governamentais em bônus de assinatura e participações especiais, recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados com entidades, organismos ou empresas, recursos que lhe forem destinados, produtos de emolumentos e multas previstos na legislação específica, valores apurados na venda ou locação dos bens móveis e imóveis que forem de sua propriedade, valores decorrentes da venda de dados e informações técnicas, inclusive para fins de licitação, excluído, porém, o acervo técnico constituído pelos dados e informações sobre as bacias sedimentares brasileiras e as contribuições de intervenção no domínio econômico (CIDE), prevista no art. 149 da CF, como é exemplo a CIDE dos combustíveis, instituída pela Lei n. 10.336/2001.

6.4 Autonomia técnica

Outra forma de autonomia das agências reguladoras é a autonomia técnica e decorre da especialização e da singularidade de cada setor da economia a ser regulado pela agência.

Ligada ao princípio da eficiência,⁷¹ essa especialização está intimamente atrelada à própria criação da agência reguladora e também ao poder normativo que se confere a ela. A capacidade técnica acaba por ser requisito de legitimação da própria regulação. Nas palavras de Floriano Marques,⁷²

Quanto mais capacitada tecnicamente for a agência, menor será a assimetria de informação em relação ao regulado. Em sendo assim, menos a capacidade de o regulado se utilizar em seu favor do fato de conhecer mais o setor regulado do que o agente estatal (por reunir os dados relativos à sua operação, além de ter grande facilidade de obter informações sobre o setor em que atua).

⁶⁹ Geralmente a lei instituidora da agência reguladora estabelece esta taxa de fiscalização, como ocorre, por exemplo, com os serviços de energia elétrica na ANEEL, com o setor petrolífero na ANP e com serviços de telefonia da ANATEL.

⁷⁰ Conforme lições de Alexandre de Moraes no artigo *Agências Reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de (Coord.) *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002, p.26. No caso em referência Alexandre de Moraes ilustra a hipótese da Agência Nacional de Petróleo.

⁷¹ Princípio da eficiência: foi acrescido ao texto constitucional, no art. 37, com a Emenda constitucional 19/98. É o princípio que norteia toda a atuação da Administração Pública, sempre mantendo o princípio da legalidade. Traz a idéia de celeridade, um serviço prestado com segurança, qualidade, contrapondo-se a costumeira lentidão e descaso muitas vezes presenciado na Administração Pública.

⁷² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 62.

A autonomia técnica deve ser perseguida em constante aperfeiçoamento de mecanismos e agentes, o que dá uma dimensão diferente de outros órgãos públicos que muitas vezes deixam de incentivar seus funcionários.

IV O CONTROLE EXERCIDO SOBRE A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS BRASILEIRAS

Após mapearmos e situarmos as agências reguladoras, seu conceito, funções, autonomia e independência, e não sem antes relatarmos a função do Estado regulador, chegamos ao momento nevrálgico que tratará do controle exercido sobre a sua atuação.

E o controle das agências reguladoras é imprescindível. Sendo fonte de produção de normas abstratas e concretas, deve-se ter instrumentos político-jurídicos de controle e limitação.

O controle, destinado a assegurar a melhor execução do serviço público e com fundamento de analisar a atividade com o objetivo de melhorá-la e evitar abusos de poder pela agência reguladora, funciona com recursos públicos e deve sujeitar-se ao princípio da legalidade, o qual não pode falhar, sob pena de se esvaír dos cidadãos um controle da atividade da Administração.

Conforme Odete Medauar menciona em sua obra *Controle da administração pública*¹, em um estudo de Jean Waline (*L'évolution du controle de l'administration depuis un siècle*, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, set./out. 1984, p. 1327-1328), “O cidadão de nossos dias está paradoxalmente cada vez mais desamparado frente a ação dos poderes estabelecidos e, em especial, do ‘aparato administrativo’, cujas decisões em geral não entende, nem lhe explicam, embora seja obrigado a suportar-lhe as conseqüências”.

¹ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 10.

O controle terá peculiaridades, uma vez que cada agência é criada por uma previsão legal específica. Entretanto, a Administração Direta poderá interferir, controlar, para que a atuação das agências reguladoras esteja em conformidade com a legislação criadora.

O Dec.-lei n. 200/67, que trata da organização da administração federal, assim dispõe sobre o controle:

Art. 13 O controle das atividades da Administração Federal deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos, compreendendo, particularmente:

- a) o controle, pela chefia competente, da execução dos programas e da observância das normas que governam a atividade específica do órgão controlado;
- b) o controle, pelos órgãos próprios de cada sistema, da observância das normas gerais que regulam o exercício das atividades auxiliares;
- c) o controle da aplicação dos dinheiros públicos e da guarda dos bens da União pelos órgãos próprios do sistema de contabilidade e auditoria.

Entretanto, o controle interno fica mitigado, uma vez que as agências reguladoras possuem autonomia administrativa e este controle é de caráter político-administrativo. De tal sorte, quanto maior o controle hierárquico e, para Paulo Roberto Ferreira Motta,² inclusive o controle interno, menor a autonomia desfrutada pelas agências reguladoras.

As agências reguladoras possuem capacidade de exercer a regulação e o poder de polícia³, quando da sua atuação.

Apesar da natureza autônoma, não há impedimentos para que o controle financeiro seja realizado pelo Tribunal de Contas da União, nem a observar processos licitatórios e submissão ao Poder Judiciário.

O que também se torna relevante e de complexa questão é a submissão do mérito dos regulamentos das agências reguladoras, uma vez que as leis que as instituem possuem marcos legais amplos o suficiente para haver lacunas nos parâmetros a serem seguidos: a decisão de mérito⁴ é ato discricionário⁵, o que não significa poder ser arbitrário, devendo pautar-se pelos princípios que norteiam a Administração Pública, como eficiência,

² MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri: Manole, 2003. p. 130.

³ Poder de polícia é a prerrogativa de força que tem a Administração Pública de condicionar o exercício dos direitos, voltando-se ao bem estar social, harmônico, levando-se em consideração o princípio da Supremacia do interesse público sobre o privado.

⁴ O mérito administrativo “expressa o juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público, juízo este efetuado pela autoridade à qual se conferiu o poder discricionário” (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 122).

⁵ Odete Medauar conceitua ato discricionário como “a faculdade conferida à autoridade administrativa de, ante certa circunstância, escolher uma entre várias soluções possíveis” (*Direito administrativo moderno*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 119). Ou, ainda, “faculdade conferida à autoridade administrativa de se orientar livremente quanto à oportunidade e conveniência de seus atos; ou de escolher uma solução entre muitas”. (p. 184). Ainda, podemos definir a discricionariedade como “a faculdade do administrador público em orientar o ato administrativo segundo a oportunidade e a conveniência, criando-se um ‘espaço livre’ entre o interesse público e a escolha dos meios material e formal de sua realização” (GUERRA, Glauco Martins. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 107).

razoabilidade, motivação, moralidade, legalidade, impessoalidade e supremacia do interesse público sobre o particular.

No sistema brasileiro de agências reguladoras não há uma fórmula de controle da conduta dos governantes. É por esse motivo que se faz totalmente necessário este estudo, na busca de fomentar o desenvolvimento de instrumentos jurídico-formais para o controle das funções regulatórias das agências.

Pensemos que o controle dar-se-á não só externamente, com a atuação do Ministério Público, da União, ações constitucionais, controle jurisdicional e legislativo, mas também internamente, um controle administrativo dentro do próprio ente regulador.

Diferentemente de alguns trabalhos que tratam com mais profundidade da atividade fiscalizatória exercida *pela* agência reguladora, procuraremos dar ênfase ao controle *sobre* a sua atuação, por entender que esse tema é ainda mais relevante. Isso porque precisamos indagar se as formas de controle atuais são suficientes e eficazes para atingir o objetivo proposto, ou se são necessários aprimoramentos das técnicas e das atividades de fiscalização. Por meio dessa fiscalização é feito um controle social mais efetivo sobre a atuação das agências reguladoras, evitando possível distorção de finalidade dos setores burocráticos estatais, conforme veremos neste capítulo, cerne do nosso estudo monográfico.

Frise-se que a fiscalização não visa, certamente, subtrair a autonomia das agências reguladoras, mas assegurar à sociedade que órgãos dotados de poder político não atuem ilimitadamente, perdendo, muitas vezes, a razão de sua criação, que visa o bem comum.

1 O PAPEL DO CONTROLE

Para que o Estado Democrático de Direito realmente seja efetivo, é preciso que ele seja organizado e com poderes limitados, governantes eleitos com periodicidade pelo sufrágio direto, secreto e universal e garantindo à pessoa humana todas as liberdades. Com isso, fácil de constatar que na atualidade não há como existir país democrático sem a presença de órgãos de controle com o propósito de fiscalizar a gestão dos órgãos públicos. Seria ignorância não pensar em formas de controle, além de totalmente incompatível com a essência do regime democrático-republicano.

Alguns esclarecimentos se fazem necessários antes de adentrarmos nas formas de controle.

A função administrativa do controle já era presenciada no Egito, no reino de Menés I (3.200 a.C.), pela instituição de um sistema de controle da arrecadação rigoroso, exercido pelos escribas, assim como a atividade de controle é encontrada no Código Indiano de Manu, o Eclesiastes, do rei Salomão, nos escritos romanos de Plínio e Cícero, na administração de Atenas, onde havia uma estrutura de contas em que dez tesoureiros eram eleitos para a finalidade de apreciar e aplicar recursos públicos; na Grécia, as contas eram escritas em tábuas de pedras e ficavam expostas na polis; já em Roma existiam “auditores” que eram designados por *Tabulari* e *Numerarii*, que assistiam os magistrados em suas atividades e a competência do Senado pela apuração de responsabilidades de agentes públicos e que, posteriormente, foram consolidadas no Código Justiniano.⁶

O controle “nada mais é que comparar as informações coletadas com modelos construídos que indicariam os objetivos desejados ou desejáveis. Desta forma, mudanças no processo produtivo e de comunicações que favoreçam o fluxo de informações vão inevitavelmente tornar o controle mais fácil, rápido e direto, o que produz a redução dos escalões administrativos voltados para o controle burocrático (descentralização com delegação de competências e redução de níveis hierárquicos) e surge a necessidade de desenvolver formas de controle gerenciais com natureza estratégica”.⁷

O controle toma diversas nuances, e a própria CF contém diversas matrizes das espécies de controle e fiscalização dos Poderes Públicos. Podemos verificar⁸ que o controle pode ser: público ou governamental e não governamental ou político-social. O primeiro acontece no interior do poder público e o segundo no exercício da soberania popular. Quanto à eficácia do controle, podemos destacar o controle direto e o indireto. O direto é aquele exercido imediatamente sobre a atividade governamental. É o controle estrito senso. O indireto é aquele que ataca diametralmente os atos praticados, por meio da fiscalização.

As formas de provocação do controle podem se dar de ofício, por provocação da parte envolvida ou por provocação popular.

Já o alcance deste controle, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹:

⁶ RIBEIRO, Renato Jorge Brown. *Controle externo da administração pública federal no Brasil: o tribunal de contas da união: uma análise jurídico-administrativa*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 47-48.

⁷ RIBEIRO, Renato Jorge Brown. *Controle externo da administração pública federal no Brasil: o tribunal de contas da união: uma análise jurídico-administrativa*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 5-6.

⁸ Adotaremos para fins de estudo o que D’Andréa Ferreira utiliza (*O controle da administração pública pelo poder judiciário: direito aplicado*). Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 385-386).

⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 685.

O controle que o Poder Legislativo exerce sobre a Administração Pública tem que se limitar às hipóteses previstas na Constituição Federal, uma vez que implica interferência de um Poder nas atribuições dos outros dois; alcança os órgãos do Poder Executivo, as entidades da Administração Indireta e o próprio Poder Judiciário, quando executa função administrativa. Não podem as legislações complementar ou ordinária e as Constituições estaduais prever outras modalidades de controle que não as constantes da Constituição Federal, sob pena de ofensa ao princípio da separação de Poderes; o controle constitui exceção a esse princípio, não podendo ser ampliado fora do âmbito constitucional.

Distribui-se entre controle executivo, controle legislativo, controle judicial, controle institucional e este último dividido em autocontrole e controle externo,¹⁰ todos objeto do que seguirá adiante.

2 CONCEITO DE CONTROLE

Quando se exerce a regulação econômica se faz restrições à atuação dos entes regulados, sob o fundamento de impedir as ações que possam estar em desconformidade com as regras do setor. Assim, para saber do controle da atuação das agências reguladoras precisamos estudar o próprio conceito de *controllo* no Direito brasileiro.

Preliminarmente se deve entender que o conceito de *controllo* pode assumir diversos sentidos, ora no sentido de fiscalização, ora no sentido jurídico-operacional,¹¹ podendo assumir várias acepções, como dominação, direção, limitação, vigilância ou fiscalização, verificação e registro.¹²

Odete Medauar¹³, que bem explora a doutrina italiana, traz recursos imprescindíveis para o estudo do controle no nosso ordenamento jurídico, citando Ugo Forti¹⁴: “controle

¹⁰ “É fundamental, num sistema democrático, a organização do Estado de modo a gerar efeitos de limitação de competências. As agências independentes têm de estar subordinadas ao princípio de que o Poder limita o poder. Isso não significa a possibilidade de revisão direta dos atos praticados pelas agências, muito menos por critérios de natureza científica. O controle envolve especificamente a fiscalização destinada à identificação de defeitos ou abusos no exercício das competências próprias e privativas das agências.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Agências reguladoras e democracia*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 329-330).

¹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 589-590.

¹² MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 14-15.

¹³ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 17.

¹⁴ In I Controlli dell'Amministrazione Comunale, in *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, de Orlando v. 2, 2ª parte, 1915. p. 607.

como averiguação da correspondência de um determinado ato ou comportamento a determinadas normas”.

Mas isso não é suficiente para caracterizar com precisão o controle exercido sobre a Administração Pública. Há necessidade de indicarmos outros elementos para essa identificação como diferenciação de órgãos e de vontades¹⁵ e atividade precedente^{16 17}.

Conforme Giannini, citado por Medauar, o termo provém do “latim fiscal medieval – contra rotulum, em francês, contre-rolê – controle – indicando assim o exemplar do rol dos contribuintes, dos tributos, dos censos sobre a base do qual se verifica a operação do exator”.¹⁸

Entretanto, o sentido originário do termo, conforme Bergeron:¹⁹ “a partir de 1654 numerosos atos jurídicos deviam ser controlados, isto é, resumidos em registros especiais, mediante pagamento de uma taxa; adquiriam, assim, data certa, vantagem preciosa do direito privado, configurando um tipo de controle hoje denominado registro, que é então o sentido originário do termo”.

Na conceituação de Odete Medauar,²⁰

Controle da Administração Pública é a verificação da conformidade da atuação desta a um cânone, possibilitando ao agente controlador a adoção de medida ou proposta em decorrência do juízo formado.

Hely Lopes Meirelles²¹ ensina que controle “é, em sede governamental, o conjunto de atribuições de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”.

¹⁵ Odete Medauar (*Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993) cita Forti, que explicita ser este elemento da seguinte maneira: o órgão controlador é sempre diverso do órgão controlado; esta contraposição não se encontra na atividade administrativa qualificada como exercício de funções diretivas, ou em geral, de atribuições normais de administração ativa, como por exemplo, a edição de atos relativos à estrutura interna dos órgãos públicos (in UGO FORTI. *I Controlli dell'Amministrazione Comunale*, in *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, de Orlando, vol. 2, 2ª parte, 1915, p. 609).

¹⁶ Neste segundo elemento, Forti indica “ao menos um comportamento precedente (positivo ou negativo) que seja submetido a reexame; o controle assume ante a atividade controlada um caráter geral corretivo, subsidiário” (p. 609).

¹⁷ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 18-19.

¹⁸ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 13, citando GIANNINI in *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. 1981, p. 55, nota 13.

¹⁹ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 14, citando BERGERON in *Fonctionnement de l'État*, Paris, 2ª ed., 1965, p.50

²⁰ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 22.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 562.

D'Andréa Ferreira²² desenvolve a questão dizendo que quando se pensa em controle legislativo e controle administrativo se quer, na verdade, traduzir manifestações de fiscalização e aferição de licitude e eficiência da Administração Pública.

O primeiro sentido – controle como fiscalização, monitoração – é o do termo empregado no art. 71 da CF, que dispõe do controle externo exercido pelo Poder Legislativo quando trata do auxílio dos Tribunais de Contas e do controle interno, disposto no art. 74 da CF. Temos, ainda, a acepção de controle-comando²³ como prerrogativa de conduzir, guiar decisões. Era o sentido que encontrávamos no art. 171, II, na redação original anterior à Emenda n. 6/95, por exemplo.

No segundo sentido, a noção de controle, conforme ensina Alexandre Santos de Aragão,²⁴ “revela-se como um conceito jurídico operacional. Ou seja, a ordem jurídica não conceitua ou classifica controle como noção bastante por si. Diversamente do que ocorre com outros conceitos jurídicos, que se revelam como conceitos fins, prestantes a definir conseqüências jurídicas diretas, a noção de controle se presta a servir de instrumento, de meio, para viabilizar a concretização de outros comandos jurídicos. Tratando-se de controle, em qualquer sentido que se lhe dê, haverá uma relação de supremacia entre um agente (controlador) sobre outro (controlado)”. Há a capacidade de impor comportamento.

Certo é que nos interessa o controle-comando e assim ensina Alexandre Santos Aragão:²⁵

...Destacar a duplicidade de sentidos do conceito de *comando* se põe relevante para aclarar alguma confusão (uma, dentre muitas) que a polissemia do conceito enseja. É que, vez por outra, nos pegamos a falar da prerrogativa que alguns órgãos têm para “controlar o poder de controle”. Trata-se de se referir à prerrogativa (competência) que um ente ou órgão tem para exercer o controle-fiscalização sobre o controle-comando que algum administrado exerce na ou sobre alguma pessoa tutelada.

²² FERREIRA, D'Andréa. *O controle da administração pública pelo judiciário: direito aplicado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 372.

²³ ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.589-590.

²⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 590.

²⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 591.

3 O CONTROLE COMO FORMA DE EXERCÍCIO DE DIREITO E DEMOCRACIA

A declaração dos direitos do homem e do cidadão, datada de 1789, traz em seu art. 15:²⁶

A sociedade tem o direito de pedir conta, a todo agente público, quanto à sua administração.

Por muitas vezes se pode pensar que a mera instituição de um órgão²⁷ que fará o papel da *longa manus* do Estado no exercício de fiscalizar e controlar atividades que outrora foram estatais poderia ser até redundância. No entanto, também os órgãos reguladores devem ser fiscalizados, para total transparência em suas ações e sem desvio de finalidade.

Na atualidade a grande maioria dos países possui órgãos de controle independentes e autônomos, que têm a incumbência de analisar os atos financeiros e orçamentários da Administração. São, ainda, encarregados do controle dos atos expedidos pelas agências reguladoras.

Ademais, são entes da Administração Pública Indireta e foram constituídas com recursos públicos e detêm função também pública.

A teoria revela que quanto mais efetivos se mostrarem os mecanismos de controle²⁸ sobre a Administração, menores os casos de corrupção.

²⁶ Art. 15. La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration.

²⁷ Atente-se que o termo *órgão*, para Odete Medauar (*Controle da administração pública*, p. 31), refere-se à Administração Pública como um todo, a quem foram conferidas atribuições, sem ter personalidade jurídica própria, atuando, assim, em nome da pessoa jurídica a que pertence; a palavra *entidade* é empregada para designar pessoas jurídicas administrativas, como autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais.

²⁸ Tipologicamente, a doutrina clássica de Seabra Fafundes, Caio Tácito, Hely Lopes Meirelles, entre outros, expressam o tema do controle no âmbito do poder público. Adota-se o critério do agente controlador na distinção das espécies de controle que incidem sobre a Administração. Assim, se o agente controlador é integrante da própria Administração, estamos diante do controle interno que é exercido pela própria Administração sobre seus órgãos e suas entidades da Administração Indireta. Entretanto, quando o controle efetua-se por órgão, ente ou instituição exterior à estrutura da Administração estamos diante do chamado controle externo. Odete Medauar (direito administrativo moderno p. 407), singelamente, revela as formas com as quais o controle sobre a Administração pode revestir-se. Verificaremos, sucintamente, para mais adiante fixarmo-nos detalhadamente nos entes controladores: O controle pode se dar: “a) quanto ao *aspecto* em que incide: a1) controle da legalidade, visando à legalidade em geral ou à legalidade contábil-financeira; a2) controle de mérito; a3) controle da “boa-administração” (eficiência, produtividade, gestão); b) quanto ao *momento* em que se exerce: b1) controle prévio, por realizar-se antes da eficácia da medida ou decisão; b2) controle concomitante, efetua-se durante a realização da medida ou ato; b3) controle sucessivo ou “a posteriori”, realizado após a edição do ato ou adoção da medida; c) quanto à *amplitude*: c1) controle de ato,

Montesquieu, em 1748, quando concebeu *O espírito das leis*,²⁹ ao tratar no livro décimo primeiro – A liberdade política, sua relação com a constituição –, evidenciou o que pode ser observado nos dias atuais e que reproduzimos um trecho abaixo pela grandiosidade da lição:

A liberdade política só se encontra nos Governos moderados³⁰. Mas ela não existe sempre nos Estados moderados. Ela só existe neles quando não se abusa do poder. Mas é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até encontrar os limites. Quem diria! A própria virtude³¹ precisa de limites. Para que não possam abusar do poder, precisa que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder³²

Geisa de Assis Rodrigues³³ traz uma passagem bastante realista quando trata do acesso à justiça:

O Estado democrático de Direito assegura, assim, o direito de ter direitos, exercido concretamente com a possibilidade de se recorrer a um cardápio variado de mecanismos de proteção que promovam a tutela preventiva e repressiva da agressão aos direitos, ensejando um pleno acesso à justiça.

Infelizmente diversos controles institucionalizados no nosso ordenamento jurídico pátrio são também ineficientes. É por isso que se faz necessário o aprimoramento das técnicas e das atividades fiscalizadoras para o melhor desempenho da Administração. Nas palavras de Odete Medauar,³⁴

É a chamada “vocação preventiva” de todo sistema de controle eficaz, pois deve suscitar na própria Administra o uma deontologia que previne o arbítrio e se integra na sua atua o normal.

por incidir sobre atos específicos, considerados isoladamente; c2) controle de atividade, por abranger um conjunto de atua es; d) quanto ao *modo de desencadear-se*: d1) controle de ofício, por iniciativa do próprio agente; d2) por provoca o, quando pessoas, entidades, associa es, solicitam a atua o do agente controlador; d3) controle compulsório, que se realiza necessariamente no momento oportuno, em atendimento a normas que o disciplinam.

²⁹ O exemplar consultado foi traduzido por Pedro Vieira Mota, Saraiva, 1998.

³⁰ Conforme nota 230 (p. 148) de Pedro Vieira Mota, na mesma obra, explica que nos governos moderados prevalecem certas normas que defluem de seus princípios. Ainda, nos Governos moderados, o poder se comunica de maneira disciplinada, lógica, responsável, com uma certa reparti o desse poder, e dessa reparti o resulta a própria modera o do regime, ou pelo menos o fortalecimento da modera o.

³¹ Há uma advertência de Montesquieu quanto ao que ele chama de *virtude*. “Não   uma virtude moral, nem uma virtude cristã,   virtude política, e esta   a mola que faz mover o Governo Republicano, assim como a Honra   a mola que faz mover a Monarquia” (p. 73).

³² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *O espírito das leis: as formas de governo, a federa o, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo/Montesquieu: Introdu o, tradu o e notas de Pedro Vieira Mota*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 165.

³³ RODRIGUES, Geisa de Assis. *A o civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 32.

³⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 406.

Também pelos chamados controles sociais (entidades da sociedade civil, manifestações de partidos políticos, cartas aos veículos de comunicação, dentre outros) poderemos ter quem faça exigências de uma atuação mais efetiva dos entes de controle.

Passemos à análise detalhada das formas de controle exercido da atuação das agências reguladoras.

4 O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

Tendo surgido na França, o controle do poder central sobre as entidades descentralizadas teve a finalidade de prevenção de possíveis abusos que poderiam vir a ser cometidos pelos entes descentralizados, colocando em suspeita interesses gerais e mesmo a integridade do Estado.

Inicialmente, a fiscalização exercida pelo poder central sobre os entes descentralizados tinha o nome de *tutela administrativa*, quando em relação às províncias européias e às autarquias. Com o tempo, o controle desse poder central passou a ser exercido sobre as atividades dos entes descentralizados.

O nosso ordenamento jurídico prevê a *supervisão ministerial*, no Dec.-lei n. 200/67, para denominar o controle que é exercido por Ministros de Estados sobre entidades da administração indireta vinculadas ao seu respectivo Ministério.

Juridicamente, esse controle não representa subordinação hierárquica, até porque as agências reguladoras são autarquias especiais – autônomas e relativamente independentes.

Faz-se necessária essa forma de controle visando assegurar a fiel execução dos serviços especializados, adequar a tecnicidade dos entes públicos às diretrizes políticas respectivas e harmonizar a atividade, finalidade predeterminada quando da criação da agência reguladora.

Nosso ordenamento pátrio considera o controle exercido sobre as agências reguladoras sob diversos ângulos. Corresponde não só à faculdade de órgãos centrais da administração direta, como um dever da responsabilidade a ser exercida pelas diversas esferas do poder público quando da realização do interesse geral.³⁵ Essa forma de controle também tem o condão de zelar pela atuação eficaz dos entes para atingir a satisfação do

³⁵ Medauar, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 64.

interesse público e meio para combater a inércia muitas vezes verificada dos dirigentes desses entes.

Dada a importância do controle a ser exercido sobre a agência reguladora, a legislação admite o direito de petição (art. 5º, XXXIV da CF), quando trata, por exemplo, no art. 44 da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997 (sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais) que qualquer pessoa terá direito de peticionar ou de recorrer contra ato da agência no prazo máximo de trinta dias, devendo a decisão da agência ser conhecida em até noventa dias.

Dessa forma, verificaremos que sobre as autarquias incide um controle administrativo denominado *tutela*³⁶ e realizado pelos órgãos da administração direta. No caso das agências reguladoras, o “controle” é exercido pelo Presidente da República ou dos Ministros de Estado. Verificaremos também o controle exercido pelo Tribunal de Contas da União, que exerce fiscalização financeira, orçamentária, patrimonial e contábil, auxiliando o Poder Legislativo, conforme determinado pelos arts. 70, 71 e 75 da CF. Teremos a oportunidade de verificar que o Poder Legislativo, além de exercer a fiscalização financeira e orçamentária, tem também competência para fiscalizar e controlar os atos editados no âmbito das agências reguladoras (art. 49 da CF).

Resta-nos consignar, ainda, que os dois controles mestres exercidos sobre as agências reguladoras, assim como por toda a Administração, o Controle Interno e o Controle Externo, possuem nuances diferenciadas. O *controle interno*, inserido na estrutura controlada, adota uma postura de órgão consultor do Chefe do Poder ao qual se “subordina”, enquanto o *controle externo* assume postura mais de correção do que assessoramento aos órgãos fiscalizados. O *controle interno* é obrigatório a todos os Poderes, conforme art. 74 da CF, servindo de suporte, quando necessário, ao *controle externo*.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁷ o controle pode ser “interno ou externo, consoante decorra de órgão integrante ou não da própria estrutura que se insere o órgão controlado. É interno o controle que cada um dos Poderes exerce sobre seus próprios atos e agentes. É externo o controle exercido por um dos Poderes sobre o outro; como também o controle da Administração Direta sobre a Indireta”.

³⁶ A tutela, conforme ensina Di Pietro (*Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 452), é apenas um dos tipos de controle a que se sujeitam os entes descentralizados, porque corresponde a um controle administrativo, ou seja, exercido pelos órgãos da Administração Direta.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 673.

Tema que gera controvérsias é a profundidade da atuação de cada entidade de fiscalização superior: podem analisar somente legalidade e legitimidade ou apenas finanças, eficiência, eficácia e efetividade, ou, ainda, pode analisar todos os requisitos citados? Para responder, será necessário o estudo de cada entidade, para ser possível observar que a cada uma é designada uma esfera precípua de atuação. Verificaremos que no tocante à legalidade e legitimidade, o Poder Judiciário estará mais próximo da competência para analisar a questão. Quanto à situação econômico-financeira de orçamento público, estará adstrita primeiramente ao Tribunal de Contas da União.

No Brasil, as características de Fiscalização pelas entidades de fiscalização superior, às quais se sujeitam as agências reguladoras, podem ser visualizadas na tabela abaixo, reproduzida de Renato Jorge Brown Ribeiro³⁸:

PAÍSES	Decisão Colegial ou Monocromática	Poderes Jurisdicionais	Fiscalização <i>a priori</i>	Fiscalização <i>a posteriori</i>	Fiscalização à Administração Indireta	Legalidade*	Boa gestão*
Alemanha	colegial	sim	não	sim	sim	sim	sim
Áustria	colegial	sim	não	sim	sim	sim	sim
Bélgica	colegial	sim	sim	sim	não	sim	não
Brasil	colegial	sim	alguns	sim	sim	sim	sim
Cabo Verde	colegial	sim	sim	sim	sim	sim	sim
Canadá	singular	não	não	sim	sim	sim	sim
Comunidade Européia	colegial	não	não	sim	sim	sim	sim
Dinamarca	singular	não	não	sim	sim	sim	sim
Espanha	colegial	sim	não	sim	sim	sim	sim
Estados Unidos da América	singular	não	não	sim	sim	sim	sim
Finlândia	colegial	não	não	sim	sim	sim	sim
França	colegial	sim	não	sim	sim	sim	sim
Grécia	colegial	sim	sim	sim	não	sim	não
Irlanda	singular	não	não	sim	sim	sim	sim
Israel	colegial	não	não	sim	sim	sim	sim
Itália	colegial	sim	sim	sim	alguns	sim	sim
Japão	colegial	não	não	sim	sim	sim	sim
Luxemburgo	colegial	sim	sim	sim	não	sim	não
Países Baixos	colegial	sim	não	sim	sim	sim	sim
Portugal	colegial	sim	sim	sim	sim	sim	sim
Reino Unido	singular	não	não	sim	sim	sim	sim
Suíça	singular	não	não	sim	sim	sim	sim
Cuba	singular	não	não	sim	sim	sim	sim

³⁸ RIBEIRO, Renato Jorge Brown. *Controle externo da administração pública federal no Brasil: o tribunal de contas da união: uma análise jurídico-administrativa*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 7-8.

³⁸ Conforme reportagem na revista *Veja* de 8 de agosto de 2007, p. 18-19.

* O conceito e formas de controle do que vem a ser boa gestão diferem de país para país, bem como ênfase e métodos de controle da legalidade.

4.1 Controle interno

O controle interno é uma função inata da própria Administração e inerente a essa atividade. De regra é composto por um departamento, comissão ou funcionários destacados para esse mister, e que, dentro do princípio da legalidade, exerce a fiscalização dos próprios atos das agências reguladoras, no sentido de alcançar os objetivos reservados a esses entes, observando a conveniência e oportunidade das medidas e decisões tomadas no atendimento do interesse público, inclusive pautando a relação custo-benefício das suas ações e a sua eficácia nas soluções dos problemas.

Ocorre o controle interno sempre que as próprias agências reguladoras realizam a fiscalização sobre seus órgãos, departamentos ou seções descentralizadas. Francis de Baecque³⁹ explicita que devemos diferenciar as expressões “controle na administração” de “controle da administração”. A primeira é o exercício pela própria administração sobre suas estruturas, enquanto a segunda refere-se ao controle externo, por exemplo, que o parlamento, o Tribunal de Contas da União, os administrados e a sociedade exercem sobre as mesmas.

Odete Medauar⁴⁰ prefere utilizar a expressão *controle interno* para designar os vários tipos de fiscalização que existem no interior da própria administração, e *controle da administração pública* para discorrer sobre as diversas espécies de controle, sejam eles internos ou externos..

O *controle interno* age de ofício ou por provocação. Dessa forma, teremos de estudar⁴¹ nessa primeira modalidade de controle os recursos administrativos, o autocontrole, o controle hierárquico, o controle de gestão, a inspeção, a auditoria e a correição, a supervisão, os pareceres vinculantes, o ouvidor e o controle financeiro. Ressaltamos que esses entes são autônomos para decidir baseados na legislação de cada setor que regula.

³⁹ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 37, citando Francis de Baecque, “Lê Contrôle dans l’Administration”, in *Revista de Administración Pública*, México, jan./abr. 1973, p. 7.

⁴⁰ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 37.

⁴¹ O estudo seguirá a divisão adotada por Odete Medauar, por entendermos completa.

4.1.1 Recursos administrativos

Inspirado no direito francês, o recurso administrativo aparece no ordenamento jurídico brasileiro insculpido na Constituição Federal, art. 5º, XXXIV – direito de petição – e em decorrência da garantia da ampla defesa nos processos administrativos (art. 5º, LV, da CF). Está disciplinado pela Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que, em seu art. 1º, estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, a proteção dos direitos dos administrados e o melhor cumprimento dos fins da Administração.

O recurso administrativo designa todos os meios postos à disposição dos administrados para provocar o reexame de atos emanados pela Administração.

No caso das agências reguladoras estaduais ou municipais, a disciplina é estabelecida por normas em suas respectivas esferas, se for o caso. Os recursos administrativos são a forma pela qual a Administração sofre provocação por parte dos interessados e fiscaliza seus próprios atos,⁴² com o intuito de preservar o interesse público e a legalidade. Assim, qualquer ente público pode rever seus atos. As agências reguladoras, por serem parte da Administração Indireta, também estão sujeitas ao recurso administrativo, ocasião em que reexaminará seu ato, decisão ou medida editada em sua competência. Vale frisar que no Brasil a população não é muito acostumada a cobrar das entidades públicas o quanto deveria em relação a seus direitos e talvez nem saiba da existência desse poderoso veículo que propicia a aproximação entre as agências reguladoras e os particulares.

Esse tipo de recurso é bastante simplificado e menos formal, não exigindo⁴³ que a parte⁴⁴ interessada seja assistida por advogado. E abrangem questões referentes à legalidade e ao mérito das decisões.

⁴² O Supremo Tribunal Federal já se posicionou sobre o tema, editando as Súmulas n. 346 e n. 473. “A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos” e “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

⁴³ Ainda que alguns atos possam ser formalizados sem o patrocínio de advogado a prudência recomenda a assistência sim, inclusive em casos de maior relevância e que pode ser levado até mesmo a outras instâncias superiores se presentes requisitos para tanto e, sendo assim, muitas vezes uma pessoa leiga não saberá operar plenamente e obter o desejado.

⁴⁴ A parte interessada pode ser qualquer das pessoas citadas no art. 9º da Lei n. 9.784/99, portanto, pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação; aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.

Não havendo previsão específica,⁴⁵ o prazo para interposição do recurso administrativo é de dez dias a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida (art. 59 da Lei. 9.784/99), não tendo efeito suspensivo.

A decisão do recurso administrativo é traduzida pelo ato administrativo, momento em que a autoridade competente indefere ou defere o recorrido. Se deferir, determina a anulação, revogação ou até a modificação parcial do ato.

As modalidades⁴⁶ dos recursos administrativos são: a) pedido de reconsideração; b) recurso hierárquico próprio; e, c) recurso hierárquico impróprio.⁴⁷

Entretanto, essas modalidades são previstas no direito público em geral, e deve ser levada em consideração a legislação vigente específica de cada agência reguladora, para verificação do cabimento ou não desses recursos. Como há divergência, Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁸ adverte:

[...] dado que as autarquias são pessoas jurídicas distintas do Estado, o Ministro supervisor não é autoridade de alçada para conhecer de recurso contra seus atos, pois inexistente relação hierárquica entre este e aquelas, mas apenas os vínculos de controle legalmente previstos.

Dessa forma, não caberia nenhum tipo de recurso na esfera estatal contra a decisão proferida pelas agências reguladoras, que seriam responsáveis exclusivas por suas decisões.

⁴⁵ Isto porque, geralmente, cada esfera administrativa, cada lei ou decreto regulador estabelece seus próprios prazos.

⁴⁶ Apenas vale fazer menção a outras modalidades que não menos expressivas mas menos freqüentes: são a I) representação: que tratará de denúncia de irregularidades e está disciplinada pela Lei n. 4.898, de 9/12/65. Esta representação geralmente é dirigida à autoridade superior que tiver competência dentro da própria Administração mas há hipóteses de ser interposta ao Ministério Público (art. 97, III, Constituição do Estado de São Paulo) ou ao Tribunal de Contas (art. 74, § 2º da Constituição Federal); II) reclamação administrativa: prevista no Decreto n. 20.910, de 6/01/32 e no art. 103 – A – da Constituição Federal. Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua como ato pelo qual o administrado, seja particular ou servidor público, deduz uma pretensão perante a Administração Pública, visando obter o reconhecimento de um direito ou a correção de um ato que lhe cause lesão ou ameaça de lesão”, (*Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 678); e, III) revisão, que está previsto nos artigos 174 a 182 da Lei n. 8.112/90 e artigos 312 a 321 do Estatuto Paulista (Lei n. 10.261, de 28/10/68) sendo conceituado pela mesma doutrinadora, op. cit. P. 681 como “ o recurso de que se utiliza o servidor público, punido pela Administração, para reexame da decisão, em caso de surgirem fatos novos suscetíveis de demonstrar a sua inocência.” Este tipo de recurso não será melhor detalhado por fugir da nossa proposta de trabalho.

⁴⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 676) esclarece que estes recursos administrativos são, na verdade, modalidades do direito de petição, que vem prevista no art. 5º, XXXIV,a, da Constituição Federal, garantindo a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder. Preleciona que o *right of petition* serve como fundamento de pretensões dirigidas a qualquer Poder do Estado na defesa de direitos individuais ou interesses coletivos.

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 142.

Lembramos, ainda, que da decisão proferida na esfera administrativa haverá sempre a possibilidade de apelo ao poder judiciário.⁴⁹

4.1.1.1 Pedido de reconsideração

O pedido de reconsideração, reexame da decisão proferida, é dirigido à mesma autoridade que a editou. Geralmente é a única⁵⁰ forma de recorrer de uma decisão oriunda do mais alto escalão da hierarquia administrativa, pois poderá reexaminar o seu ato e, assim, mantê-lo, revogá-lo, anulá-lo ou alterá-lo em parte. É também conhecido como direito de revisão e impetrado perante a autoridade superior, dentro do organograma da agência.

4.1.1.2 Recurso hierárquico próprio

Sucintamente explicitado por Odete Medauar:⁵¹

Recebe esse nome o pedido de reexame dirigido à autoridade administrativa hierarquicamente superior àquela responsável pela decisão. Baseia-se, portanto, na hierarquia e no poder atribuído ao superior hierárquico de fiscalizar os atos dos subordinados, podendo anulá-los, revogá-los, alterá-los, total ou parcialmente.

A hierarquia é escalonada entre órgãos que integram a mesma pessoa jurídica. Quando dois órgãos estão sob o mesmo nível de estrutura não há como dizer que um exerça poder de supremacia em relação ao outro.

Deve-se pensar que só haverá hierarquia quando houver diferença vertical de posição no escalonamento da estrutura administrativa. Para Odete Medauar,⁵² “a hierarquia apresenta-se, assim, inerente à estrutura administrativa desconcentrada. Pode ser visualizada como um tipo de vínculo entre órgãos e como um tipo de vínculo funcional entre servidores. Por vezes, os dois aspectos se mesclam na rotina das atividades administrativas”.

Ainda nas lições de Odete Medauar,⁵³ em que elenca os poderes dos superiores em relação aos subordinados, estão: o poder de dar ordens ao inferior, o poder de controle, o poder de avocar e o poder de rever os atos dos subordinados.

Assim, controle hierárquico e controle sobre a Administração Indireta são institutos distintos: se no controle hierárquico há relação hierárquica entre funcionários de graus

⁴⁹ Princípio constitucional de inafastabilidade da apreciação pelo poder judiciário (art. 5º, XXXV, da CF).

⁵⁰ Utilizamos o “única” pois no caso anotado esgotam-se as instâncias de recursos possíveis.

⁵¹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 413.

⁵² MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 60.

⁵³ MEDAUAR, Odete. *O controle da administração pública*. São Paulo: RT, 1993. p. 66.

diferentes nos quadros da mesma pessoa jurídica, no controle sobre a administração indireta o controle se exerce sobre entes dotados de personalidade jurídica própria e poder próprio de decisão.⁵⁴

4.1.1.3 Recurso hierárquico impróprio

Assim como o recurso hierárquico próprio, também é dirigido a uma autoridade “hierarquicamente” superior, porém essa autoridade não detém vínculo de hierarquia com a autoridade que teve decisão ou ato impugnado.

Juridicamente, não existe hierarquia entre autoridade que teve decisão impugnada e autoridade que receberá o recurso. O que podemos dizer a esse respeito é que no Brasil, com a descentralização administrativa pelos entes da Administração Indireta, não há como pensar em vínculos de hierarquia entre entes descentralizados e poder central. Existe um “controle”, uma tutela, que não se pode dizer ser semelhante ao controle hierárquico. Onde há controle hierárquico existe desconcentração⁵⁵ administrativa: a tutela é típica da descentralização.

Explica Odete Medauar⁵⁶ que este tipo de recurso surgiu doutrinariamente nos recursos de atos de dirigente de autarquia, que eram interpostos junto à autoridade à qual se vincula na Administração direta.

O fundamento desse recurso está no vínculo de tutela entre o órgão central e o ente autárquico e a sua admissibilidade gera controvérsias, conforme explica Odete Medauar:⁵⁷

Orientação menos rígida aceita o recurso de tutela em casos não previstos em lei de maneira expressa, mas implícitos na função de tutela; os argumentos a favor desta tese são idênticos àqueles que justificam a tutela administrativa ou supervisão: preservação da unidade jurídico-política do Estado, perigo de eventual supercrescimento das autarquias. Assim, tendo em vista que o recurso de

⁵⁴ MEDAUAR, Odete. *O controle da administração pública*. São Paulo: RT, 1993. p. 67.

⁵⁵ Na desconcentração, conforme ensina Odete Medauar, “atividades são distribuídas de um centro para setores periféricos ou de escalões superiores para escalões inferiores dentro da mesma entidade ou da mesma pessoa jurídica (diferentemente da descentralização, em que se transferem atividades a entes dotados de personalidade jurídica própria” (*Direito administrativo moderno*, p. 57). Segundo Medauar (*Controle da administração pública*, p. 60), “o termo descentralização adquiriu um sentido mágico, miraculoso, para indicar todo tipo de descongestionamento de atuações ou atividades de um órgão central ou matriz para outros órgãos públicos ou mesmo pessoas privadas. Como exemplo, temos o Dec.-lei n. 200/67 que designa, com o termo descentralização, o seguinte: a) a separação, dentro dos quadros da Administração Federal, do nível de direção do de execução; b) a transferência de execução de atividades para unidades federadas; c) a transferência de atividades para a órbita privada, mediante contratos e concessões”. Na desconcentração, segundo Lucia Valle Figueiredo, p. 83, “não há criação de outras pessoas mas sim atribuição de determinadas competências a serem exercidas no âmbito da mesma pessoa.[...] traspassam-se atribuições, competências, a outros órgãos dentro do mesmo centro”.

⁵⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 413.

⁵⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 413.

tutela encontra fundamento nesse controle e tendo em vista que a tutela só é exercida se prevista em lei, parece lógico concluir que se houver tutela, poderá haver recurso hierárquico impróprio, salvo proibição legal. E tratando-se de recurso administrativo, enseja exame do mérito e da legalidade do ato impugnado.

O próprio comando legal, em alguns casos, explicita não haver vínculo hierárquico ou decisório da agência com a administração direta ou qualquer outro órgão governamental. Como exemplo temos o art. 8º, § 2º, da Lei da Anatel e art. 1º, parágrafo único, da Lei da ANS.

Alexandre Santos de Aragão,⁵⁸ ao tratar das principais características das agências reguladoras, descreve que as principais notas são:

A atribuição de competências regulatórias, a impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes, a organização colegiada, a formação técnica, e a *impossibilidade de recursos hierárquicos impróprios*, sendo que apenas a conjugação destes elementos resultará na conceituação de uma entidade como agência reguladora independente⁵⁹.

Até o momento, não há, no Direito positivo, previsão do recurso administrativo hierárquico impróprio, diante das decisões das agências reguladoras. Nesse mesmo sentido, Leila Cuéllar.⁶⁰

Não há, contudo, e para nenhuma delas, a possibilidade de haver recursos hierárquicos impróprios para o ente central.

Alexandre Santos de Aragão⁶¹ lembra, sabiamente, as lições de Gaspar Ariño Ortiz:

Obviamente que contra os atos de uma autoridade reguladora não cabe recurso ao Ministro, pela simples razão de que este não é superior hierárquico daquela. Só é cabível, por pura lógica, o recurso aos tribunais.

Entretanto, como bem ressaltado pelo mesmo doutrinador, o então ministro da justiça Nelson Jobim admitiu recurso hierárquico impróprio do Conselho Administrativo de Defesa

⁵⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 299.

⁵⁹ Friso que Aragão trata as agências reguladoras como independentes no sentido de uma “autonomia reforçada”, como ele sempre explicita.

⁶⁰ CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética. 2001. p. 103.

⁶¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 348, citando ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Económico*. Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 1999. p. 593.

Econômica (CADE)⁶² alegando que questões atinentes a políticas públicas relevantes não devem escapar ao crivo da Administração central e o fato do art. 5º, LV, garantir “o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a eles inerentes”.

Verifica-se que, mesmo com tais alegações, não há como admitir o recurso hierárquico impróprio no caso das agências reguladoras, pois caso fosse admitido deveria estar expressamente permitido na lei criadora da agência reguladora ou possível normatização *a posteriori*.

Assim, vislumbra-se a impossibilidade do controle administrativo via recurso hierárquico impróprio.

Admitir a existência desse tipo de recurso para as agências reguladoras seria descaracterizar o traço de especialidade dessa autarquia, aniquilando suas vedações próprias, que visam garantir o distanciamento de injunções político-partidárias como a exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes.

No entanto, Sérgio Guerra⁶³, contrariando entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Marcos Jurema Villela Souto e Alexandre Santos de Aragão, vislumbra a possibilidade de interposição de recurso hierárquico impróprio, com supedâneo no Dec.-lei n. 200/67, artigo 118.

O que foi possível constatar no tocante específico às agências reguladoras é que a lei da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) dispõe, no art. 3º, V, a previsão para “dirimir, no âmbito administrativo, as divergências [...]”, o que não implica falar em recurso administrativo hierárquico impróprio; ainda, corroborando tal assertiva, tem-se a Lei n. 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais e que prevê no art. 19 que compete à agência “adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade e publicidade, e especialmente: [...] XXV – decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada, sempre admitido recurso ao Conselho Diretor”.

Quanto à Agência Nacional de Águas (ANA) e à Agência Nacional de Petróleo (ANP), por exemplo, não existe previsão legal de admissibilidade de recursos administrativos de qualquer espécie.

⁶² Mesmo não sendo o CADE uma agência reguladora convém fazer essa ressalva pela motivação dada pelo ministro quanto às questões públicas.

⁶³ Em artigo “agências reguladoras e a supervisão ministerial” publicado no livro *O poder normativo das agências reguladoras* sob a Coordenação de Alexandre Santos de Aragão, p. 493.

Também a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa)⁶⁴ não prevê o recurso impróprio. Admite, em seu art. 15, VI, quando dispõe que compete à diretoria colegiada, “julgar, em grau de recurso, as decisões da agência, mediante provocação dos interessados”, apenas o recurso próprio.

No caso da ANS, criada pela Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000, prevê, também, apenas o recurso próprio, no art. 10, quando dispõe sobre a competência da diretoria colegiada, “IV – julgar, em grau de recurso, as decisões dos Diretores, mediante provocação dos interessados” e, em seu § 2º, “dos atos praticados pelos Diretores caberá recurso à Diretoria Colegiada como última instância administrativa”, ficando, portanto, patente a inadmissibilidade de recurso hierárquico impróprio.

E, no caso da Antaq e ANTT, o art. 68, § 3º, da Lei n. 10.233/2001 em nada esclarece a quem é dirigido o recurso contra as decisões dessas agências, o que nos faz refletir tratar-se de recurso interno, até pela seção em que se encontra, “Seção VI – Do processo decisório das agências”.

Vale mencionar que o recurso hierárquico impróprio deve ser expressamente admitido, conforme o próprio preceito da administração, em que só se pode fazer o que é permitido – estrita legalidade.

4.1.2 Autocontrole

Ocorrerá autocontrole quando a própria autoridade que editou o ato ou a responsável pela atividade exerce a sua fiscalização.

No autocontrole, a própria autoridade reexamina sua atuação ou seu ato. Pode também ocorrer mediante provocação, pelo pedido de reconsideração (recurso administrativo).

Muito embora o pedido de reconsideração no ordenamento jurídico brasileiro não assuma a devida importância, sendo desmerecido pelas autoridades, que preferem que a parte interessada ingresse judicialmente se quiser ver seu pleito apreciado, é em tese uma ótima forma de propiciar o autocontrole sem acionar o aparato judicial. A autoridade jamais deveria ter compromisso com o erro, devendo até rever de ofício aqueles atos que se demonstraram equívocos ou contrários ao interesse público. Entretanto, sempre poderá

⁶⁴ Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999.

pairar a suspeição de favorecimento, de onde, por cautela, esses dirigentes preferem como que exaurir a sua competência ao editar o ato, entregando a solução do impasse a outras esferas de poder, notadamente ao Poder Judiciário. Nesse sentido são as Súmulas n. 346 e n. 473 do Supremo Tribunal Federal.

Com o autocontrole mantém-se a medida ou há a possibilidade de sua revogação ou anulação, de modo mais célere e sem justificar mais uma ação a ser apreciada pelo judiciário.

4.1.3 Controle hierárquico

O controle hierárquico, típico do controle interno, dá-se quando os órgãos superiores verificam os atos dos órgãos subordinados. É tido como um controle inerente da estrutura estatal, sendo realizado diariamente.

Nos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles,⁶⁵ esse controle é tido como fiscalização, por sua continuidade e automaticidade, sendo inerente aos procedimentos normais da atividade desenvolvida pela administração.

Quando o superior hierárquico acompanha o desenvolvimento da solução de um tema, exercerá controle concomitante. Quando a fiscalização é exercida após a edição do ato ou tomada de decisão, o controle é considerado *a posteriori*. O nosso sistema jurídico possibilita a fiscalização de ofício sobre atos e atividades dos subordinados.

Também o recurso administrativo do interessado aciona a fiscalização superior, com a possibilidade de alteração da decisão, para melhor ou a *reformatio in pejus*. Tratando-se de recurso na via administrativa, Braibant, Questiaux e Wiener⁶⁶ entendem que o recurso apenas poderá ser apreciado nos termos de sua propositura, sem agravar a situação do recorrente. No máximo mantendo o ato, a decisão. No entanto, devemos verificar que objetivamente o recurso assegura à própria autoridade a correção da atividade administrativa, apreciando não apenas as alegações do recurso mas o ato impugnado. Sabiamente entendem que “recurso desencadeia o controle, mas não condiciona a extensão do controle”.

⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1986, p. 572.

⁶⁶ Conforme cita Odete Medauar (*Controle da administração pública*, p. 45), a obra de Braibant, Questiaux e Wiener in Guy Braibant, Nicole Questiaux e Celine Wiener – *Lê controle de l'Administration et la Protection des Citoyens*, Paris, Ed. Cujas, 1973, p. 265.

Esse tipo de fiscalização ocorre preventivamente, quando o superior expede ordens de conformidade e uniformidade nos serviços.

Odete Medauar⁶⁷ explica que:

Realizando-se a fiscalização após a tomada da decisão, o controle é sucessivo, “a posteriori”, desencadeando-se espontaneamente, por provocação ou de modo obrigatório, em momento fixado na legislação. No ordenamento pátrio, salvo disposição legal em contrário, a regra é a possibilidade de fiscalização de ofício sobre atos e atividades dos subordinados. Recurso administrativo do interessado – recurso hierárquico – também aciona a fiscalização superior, podendo recair sobre a legalidade e o mérito, com possibilidade de alterar a decisão do subordinado.

Devemos observar ainda que o controle hierárquico pode ser também desenvolvido quando se tem a atuação de órgãos de controle externo, como a atuação de associações representativas da sociedade civil, a própria mídia, movimentos populares, dentre outros que poderão ser deflagrados. A própria norma legal pode instituir o momento de atuação do controle hierárquico, de modo obrigatório.

O controle hierárquico também tem a vantagem de permitir a fiscalização da atuação administrativa, não apenas no tocante à forma como também no próprio mérito, e acaba sendo um procedimento menos formal e mais célere que inflar o judiciário com uma demanda que poderia ser solucionada de maneira mais simples.

4.1.4 Controle de gestão

O controle de gestão é pautado em alguns objetivos, sejam eles para realização ou para produtividade, incidindo sobre a atividade total ou parcial do ente controlado e visando a eficiência da gestão.

Giannini⁶⁸ assim o caracteriza:

É o controle incidente sobre a atividade total ou parcial do controlado, sobretudo sob o aspecto dos resultados da gestão; os controles de gestão têm diferentes amplitudes e finalidades, indo desde os controles da gestão em sentido estrito, dos quais a figura destacada é a da auditoria do direito anglo-saxão, aos controles que utilizam técnicas muito refinadas, nos quais a atividade de controle torna-se instrumental em relação a uma atividade de direção do controlado; novas espécies

⁶⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 414.

⁶⁸ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 48-49, citando Massimo Severo Giannini in *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 1981, p. 51-52.

também são propostas, como os denominados sistemas integrados: há uma planificação ampla na qual se insere programação e objetivo com tempo limitado, com determinação dos meios a empregar; periodicamente verifica-se o emprego dos meios em relação à programação e aos resultados e, mediante ordens, efetuam-se os ajustes da programação ou dos meios ou adotam-se medidas mais graves, como substituição de pessoas, encerramento do programa, etc.

Sendo um controle incidente sobre os resultados da gestão do ente controlado, no caso as agências reguladoras, podemos verificar a presença dessa forma de controle quando a agência reguladora elabora relatórios destacando o cumprimento da política do setor regulado (art. 19, XXVII, da Lei n. 9.472/97 sobre a organização dos serviços de telecomunicações); elaboração e divulgação de relatórios periódicos sobre suas atividades (art. 15, V, da Lei n. 9.782/99 que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária). Na prática, temos, por exemplo, a Reunião de Gestão Administrativa Ordinária da Aneel, realizada em 25 de outubro de 2004, quando a Diretoria aprovou relatório no processo n. 48500.003654/04-41 que propõe: i) o estabelecimento e a implementação da coordenação e articulação dos processos de regulação, fiscalização, e outorgas; ii) o estabelecimento e implementação da coordenação e articulação dos processos de gestão administrativa; iii) a criação do Comitê de Gestão da Informação; iv) a criação e estruturação da Superintendência de Licitações e Controle de Contratos e Convênios; v) a criação e estruturação da Assessoria de Imprensa; vi) a adequação das atribuições das Superintendências de Concessões e Autorizações e Geração (SCG) e de Concessões e Autorizações de Transmissão e Distribuição (SCT); vii) a estruturação de uma nova Superintendência decorrente da fusão das Superintendências de Estudos e Informações Hidrológicas e de Gestão dos Potenciais Hidráulicos.

4.1.5 Inspeção, auditoria e correição

Na verdade, essas três atividades destinam-se a oferecer subsídios sobre os serviços controlados às autoridades que realmente possuem algum tipo de poder para intervir. Dá-se pela elaboração de relatórios e investigações, no exame de papéis e quaisquer outros documentos que possam interessar.

A exemplo, reproduzimos ementa de acórdão do Tribunal de Contas da União referente a inspeção:

Acórdão 382/2004 - Plenário AC-0382-11/04-P. Rel. Min. Marcos Bemquerer

Ementa. Inspeção. Furnas Centrais Elétricas SA. - FURNAS. Pedido de reexame de decisão, interposto pela ANEEL, em face da determinação para que fizesse constar dos editais de licitação de concessão de linhas de transmissão, a obrigatoriedade de disponibilização de todos os equipamentos necessários à boa e regular operação do sistema, em especial, os reatores reservas e sistemas de proteção contra incêndio. Apresentação de fatos novos. Conhecimento. Provedimento parcial. Insustentabilidade de item do acórdão.

A auditoria, além do controle financeiro, aplica-se também à fiscalização de atos e atividades gerais de órgãos da Administração, como se pode verificar pelas ementas dos acórdãos do Tribunal de Contas da União:

Acórdão 642/2004 - Plenário AC-0642-17/04-P. Rel. Min. Ubiratan Aguiar

Ementa. Auditoria. Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. Áreas de licitações e contratos. Dispensa indevida de licitação na contratação de serviços de consultoria. Aceitação, sem justificativa, do reajuste de 25% do valor inicial da proposta da contratada para o mesmo objeto. Utilização de critério de julgamento não definido no edital para contratação de prestação de serviços para aproveitamento de energia hidráulica. Edital com exigência de qualificação técnica com restrição ao caráter competitivo da licitação. Pagamento de serviços realizados mediante subcontratação. Alteração indevida do objeto de licitação. Locação de veículos de representação. Apresentação de razões de justificativas satisfatórias pelos responsáveis. Determinação. Arquivamento.

Acórdão 556/2005 - Plenário AC-0556-16/05-P. Rel. Min. Walton A. Rodrigues

Ementa. Auditoria Operacional. MME. Aneel. Eletrobrás. Averiguação da eficiência do encargo tarifário Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis dos Sistemas Isolados CCC-ISOL como indutor de modicidade tarifária para esses sistemas. Eficácia dos seus mecanismos de fiscalização e operacionalização. Estimativa da razoabilidade da previsão de extinção desse encargo em 2022. Medidas que possam atenuar o peso do encargo tarifário. Crescimento de 542% nos valores associados à CCC-ISOL, no período de 1999 a 2004. O CCC-ISOL é o maior encargo setorial que compõe a tarifa de energia elétrica. Ausência de fiscalização efetiva da aplicação dos recursos. Dificuldades para a plena utilização do mecanismo da subrogação, como único mecanismo de incentivo à redução dos desembolsos. Indisponibilidade de medidores de consumo de energia elétrica e falta de conservação e melhoria de instalações das concessionárias controladas pela Eletrobrás. Determinação. Recomendação.

Já a correição é uma fiscalização setorializada. Um exemplo é a elaboração e encaminhamento de demonstrativos contábeis da agência aos órgãos competentes (art. 15, VII, da Lei n. 9.782/99 sobre a Anvisa).

Entretanto, ressaltamos que os relatórios elaborados pelas inspeções, auditorias e correições culminam em expor falhas, ineficiências, irregularidades e recomendam as

medidas a serem adotadas. Sendo enviados à autoridade superior, nem sempre prosperam, pois é necessário verificar o interesse da autoridade em tomar o devido conhecimento desses relatórios.

4.1.6 Supervisão

A supervisão está diretamente ligada à forma de controle exercido pelos ministérios, o que será estudado adiante (art. 87, parágrafo único, I, da CF). Conforme ensina Odete Medauar,⁶⁹ essa supervisão abrange orientação, coordenação e controle das atividades dos órgãos subordinados ao ministério, “do que se conclui que, na esfera federal, supervisão não se reduz a controle; este é um dos aspectos da supervisão ministerial”.

A expressão “supervisão ministerial” também vem consignada no Dec.-lei n. 200/67, nos arts. 25 a 29. Essa supervisão abrange, além do controle das atividades dos órgãos subordinados ao ministério, também a orientação e coordenação dos entes controlados.

Ressaltamos que o Ministério não é instância superior, haja vista as agências reguladoras terem autonomia, conforme exposto neste trabalho.

4.1.7 Pareceres vinculantes

Em alguns momentos a Administração Pública deverá consultar previamente um órgão jurídico para solicitar um parecer sobre questão específica, antes que determinado ato seja baixado. Esse controle é preventivo e exercido de modo consultivo. No caso das agências reguladoras, há exemplos que ilustram a anotação, como no caso da Anac, em que um diretor entendeu por bem submeter ao crivo da Corregedoria informar sobre a questão de conflitos de interesses em convite feito pela TAM (empresa aérea) a este órgão fiscalizador, assim como no caso da ANA, sobre questão de nova redação de dispositivo legal, dado pelo parecer n. 197/2004, ambos disponíveis nos *sites* das respectivas agências reguladoras.

Nessa situação, a autoridade administrativa é obrigada a realizar a consulta prévia e o parecer vincula a decisão a ser tomada, não abrindo espaço de liberalidade, exceto a de não emanar o ato.

⁶⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 416.

4.1.8 Ouvidor

A figura do ouvidor no nosso ordenamento jurídico surgiu em 1986 pelo decreto do Presidente da República.

A Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997 (sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais), dispõe em seu art. 45 que o Ouvidor será nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos, admitida uma recondução. Dispõe, ainda, no parágrafo único, como se desenvolve o exercício de sua atividade, tendo acesso a todos os assuntos e contando com o apoio administrativo que necessitar, devendo elaborar, semestralmente, ou quando oportuno, apreciações críticas sobre a atuação da agência. Essas apreciações serão encaminhadas e examinadas pelo Conselho Diretor, Conselho Consultivo, ao Ministério das Comunicações e outros órgãos do Poder Executivo e Congresso Nacional, para publicá-las e torná-las de conhecimento geral. Vejamos, então, como é fundamental a ouvidoria e a sua importância na busca de um efetivo controle sobre a atuação das agências reguladoras.

O ouvidor é a figura com atribuições de receber queixas e denúncias da população diante da ineficiência de órgãos e servidores, contra ilegalidades ou abusos de poder. A Anatel, a Aneel e a Anac, por exemplo, possuem um *link* direto para esse setor em suas páginas na internet.⁷⁰

4.2 Controle financeiro

O controle financeiro visa atender ao disposto no art. 74 da CF. É feito, preliminarmente, internamente por órgãos que examinam as despesas efetuadas antes de serem remetidas ao Tribunal de Contas da União, que as analisará.

Incidindo sobre aspectos financeiros de atos e atividades da Administração Pública, acaba por ser um controle específico, sendo possível distinguirmos controle das operações

⁷⁰ <http://www.anatel.gov.br/>; <http://www.aneel.gov.br/>; <http://www.anac.gov.br/>; <http://www.anp.gov.br/>.

financeiras e o controle de contas⁷¹. No Brasil, a realização de auditorias inclui a prestação de contas, assim como o exame de documentação instrutiva ou comprobatória da despesa.

O Tribunal de Contas da União tem grande repertório jurisprudencial quanto à prestação de contas. Vejamos um caso:

Acórdão 56/2002 - Plenário AC-0056-06/02-P. Rel.Min. Benjamin Zymler

Ementa

Prestação de Contas. ANATEL. Exercício de 1997. Pagamentos e concessão de benefícios ilegais a empregados requisitados da Telebrás. Existência de dúvidas quanto à legislação aplicável, somente sanada após o advento da Lei nº 9.986/2000, que veio regulamentar a gestão de recursos humanos das agências reguladoras. Ausência de má-fé dos responsáveis e dos servidores beneficiários das vantagens indevidas. Contas regulares com ressalva. Determinação para o prosseguimento ao recurso de revisão interposto pelo Ministério Público junto ao TCU. - Cessão de pessoal. Interrupção de contrato de trabalho. Impossibilidade de concessão de vantagens. Análise da matéria

5 O CONTROLE EXERCIDO PELO PODER EXECUTIVO

Após tratar da independência das agências reguladoras exporemos esse controvertido tema sobre o controle a ser exercido sobre estas entidades. Verifica-se que por gozar de autonomia político-administrativa não há subordinação hierárquica em relação aos órgãos do Poder Executivo. Verificaremos o Dec.-lei n. 200/67 quanto às medidas adotadas para o exercício da supervisão ministerial exercida sobre a Administração Pública Indireta e sobre o controle do Poder Executivo quanto à escolha dos dirigentes dessas autarquias especiais.

Deve-se vislumbrar nessa questão a essência da própria criação da agência: a regra é que o controle do Poder Executivo sobre as agências reguladoras seja limitado à escolha dos dirigentes. Aceitar qualquer outra espécie de subordinação seria ofender a autonomia que lhe é assegurada. E é totalmente incompatível com a implementação da regulação de atividades estatais, forma de proteger o interesse público.

Entretanto, o que não é consenso na doutrina⁷² é que as agências reguladoras, por terem natureza autárquica especial, devem se sujeitar à supervisão ministerial e também do

⁷¹ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.56.

⁷² Marçal Justen Filho in *Agências reguladoras e democracia*, artigo do livro O poder normativo das Agências reguladoras, sob a coordenação de Alexandre Santos de Aragão, entende que não há controle externo pelo Poder Executivo (p. 330). No entanto, no mesmo livro, p. 478, em artigo de Sérgio Guerra, “agências reguladoras e a supervisão ministerial” defende a sujeição das agências a supervisão ministerial e do chefe do poder executivo.

Chefe do Poder Executivo, o que permite à Administração Pública direta rever os atos regulatórios por meio do controle administrativo. Alexandre Santos de Aragão sustenta que a autonomia das agências reguladoras é limitada.

No mesmo sentido, Carlos Ari Sundfeld⁷³ leciona:

Alguma espécie de ligação entre o Executivo e a agência é imposta pela Constituição Brasileira, pois tem de haver ao menos uma supervisão administrativa daquele em relação a estas (CF, arts. 84, II, e 87, parágrafo único, I). O Presidente da República e os Ministros têm de realizar a supervisão dos diferentes órgãos e dos entes da Administração Indireta, os quais, portanto, não podem funcionar como se fossem 'Estados independentes', isto é, verdadeiros Estados ao lado do Estado. Isso, no entanto, não quer dizer que, quanto às matérias de competência das agências, a Administração Direta deva necessariamente intervir.

Observa-se que as agências reguladoras estão vinculadas e não subordinadas aos respectivos Ministérios.

Sérgio Varella Bruna⁷⁴ admite a sujeição das agências reguladoras quanto ao Poder Executivo e diz:

O controle exercido pelo próprio Executivo é chamado controle administrativo, o qual, segundo a doutrina, tem seu fundamento nos princípios da legalidade e da proeminência do interesse público. No que diz respeito à Administração direta, trata-se normalmente de um controle abrangente, que pode compreender tanto aspectos de legalidade quanto de mérito (oportunidade e conveniência), sendo exercido ex officio ou mediante provocação dos interessados, normalmente de forma associada ao poder hierárquico. Já no que concerne à Administração indireta, essa modalidade de controle possui caráter mais restrito, conformando-se aos limites expressamente estabelecidos em lei, em cada caso.

Outro aspecto que Sérgio Varella Bruna ressalta em sua obra quanto à influência do Poder executivo sobre as agências reguladoras é a destinação de verbas orçamentárias, o que muitas vezes faz com que um órgão que goze, não obstante, da autonomia desejada, seja subserviente ao Poder Executivo.

Há, ainda, quem defenda⁷⁵ que o Poder Executivo, além de permanecer com a iniciativa de lei para criação, alteração e extinção da agência reguladora, mantém a coordenação geral da Administração Pública e indica as funções e finalidades da agência,

⁷³ SUNDFELD, Carlos Ari. "Serviços públicos e regulação estatal", in *Direito administrativo econômico*, Carlos Ari Sundfeld (Org.), São Paulo: Malheiros, 2000, p. 26-27.

⁷⁴ BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 255-256.

⁷⁵ MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*. In *Agências Reguladoras* (Organizado por Alexandre de Moraes), São Paulo: Atlas, 2002, p.29.

mantendo, ainda, a possibilidade de fiscalização pelos contratos de gestão e com a indicação dos dirigentes da agência.

Por fim, sendo o Presidente da República a pessoa competente para nomear, após a aprovação pelo Senado Federal, o Presidente ou Diretor(es) da Agência Reguladora (art. 5º da Lei n. 9.986/2000), também cabe a ele a “demissão”. No caso da Lei que cria e disciplina a ANTT e a Antaq é ressaltado no parágrafo único do art. 56 que “cabe ao Ministro de Estado dos Transportes instaurar o processo administrativo disciplinar, competindo ao Presidente da República determinar o afastamento preventivo, quando for o caso, e proferir o julgamento”. Diretor e Presidente de Agência Reguladora somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar (art. 9º da Lei n. 9.986/2000). Entretanto, como mencionado quando tratamos do mandato dos dirigentes, há agências reguladoras criadas anteriormente a essa lei que trata da gestão de recursos humanos, como a Anvisa, que dispõe em seu art. 12 que a exoneração imotivada de Diretor da agência somente poderá ser promovida nos quatro meses iniciais do mandato, findo os quais será assegurado seu pleno e integral exercício, salvo nos casos de prática de ato de improbidade administrativa, condenação penal transitada em julgado e descumprimento injustificado do contrato de gestão. A ANTT e a Antaq prevêem para a perda do mandato, além dos motivos citados acima, “descumprimento manifesto de suas atribuições” (art. 56 da Lei n. 10.233/2001). Talvez por esta razão, o parágrafo único da lei de gestão de recursos humanos tenha disposto que a lei de criação da agência poderá prever outras condições para a perda do mandato, tentando evitar, assim, grandes discussões sobre o assunto e deixando margem para arbítrio de cada agência.

6 O CONTROLE POLÍTICO

Embora pouco citado pela doutrina, o controle político é de importância fundamental para o *interesse público*.

Na acepção mais ampla podemos dizer que é o controle exercido por instituições políticas sobre atos dos administradores das coisas públicas ou, em sentido estrito, o controle exercido pelos representantes eleitos pelo povo sobre os atos dos administradores públicos,

eleitos ou não.⁷⁶ Nesse último caso vislumbramos a hipótese de dirigentes de agências reguladoras, que não podem ser demitidos *ad nutum*, receberem tantas “pressões legítimas” que acabam por renunciar ao cargo. Exemplo recente desse efetivo controle político são os acontecimentos da Anac. Após os diversos “apagões aéreos” e de dois acidentes catastróficos envolvendo aeronaves comerciais, com centenas de mortes, colocou-se em xeque a estrutura aérea brasileira e a falta de fiscalização por parte da agência responsável. Algumas informações que chegaram ao conhecimento público eram alarmantes e desnudaram a precariedade da estrutura dessa autarquia especial reguladora.⁷⁷ Constatou-se que diretores da Anac, que têm por função realizar inspeções nos aeroportos, companhias aéreas, preços de passagens, dentre outros assuntos, estariam usando o cargo de maneira equivocada, pouco transparente, podendo fugir à imparcialidade e tendo atuação marcada por eventual suspeição e até quebra de decoro. O Governo Federal se sentiu fragilizado perante a opinião pública, substituiu o então Ministro da Defesa, e o novo Ministro, valendo-se dessa legítima pressão do controle político, estimulou a “renúncia voluntária” de toda a diretoria da agência. O que não aconteceu de pronto, mas veio a ocorrer. Foi necessário vir à tona muitos atos impróprios para que os pedidos de demissão de todos os diretores fossem entregues.

As agências reguladoras, devido à importância na administração pública, à autonomia em relação ao Executivo e à relativa novidade na criação e na ação, estiveram em foco perante a opinião pública. Sem dúvida há aspectos positivos, como as ações da Anvisa no combate à falsificação de remédios, que conseguiram reduzir a 90% esse tipo de crime; a implementação de processos de licitação para exploração de bacias petrolíferas brasileiras pela ANP; a atuação da Aneel, que disciplinou o mercado, estimulou a concorrência e contribuiu na redução das tarifas; a Anatel, ao regulamentar a prestação de serviços de telefonia, estabelecendo prazos para soluções por parte das prestadoras e multas às operadoras em caso de descumprimento.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁷⁸ entende como controle político o que é feito pelo Congresso Nacional e pelas Assembléias Legislativas ou Câmaras Municipais e pelo Poder Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos), “notadamente na participação, legalmente prevista, de cada um dos Poderes na nomeação e na destituição dos agentes das entidades reguladoras”.

⁷⁶ RIBEIRO, Renato Jorge Brown. *Controle externo da administração pública federal no Brasil: o tribunal de contas da união: uma análise jurídico-administrativa*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 7-8.

⁷⁷ Conforme reportagem da revista *Veja* de 8 de agosto de 2007, p. 68.

⁷⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 201.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁹ entende que o controle de natureza política aprecia decisões administrativas sob o aspecto da discricionariedade diante do interesse público. São eles:⁸⁰ a convocação de Ministro de Estado ou outros titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República, pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal para prestar informações sobre assuntos pontuais, importando crime de responsabilidade a ausência injustificada; também é forma de controle político o pedido escrito de informações pelas Mesas da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, para que a autoridade responda no prazo de trinta dias; a apuração de irregularidades pelas Comissões Parlamentares de Inquérito as quais têm poderes de investigação que são próprios de autoridades judiciais e, suas conclusões, encaminhadas ao Ministério Público para que promova os atos que forem necessários de responsabilização civil ou criminal; e, também, o controle financeiro exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

Renato Jorge Brown Ribeiro⁸¹ ensina que a fundamentação de um controle político já existe na democracia contemporânea desde o Federalismo. A partir de 1787, é encontrado em escritos da Revolução Americana e exercido por diversos legislativos. No caso brasileiro, o Senado Federal processa e julga os crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente da República e outras autoridades federais.

Assim, podemos verificar que o controle político existe fortemente e é exercido pelas mais diversas formas de participação social, para preservação dos valores democráticos e dos interesses populares.

7 O CONTROLE PELO PODER LEGISLATIVO

Como o objeto de estudo do nosso trabalho versa sobre o controle exercido sobre as agências reguladoras, diferenciamos, para fins didáticos, esse controle pelo poder legislativo em controle parlamentar e controle pelo Tribunal de Contas.

Ao tratar do controle exercido pelo Poder Legislativo será observada a função do Tribunal de Contas da União, conforme os arts. 70 e 71 da CF, o poder fiscalizatório restrito

⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 685.

⁸⁰ Apenas citaremos as formas de controle que podem ser aplicados às agências reguladoras, segundo a classificação de controle político desenhada por Di Pietro.

⁸¹ RIBEIRO, Renato Jorge Brown. *Controle Externo. Da Administração Pública Federal no Brasil. O tribunal de contas da união – uma análise jurídico-administrativa*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 8.

do Tribunal de Contas da União em virtude dele não poder avançar os limites do controle da atividade-fim da agência reguladora, sob pena de violação do princípio da separação dos Poderes, portanto não podendo questionar decisões político-administrativas, bem como atos que não impliquem em dispêndio de recursos públicos. Ainda trataremos da legitimidade que possui o Poder Legislativo para fiscalizar e controlar esses entes, conforme o art. 49, X, da CF.

Sendo entidades que integram a Administração Pública, as agências reguladoras ficam sujeitas ao disposto no art. 70 da CF – da fiscalização contábil, financeira e orçamentária – em que qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos sejam submetidas ao controle financeiro interno e externo, sendo controladas pelo Congresso Nacional, pelo sistema interno de cada Poder e pelo Tribunal de Contas da União, que auxiliará o controle externo a cargo do Congresso Nacional.

Dessa sorte, não se inclui na competência dos órgãos de controle financeiro, o exame de omissões ou ações que não versem sobre gestão de recursos. Esse é o limite⁸² para a fiscalização.

Diferentemente da fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas da União é a fiscalização exercida pelo controle parlamentar. Nesse caso, o Congresso Nacional pode exigir das agências reguladoras, a qualquer tempo, justificativa de decisões adotadas até no âmbito técnico-administrativo.

7.1 O controle pelo Tribunal de Contas da União

Ao Tribunal de Contas da União compete, conforme art. 70 da CF, controlar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial da União e das entidades da

⁸² Nas lições de Luís Roberto Barroso, p. 129 (in Apontamentos sobre as agências reguladoras – artigo do livro organizado por Alexandre de Moraes: *Agências Reguladoras*, editora Jurídico Atlas, 2002, página 109/132) é possível verificarmos que “escapa às atribuições dos Tribunais de Contas o exame das atividades autárquicas que não impliquem dispêndio de recursos públicos. Isso se dá, por exemplo, quando o Tribunal de Contas objetiva lograr informações a respeito de deveres dos concessionários, atividades que, a par de não envolverem dispêndio de dinheiro público, constituem a razão da própria agência reguladora. Este, portanto, o limite da ingerência do Tribunal de Contas. Nada, rigorosamente nada, no texto constitucional o autoriza a investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia, menos ainda de uma autarquia com as características especiais de uma agência reguladora. Não pode o Tribunal de Contas procurar substituir-se ao administrador competente no espaço que a ele é reservado pela Constituição e pelas leis. O abuso seria patente. Aliás, nem mesmo o Poder Legislativo, órgão que é coadjuvado pelo Tribunal de Contas no desempenho do controle externo, poderia praticar atos dessa natureza.

Administração direta e indireta. Aqui residem as agências reguladoras, que serão controladas pelo Tribunal de Contas da União, quando sua atuação for no âmbito federal. Deverá, ainda,⁸³ por atribuição, dar parecer prévio quanto às contas prestadas anualmente pelo Chefe do Executivo, exercer auditoria financeira, contábil, orçamentária, operacional e também patrimonial sobre os entes regulados e sobre as agências reguladoras, apreciar as contas dos administradores e demais responsáveis por bens e quaisquer valores públicos. Também compete apreciar a legalidade de atos de admissão de pessoal e o que lhes corresponder como proventos, aposentadoria e pensões, verificar a legalidade das licitações e contratos, fiscalizar contas e tomar providências na verificação de ilegalidades (respeitando o que dispõe o art. 71 da CF).

O controle da legalidade dos atos de índole financeira da Administração é priorizado, assim como o mérito que visa verificar a finalidade do objetivo perseguido pelo ato administrativo.⁸⁴

Essa instituição, criada por Ruy Barbosa em 1890, é um órgão independente – e se justifica por atuar no auxílio ao legislativo –, e seus integrantes gozam das garantias atribuídas ao Poder Judiciário (art. 73, § 3º, da CF), sendo⁸⁵ um órgão técnico e não jurisdicional. No Brasil, Marechal Deodoro, então Presidente da República em 1890, criou o Tribunal de Contas da União pelo Dec. n. 966. Esse órgão já tinha como atribuição a análise das receitas e despesas mensais do “Thesouro”, a qual era informada ao Legislativo e também julgava as contas dos responsáveis. No entanto foi em 1891 que o Tribunal de Contas da União foi levado ao texto constitucional.⁸⁶

O controle de contas não deve ser confundido com o controle político da Administração, exercido pelo Poder Legislativo, e também não há como ser confundido com o controle exercido pelo Poder Judiciário ou o controle exercido pelo Ministério Público.

O Tribunal de Contas da União é um órgão auxiliar do Poder Legislativo e tem por função apreciar e julgar,⁸⁷ administrativamente, as contas dos órgãos e entidades que devam ser fiscalizadas pelo Poder Legislativo. Sendo um órgão auxiliar, o “julgamento” proferido

⁸³ Conforme dispõe Odete Medauar (*Direito administrativo moderno*. 7ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 421-422).

⁸⁴ Antônio Roque Citadini (*O controle externo da administração pública*, p. 18) distingue o vocábulo *mérito* quando diz: “o vocábulo mérito apresenta um significado ambíguo no direito. Tem um sentido processual, como aquilo que se pretende em juízo, o fundo do litígio. Igualmente tem um significado como o juízo de oportunidade e conveniência do ato administrativo, o cerne do ato discricionário”.

⁸⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 11. ed. 1996. p. 690).

⁸⁶ RIBEIRO, Renato Jorge Brown. *Controle externo da administração pública federal no Brasil: O tribunal de contas da união – uma análise jurídico-administrativa*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 56.

⁸⁷ Note-se: a função julgadora do Tribunal de Contas não é *strictu sensu*, pois é um órgão desprovido de função jurisdicional.

consiste na emissão de *parecer*⁸⁸ sobre as contas do Chefe do Poder Executivo⁸⁹ e no julgamento administrativo. Ao emitir o parecer, esse ato deverá ser julgado como aprovado ou rejeitado pelo Poder Legislativo. Do *julgamento* caberá recurso administrativo ao Poder Legislativo. Da sua decisão ainda caberá apreciação pelo Poder Judiciário, conforme garantia constitucional (art. 5º, XXXV), e da aprovação ou rejeição dos pareceres também caberá a apreciação pelo Poder Judiciário sob o mesmo argumento.⁹⁰

Também é função do Tribunal de Contas da União a apreciação dos atos para admissão de pessoal, concessão de aposentadorias e pensões, pois em todas envolve dispêndio de recursos públicos. Dessa forma, nada autoriza o Tribunal de Contas da União investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia especial como é o caso das agências reguladoras.

Atuando como fiscal da lei no julgamento de processos de contas, há no Tribunal de Contas da União um quadro de representantes do Ministério Público que funciona independentemente do Ministério Público da União.

Ressalta-se que, quanto ao controle externo, há também Tribunais de Contas Estaduais e Municipais com competência e jurisdição distintas e próprias, não sendo o Tribunal de Contas da União instância superior para grau de recurso diante das decisões proferidas por esses Tribunais.

Surge essa forma de controle – pelo Tribunal de Contas da União – quando o Estado passa a se organizar. Essa forma de organização vai se aperfeiçoando e evoluindo. No primeiro momento era os “órgãos de controle de contas da Administração”⁹¹ e, com o tempo, foi sendo aprimorada até chegarmos aos Tribunais de Contas e às Controladorias.⁹²

⁸⁸ A emissão de parecer é apenas para as contas do Presidente da República. Nos demais casos há efetivo julgamento.

⁸⁹ Vale lembrar que, nos termos dos arts. 71, I, e 75, ambos da CF, o Presidente da República submete suas contas ao Tribunal de Contas de União.

⁹⁰ Conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 801). Jurisprudência dominante neste sentido: RTJ 45/758 (rel. Min. Temístocles Brandão Cavalcanti); Temístocles Brandão Cavalcanti, O Tribunal de Contas, órgão constitucional – Funções próprias e funções delegadas (RDA 109/98); José Cretella Júnior, A função jurisdicional do Tribunal de Contas (RDA 93/430); Luiz Manoel Gomes Junior, Tribunais de contas: aspectos controvertidos, Forense, RJ, 2003, n. 3.1.2, p. 26.

⁹¹ CITADINI, Antonio Roque. *O controle externo da administração pública*. São Paulo: Max Limonad, 1995. p. 5.

⁹² Apesar de ambos os sistemas terem nascido na Europa, as controladorias aparecem geralmente em países de tradição anglo-saxônica e são órgãos singulares. São órgãos de “socorro do Parlamento”, cuja missão era obter informações técnicas precisas sobre os atos dos gestores do erário público.

Merece breve relato o controle externo financeiro, e vamos nos valer das palavras de Antônio Roque Citadini⁹³ para traduzir a importância que os órgãos de controle das contas públicas possuem, com a tarefa indelegável e indispensável de fiscalizar receitas e despesas dos Estados e seus entes da Administração Indireta.

Os primeiros sistemas de controle dos atos de índole financeira da Administração Pública apareceram ainda na fase embrionária da organização do Estado. Tão logo teve início sua estruturação, com instituições encarregadas de receber tributos e efetuar despesas com a organização de serviços públicos e atendimento do cidadão, viram-se os países na necessidade de criar algum tipo de controle dos gastos da Administração. Assim, podemos encontrar a origem de algumas formas de controle financeiro nas antigas Roma e Grécia, mesmo que não de forma institucionalizada, ou como organização destinada especialmente a este objetivo. João Gualberto de Oliveira, em interessante trabalho comemorativo dos 25 anos do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, n. 33, 1º sem., 1973) destaca a origem dos principais órgãos de controle existentes na atualidade. A Itália instituiu a Corte dei Conti em 14 de abril de 1864, confiando-lhe a revisão das operações orçamentárias de receitas e despesas. Na França, o controle dos atos da Administração teve importante marco com o Estatuto do Tribunal de Contas (Cour des Comptes) instituído pelo Imperador Napoleão, em 1807. Na Alemanha, o Tribunal de Contas teve sua origem na Alta Câmara Prussiana de Contas, criada em 1714 por Frederico Guilherme I. O Tribunal de Contas atual data de 1930, embora remotamente as funções de fiscalização tenham-se iniciado com a Casa dos Contos (1389-1791) [...] No Brasil, o sistema de controle da Administração ganha o contorno atual com o início da República, em 1891, onde, por iniciativa de Ruy Barbosa, é criado o Tribunal de Contas da União. [...]

A Constituição Federal prevê a fiscalização contábil, financeira e orçamentária a partir do art. 70.

Periodicamente os administradores das agências reguladoras devem prestar contas de recursos que foram geridos em determinado período (geralmente, a prestação é anual), o que não impede que o Tribunal de Contas da União aja de ofício, provocado, ou a pedido do Congresso Nacional, realizando auditorias para verificação das demonstrações financeiras, orçamentárias e de nível patrimonial.

A *provocação* é exercida pelo direito de representação, contido no art. 74, § 2º, da CF, junto ao Tribunal de Contas da União, com o intuito de evitar abusos e ilegalidades por parte das agências reguladoras. Assim, qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades. Um bom exemplo vem na ementa do acórdão abaixo citado:

⁹³ CITADINI, Antonio Roque. *O controle externo da administração pública*. São Paulo: Max Limonad, 1995. p. 11-12.

Acórdão 352/2005-Plenário AC-0352-11/05-P. Rel.Min. Walton A. Rodrigues
Ementa. Representação formulada por cooperativa. Possíveis irregularidades praticadas pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Licitação. Pedido de reexame de acórdão que proferiu determinação no sentido de que a referida Agência se abstinhasse de prorrogar a duração de contrato de terceirização de serviços de atividades-fins, provendo-se os cargos com servidores aprovados mediante concurso público ou por contratação temporária. Apresentação de fatos novos. Conhecimento. Provimento. Alteração da redação de item do acórdão.

O modelo brasileiro de Tribunal de Contas da União é único no mundo, pois assume funções de fiscalização e também de ouvidoria e órgão consultivo. O processo decisório é um misto, assumindo poderes do Legislativo e do Judiciário,⁹⁴ de modo a não ferir a separação de Poderes.

Verifica-se, portanto, que a função do Tribunal de Contas da União vai muito além da análise de aspectos jurídico-formais. Procura verificar se a agência reguladora está atendendo a sua missão precípua.

7.2 O controle parlamentar

A Constituição Federal é expressa, no art. 49, X:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

X – fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

Sob esse prisma, em síntese, apenas analisaremos os meios de fiscalização exercidos diretamente pelas casas legislativas, sem abranger outras instituições que utilizam essa função do Legislativo.

Ressaltamos, entretanto, uma crítica: o controle parlamentar torna-se inócuo, mesmo após a realização de diligências e a tomada de depoimentos, pois a falta de interesse político com a finalidade de não contrariar o Chefe do Executivo faz com que possamos utilizar a expressão popular “nadou tanto e morreu na praia”. Vivenciamos uma série de CPIs que quedaram frustradas e a ausência de sanção por parte do Congresso, que não podem anular ou modificar atos administrativos nem mesmo aplicar sanções aos administradores fazendo com que muito tempo seja perdido em um trabalho que nem sempre vigorará. Falta *poder* ao

⁹⁴ RIBEIRO, Renato Jorge Brown. *Controle externo da administração pública federal no Brasil: o Tribunal de Contas da União: uma análise jurídico-administrativa*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 94.

Congresso para poder, além de apurar, punir. E parece que a dificuldade desse tipo de controle já era observada em 1979 quando Dromi⁹⁵ dizia que o controle parlamentar “perdeu sua transcendência como conseqüência da crise geral da instituição parlamentar, em geral inerme ante o avassalador impulso da Administração contemporânea”. Embora a realidade mostre que a efetividade desse controle não seja satisfatória, há algumas tentativas, conforme se verifica dos julgados abaixo mencionados do Tribunal de Contas da União:

Acórdão 710/2003 - Plenário AC-0710-23/03-P. Rel.Min.Ubiratan Aguiar

Ementa. Solicitação formulada pelo Congresso Nacional. Fiscalização dos procedimentos da ANP e outros órgãos federais, acerca da implantação do sistema de transporte de gás natural de Urucu, Município de Coari, para Manaus AM. Identificação de diretrizes políticas para o aproveitamento do produto, atuação adequada da ANP e ambiente político desfavorável para implementação do sistema pela Petrobrás. Conhecimento. Remessa de cópia ao Congresso Nacional. Arquivamento.

Acórdão 768/2005 - Plenário AC-0768-22/05-P. Rel.Min.Valmir Campelo

Ementa. Solicitação formulada por Comissão Parlamentar. Auditoria para averiguar a existência de eventuais prejuízos ao patrimônio público federal decorrentes de inadequada gestão dos Portos de Paranaguá e Antonina, apurada em relatório da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ. Administração e exploração delegados ao Estado do Paraná, por força de convênio. Permissão ilegal de embarque de soja geneticamente modificada. Inexecução dos serviços de batimetria e de dragagem. Ausência de inventário e lavratura do termo de cessão de bens. Falta de contratos para manutenção dos bens patrimoniais pertencentes à União. Não apresentação do plano de arrendamento das áreas do porto. Insuficiência da adoção de medidas de proteção ambiental. Negativa de apoio administrativo ao Conselho de Autoridade Portuária. Conhecimento. Informação à Comissão Parlamentar. Fixação de prazo para adoção de providências pela ANTAQ. Determinação. Arquivamento.

Entretanto, abordaremos os meios de que dispõe o Congresso para atuar nesse controle, deixando a nossa sugestão para que possamos, futuramente, ter um controle parlamentar efetivo.

Alguns⁹⁶ dos meios de controle são identificados como pedidos escritos de informação, convocação para comparecimento, fiscalização de atos da Administração direta e indireta, Comissões Parlamentares de Inquérito, aprovações e autorizações de atos do Executivo, sustação de atos normativos do poder executivo, fiscalização financeira e orçamentária.

⁹⁵ Conforme citação de Odete Medauar (*Controle da administração pública*. São Paulo: RT, 1993. p. 90), citando José Roberto Dromi (Prerrogativas y garantias administrativas. 2. parte. Católica de Tucuman, 1979. p. 22).

⁹⁶ Utilizaremos a divisão adotada por Odete Medauar (*Direito administrativo moderno*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 419-420).

Os *pedidos escritos de informação* estão elencados no art. 50, § 2º, da CF e são informações que a Câmara dos Deputados e o Senado Federal podem solicitar sobre um assunto previamente determinado aos titulares de órgãos. Há nas constituições estaduais e leis orgânicas municipais dispositivos semelhantes para as autoridades dos respectivos níveis.

Já a *convocação para comparecimento* nada mais é que a solicitação de comparecimento de Ministros de Estado para prestar informações perante a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal. Aqui podem ser solicitadas informações acerca das agências reguladoras. Nesse caso também dispõem as constituições estaduais e as leis orgânicas municipais de dispositivos que façam às vezes da Constituição Federal.

Quanto à *fiscalização de atos da Administração Indireta e Direta* é o que anuncia o art. 49, X, da CF. É a fiscalização e o controle que podem ser exercidos pelo Congresso Nacional em relação aos atos do poder executivo quanto à administração indireta e, importa dizer, também sobre as agências reguladoras. A fiscalização exercida via comissões é realizada sem prejuízo do controle baseado em dispositivos constitucionais e pode ser efetuada diretamente pela via parlamentar, Mesa da Casa ou Comissão de fiscalização e controle.

As aprovações e autorizações de atos do Executivo são decisões que, para terem eficácia e validade, estão condicionadas à manifestação favorável do Congresso. Não convém a este estudo, pois não se aplica na hipótese das agências reguladoras, assim como a sustação de atos normativos do Poder Executivo.

A *fiscalização financeira e orçamentária* será exercida pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União (art. 70 da CF), e será comentada mais detalhadamente em item próprio.

Vale ressaltar aqui as *Comissões parlamentares de inquérito* (CPI) que “são comissões especiais e temporárias criadas para a apuração de fato ou fatos determinado. Constituem um recurso para tornar mais efetivo e rigoroso o controle, que é deferido aos parlamentares, sobre toda a máquina estatal”.⁹⁷ No caso das agências reguladoras foi possível presenciarmos a CPI do “apagão aéreo”, em que os diretores da Anac foram chamados a dar esclarecimentos acerca de algumas providências tomadas, como obras superfaturadas em aeroportos, e hoje é de conhecimento público⁹⁸ que a comissão investigou os gastos com a construção e reforma de dez aeroportos. “Todas as obras apresentaram

⁹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. v. 2, 1992, p. 70.

⁹⁸ Publicação revista *Veja* de 24/10/07, páginas 62 e seguintes. Título: “Fraude de R\$ 500.000.000,00”.

irregularidades que vão de direcionamento de licitações a superfaturamento. A CPI pediu o indiciamento de 21 pessoas e listou catorze empreiteiras como responsáveis pelos desvios milionários na Infraero.

As comissões parlamentares são formadas por membros do Poder Legislativo que terão a incumbência de estudar e examinar questões legislativas, apresentando um parecer. Têm caráter temporário ou permanente e podem ser, ainda, inquisitórias.

No caso da CPI do “apagão aéreo” foi proposta uma comissão nomeada por uma câmara, composta de membros desta para realizar uma investigação sobre determinado objeto. Uma diretora da Anac teve inclusive o sigilo bancário e fiscal quebrado por autorização de CPI. Entretanto, os poderes das CPIs para proceder a determinados atos não são ilimitados.

Nos tempos atuais, as Leis n. 1.579/52, n. 4.595/64 e n. 10.001/2000 são as únicas leis ordinárias federais a tratar das CPIs.

As comissões parlamentares de inquérito, dentro de suas limitações, não podem ter mais poderes que os conferidos ao Congresso porque muito desse poder é reservado ao Poder Executivo ou ao Judiciário. É certo que a CPI não poderá questionar a discricionariedade de atos administrativos ou fundamentação jurídica de decisão judicial. Deverá restringir-se a apresentar um relatório ao final do trabalho para que ou peça o arquivamento ou a remessa à autoridade competente para que proceda na forma da lei.

Assim, sem qualquer ofensa ao princípio da separação de poderes, o controle parlamentar pode, como afirma Marçal Justen Filho:⁹⁹

Versar, de modo ilimitado, sobre toda a atividade desempenhada pela agência, inclusive no tocante àquela prevista para realizar-se em épocas futuras – ressalvada a necessidade de sigilo em face das características da matéria regulada. Poderá questionar-se não apenas a gestão interna da agência, mas também se exigirá a justificativa para as decisões de cunho regulatório. Caberá fiscalizar inclusive o processo administrativo que antecedeu a decisão regulatória produzida pela agência, com ampla exigência de informações sobre as justificativas técnico-científicas das opções adotadas.

A responsabilidade de um órgão desse nível, atuando como forma de controle da atuação dos entes da administração e, principalmente, no âmbito das agências reguladoras, fica inclusive demonstrada pela mídia¹⁰⁰ e só resta aos operadores do Direito e aos

⁹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo, Dialética, 1997. p. 588.

¹⁰⁰ Novamente, permitimo-nos remeter ao que comenta a revista *Veja* de 24/10/07, p. 62 e seguintes: No papel, o Brasil tem um extraordinário aparato anticorrupção, formado por órgãos como tribunais de contas, Controladoria-Geral da União, Ministério Público, Polícia Federal e as CPIs do Congresso. Na prática,

responsáveis por esses órgãos de controle atuar da melhor forma com o intuito de verem satisfeita a justiça.

8 O CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO¹⁰¹

Talvez a melhor maneira de se demonstrar a importância do controle pelo Poder Judiciário sobre as agências reguladoras seja ressaltar a importância do Judiciário como guardião da segurança jurídica.

A Constituição Federal no Estado Democrático de Direito assegura a liberdade e a segurança, entendidos sob a sua forma mais ampla possível. E há um motivo de ser assim: quando o cidadão vê frustrada a sua confiança na manutenção de um direito, sofre um atentado à sua liberdade.¹⁰²

Neste viés, J. J. Gomes Canotilho:¹⁰³

Partindo da idéia de que o homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida, desde cedo de consideram como elementos constitutivos do Estado de Direito os dois princípios seguintes: o princípio da segurança jurídica; o princípio da confiança do cidadão. [...]

Os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas.(p. 377-378)

Neste tópico serão tratados, preliminarmente, conceitos como o princípio da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário, cláusula pétrea da nossa Lei maior (art. 5º,

porém, nada disso tem sido suficiente para conter os corruptos e os corruptores. Segundo Claudio Weber Abramo, diretor da organização Transparência Brasil, corrupção se combate com prevenção e punição. Nenhum desses dois instrumentos, no entanto, é utilizado com eficiência. A legislação frágil e o Judiciário lento favorecem a impunidade, o que incentiva os aventureiros. A promiscuidade entre o público e o privado cria as condições perfeitas para as tramóias. “Governantes e parlamentares sabem as causas e os efeitos nefastos da corrupção, mas não a combatem como deveriam porque não querem, porque se beneficiam dela ou para não perder seus aliados”, avalia Abramo.

¹⁰¹ Além do Ministério Público (arts. 127 a 130 da CF), a Advocacia Geral da União (art. 131 da CF), as Procuradorias Locais (art. 132 da CF) e a Defensoria Pública (art. 134 da CF) também desempenham funções essenciais à justiça como forma de controle da atuação das agências reguladoras, utilizando-se dos instrumentos que serão mencionados.

¹⁰² Conforme FERREIRA, D’Andréa. *O controle da administração pública pelo judiciário: direito aplicado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 414.

¹⁰³ CANOTILHO. J.J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra, Almedina, 1992. p. 375 e ss.

XXXV, da CF), que garante a todos o acesso à Justiça e o devido processo legal, portanto, o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário: o controle do mérito e o controle de legalidade, adotada a corrente doutrinária majoritária que aceita o Poder Judiciário exercendo o controle apenas sobre os atos administrativos em geral, ou seja, o controle de legalidade. Trataremos, também, do conceito do “mérito do ato administrativo”, para analisar o controle do Poder Judiciário e sua atuação impedindo que o ato administrativo possa ofender os princípios da razoabilidade, da moralidade e da eficiência. Observaremos as formas de provocação da parte interessada para acionar o Poder Judiciário, com instrumentos¹⁰⁴ como o *habeas data*, a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança¹⁰⁵, a ação de improbidade administrativa e o mandado de injunção, ressaltando que outros remédios constitucionais poderão ser utilizados, sempre buscando a celeridade na defesa dos direitos, o que poderá ocorrer por medida liminar ou cautelar, a ser suscitada nas ações.

O controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos das agências reguladoras tem sua origem no controle sobre os atos da Administração, na tripartição dos Poderes, o sistema de freios e contrapesos e limitação dos poderes, previsto por Montesquieu¹⁰⁶ e adotado pelas Constituições Liberais a partir do século XIX.

Convém lembrar que o controle jurisdicional abrange o exercício da função jurisdicional ordinária, nela se encontrando tanto as ações comuns quanto ações especiais. O controle jurisdicional da Administração abrange atos, contratos e atividades da Administração.

Sérgio Varella Bruna¹⁰⁷ explica que esse controle é chamado de residual, “tendo em vista que deverá ser exercida nos casos em que a correção do ato abusivo tenha escapado aos controles administrativo e legislativo, restando ao judiciário a tarefa de corrigir os excessos ou desvios de poder eventualmente ocorridos”.

¹⁰⁴ Como não teremos por objeto deste trabalho o aprofundamento de cada ação que poderá ser movida, valemos de apenas citar as possibilidades e algumas dar um pouco mais de ênfase. Além destas mencionadas como *habeas data*, mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, temos também a ação de improbidade administrativa, o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CF), ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CF), ação de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, § 1º, da CF), arguição de descumprimento de preceito fundamental, direito de petição, utilização do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990).

¹⁰⁵ Vale observar que a Lei n. 1.553/51, em seu art. 5º, I, veda a impetração de Mandado de Segurança de ato que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução.

¹⁰⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo/Montesquieu: Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

¹⁰⁷ BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 262.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁰⁸ entende como controle jurídico o que se “realiza com o caráter de universalidade que se garante no art. 5º, XXXV, da CF, e se estende a todo o espectro regulatório, desde o controle constitucional da lei que a institua (ou emenda) ao controle constitucional dos atos normativos e concretos das agências”.

As agências reguladoras exercem competência decisória quando resolvem conflitos no âmbito administrativo entre agentes econômicos e entre estes e os consumidores. Dessa forma, as agências reguladoras são autorizadas por lei a dirimir conflitos, tanto aqueles em que o poder concedente é parte quanto nas questões que se instaurem entre particulares, sendo eles concessionários, empresas do setor ou usuários, exercendo função decisória. Assim, qual o espaço reservado ao controle jurisdicional das agências?

Tendo o sistema brasileiro adotado a teoria da jurisdição una, vige o princípio da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário, sendo, portanto, impossível impedir a apreciação das decisões das agências reguladoras pelo Judiciário.

A dúvida paira quando se questiona judicialmente o ato administrativo: seria o juiz limitado ao aspecto de legalidade, não alcançando o mérito da decisão administrativa?

Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁰⁹ traz a questão:

O conhecimento convencional no sentido de não ser possível exercer controle de mérito sobre os atos administrativos tem cedido passo a algumas exceções qualitativamente importantes, geradas no âmbito do pós-positivismo e da normatividade dos princípios. Nesta nova realidade, destacam-se princípios com reflexos importantes no direito administrativo, dentre os quais o da razoabilidade, da moralidade e da eficiência. À luz desses novos elementos, já não é mais possível afirmar, de modo peremptório, que o mérito do ato administrativo não é passível de exame. Isso porque verificar se alguma coisa é, por exemplo, razoável – ou seja, se há adequação entre meio e fim, necessidade e proporcionalidade – constitui, evidentemente, um exame de mérito. Em suma: a doutrina convencional em tema de controle dos atos administrativos, aí incluídos os das agências reguladoras, não perdeu a validade, mas sofre exceções importantes. Sem embargo, no tocante às decisões das agências reguladoras, a posição do Judiciário deve ser de relativa autocontenção, somente devendo invalidá-las quando não possam resistir aos testes constitucionalmente qualificados, como os de razoabilidade ou moralidade, já mencionados, ou outros, como os da isonomia e mesmo o da dignidade da pessoa humana. Notadamente no que diz respeito a decisões informadas por critérios técnicos, deverá agir com parcimônia, sob pena de se cair no domínio da incerteza e do subjetivismo.

Tal expressão abrange a apreciação sobre atos, processos e contratos administrativos, atividades e operações materiais ou mesmo omissão ou inércia da Administração.¹¹⁰

¹⁰⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 201.

¹⁰⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 55.

¹¹⁰ Conforme ODETE MEDAUAR (*Direito administrativo moderno*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 423).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹¹, ao tratar dos limites, assim se posiciona:

Quanto aos atos discricionários, sujeitam-se à apreciação judicial, desde que não se invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos sob a denominação de mérito (oportunidade e conveniência). [...] Não há invasão do mérito quando o Judiciário aprecia os motivos, ou seja, os fatos que precedem a elaboração do ato; a ausência ou falsidade do motivo caracteriza ilegalidade, suscetível de invalidação pelo Poder Judiciário.[...] Pela atual Constituição, existe mais uma razão para admitir-se o controle judicial dos atos políticos; é que o artigo 5º, inciso XXXV, proíbe seja excluída da apreciação judicial a lesão ou ameaça a *direito*, sem distinguir se ele é individual ou coletivo; previu, ainda, além da ação popular, outras medidas judiciais cabíveis para a defesa dos direitos e interesses coletivos, como a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo.

Celso Antônio Bandeira de Mello,¹¹² apesar de concordar com o controle jurisdicional, delimita o tema da seguinte maneira, com vistas a remanescer intocáveis alguns aspectos à investigação judicial:

O campo de apreciação meramente subjetiva – seja por conter-se no interior das significações efetivamente possíveis de um conceito legal fluído e impreciso, seja por dizer com a simples conveniência ou oportunidade de um ato – permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o que haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão de funções que se poria às testilhas com o próprio princípio da independência dos Poderes, consagrado no art. 2º da Lei Maior.

Geralmente essa forma de controle externo é *a posteriori*, podendo até assumir a conotação de preventivo e ser acionado por provocação do interessado. As ações propostas, assim como as demais ações, devem respeitar os procedimentos formais, tais quais o juiz natural, a imparcialidade, a ampla defesa e o contraditório.

A justificativa do controle a ser exercido pelo Poder Judiciário é legítima: visa proteger interesses e o patrimônio público, assegurar direitos e garantias individuais e coletivas previstas constitucionalmente e promover a responsabilização de administradores e administrados, quer na esfera cível, quer na esfera criminal.

O controle judicial, portanto, sempre deverá preservar a legalidade, a forma do ato e a intenção do agente, devendo obedecer ao devido processo legal e garantir o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, XXXIX, LIV e LV, da CF), sob pena de nulidade, sendo promovido pela parte que se julgar prejudicada, pelo Ministério Público ou por qualquer interessado.

¹¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 689-690.

¹¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 774.

Aspecto também de relevância para o nosso estudo é saber que a Constituição Federal afastou a necessidade de jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado,¹¹³ o que se traduzia em obstáculo ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário. Assim, não há necessidade de se exaurir as vias administrativas para pleitear provimento jurisdicional.

Pode-se dizer que o controle jurisdicional é o mais importante instrumento de controle da Administração e, assim, das agências reguladoras, e independe de outras medidas administrativas tomadas pela parte que se sinta prejudicada, ou mesmo de qualquer interposição de recurso em sede administrativa, ante o princípio da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário.

Quanto a esse princípio, devemos entender que a Constituição Federal de 1988 consagra em seu art. 5º, XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, sendo viga mestra do Estado de Direito e, assim, inadmissível qualquer atividade isenta de controle jurisdicional, não só quando não viola direitos como também na análise da formalidade e finalidade dos atos emanados bem como se o agente era competente.

Nas lições de José Afonso da Silva:¹¹⁴

A primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada.

Quando o judiciário é acionado, algumas medidas acabam repercutindo no âmbito da Administração. Geralmente, há suspensão de atos ou atividades, principalmente em virtude de liminares¹¹⁵ em sede de mandado de segurança, em ação popular, em ação civil pública e nas medidas cautelares. Pode, também, ocorrer anulação do ato, o que deverá ocorrer desde o momento em que foi editado. Há, ainda, a imposição de fazer, quando a Administração deverá tomar um posicionamento ativo e a de abster-se, de pagar e de indenizar, por parte da Administração.

As lições de D'Andréa Ferreira¹¹⁶ são muito proveitosas:

¹¹³ Conforme Alexandre de Moraes em artigo “Agências reguladoras”, publicado em livro sob sua organização (*Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 33).

¹¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11 ed. 1996, p. 410.

¹¹⁵ As liminares deverão obedecer aos parâmetros da Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992.

¹¹⁶ FERREIRA, D'Andréa. *O controle da administração pública pelo poder judiciário: direito aplicado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 403.

Ao judiciário, no Brasil, no exercício da função de controlador da atividade governamental normativa, cabe, ao julgar as causas que envolvem atos e fatos sobre os quais incidiram normas jurídicas, aplicá-las, ou não, conforme considere, preliminarmente, nas etapas necessárias de qualquer julgamento, se tais normas existem, ou não; e se, existindo, são, ou não lícitas. (p. 403)

[...]

Assiste-se, hodiernamente, a uma expansão da função jurisdicional de controle governamental, o que se torna ostensivo, se nos detivermos no aspecto da ampliação de seus limites. É que ponto absolutamente fundamental, em termos de controle jurisdicional dos Poderes Públicos, é o dos lindes da atuação da Justiça em relação aos atos administrativos. (p. 405)

A tarefa do Poder Judiciário permeia uma esfera riquíssima de defesa do cidadão e do próprio Estado, pois a Constituição, ao dar a possibilidade da discricionariedade, abre espaço para assegurar a moralidade, os princípios normatizadores e aqueles *standards* predefinidos para a atuação do agente.

A função do judiciário não é apenas do reconhecimento de direitos, mas também de defesa de interesses individuais, coletivos, difusos, transindividuais, sociais e nacionais.

Resta-nos, antes de abirmos os tópicos que se seguirão, mencionar a posição de Floriano de Azevedo Marques Neto,¹¹⁷ que entende a possibilidade do controle da atividade normativa das agências reguladoras mediante a argüição de descumprimento de preceito fundamental,¹¹⁸ balizada pela Lei n. 9.882/99.

8.1 *Habeas data*

Previsto no art. 5º, LXXII, da CF e regulamentado pela Lei n. 9.507/97, buscou a normatização referente ao processo administrativo que envolve o direito resguardado pela *habeas data* e também o procedimento judicial desse *writ*.

Nasceu a partir da proposta apresentada pelo constitucionalista José Afonso da Silva à Comissão Provisória de Estudos Constitucionais e, no Anteprojeto, prestava-se a autorizar o acesso a informações guardadas quer em registros públicos, quer em particulares, mediante procedimento judicial sigiloso, diferentemente do contemplado em nossa Constituição Federal.

¹¹⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras Independentes.: fundamentos e seu regime jurídico*.

¹¹⁸ “A argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) é uma modalidade de argüição principal (abstrata) de constitucionalidade”. “Não se afigura como modalidade incidental de controle, não obstante vários autores postulem em sentido inverso”. (MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da.; SANTOS, William Douglas Resinente. *Direito constitucional: teoria, jurisprudência e 1000 questões*. 15. ed. rev., ampl. e atual. Até a Emenda constitucional n. 44/2004. Rio de Janeiro, Impetus, 2004. p. 664.

Talvez o Brasil tenha sido o primeiro país a elaborar uma garantia própria de proteção do direito de acesso e retificação a dados pessoais que constam de bancos de dados e registros.¹¹⁹

O *habeas data* visa assegurar à pessoa do impetrante¹²⁰ dados que lhes são necessários ou a retificação e, nesse caso, a correção pressupõe liquidez e certeza, assim como no Mandado de Segurança.

Instrumento de cunho político, foi concebido para que a Assembléia Nacional Constituinte tivesse acesso aos registros do antigo Serviço Nacional de Informações durante o regime militar de 1964.

Para José Afonso da Silva, o *habeas data* é “um remédio constitucional que tem por objeto proteger a esfera íntima dos indivíduos contra: a) usos abusivos de registros de dados pessoais coletados por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos; b) introdução nesses registros de dados sensíveis (assim chamados os de origem racial, opinião política, filosófica ou religiosa, filiação partidária e sindical, orientação sexual etc.); c) conservação de dados falsos ou com fins diversos dos autorizados em lei”.¹²¹

O objeto do *habeas data* pode ser tanto a mera informação ou sua retificação, ou, ainda, a anotação de esclarecimentos ou justificativas nos registros de dados.

Poderá ser impetrado tanto por pessoa física quanto por pessoa jurídica, pois a Constituição Federal não faz nenhuma objeção. Além disso, também o Ministério Público pode impetrar *habeas data* com o fim de obter informações de interesse coletivo ou geral, com base no art. 129 da CF, bem como intervirá necessariamente o representante do Ministério Público na ação de *habeas data* após a prestação de informações da autoridade coatora, nos termos da Lei n. 9.507/97, art. 12.

¹¹⁹ Conforme Clèmerson Merlin Clève in “*habeas data: algumas notas de leitura*”, publicado em livro sob a coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier (*Habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 77).

¹²⁰ Permitimo-nos fazer uma ressalva ilustrada por Arnaldo Wald e Rodrigo Garcia da Fonseca in “O *habeas data* na Lei 9.507/97” publicado em livro sob a coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, *HABEAS DATA*, Revista dos Tribunais, 1998, p. 29: “[...] entendemos que se aplicam ao *habeas data* as regras do Código de Processo Civil relativas ao litisconsórcio e à assistência, sempre que as informações em foco disserem respeito também a interesses jurídicos de terceiros. Embora a parte só possa requerer *habeas data* com relação a informações que lhe digam diretamente respeito, é possível que em certas situações aquelas informações também afetem ou envolvam, de alguma maneira, interesses de terceiros”. E ilustram com a seguinte nota: “se pensarmos nas informações do SPC, por exemplo, veremos que os mesmos dados relativos a um simples cheque devolvido dizem respeito ao titular da conta (que pode ser conjunta, envolvendo outras pessoas), ao banco depositário e ao banco sacado. Qualquer destes poderá isoladamente, requerer o *habeas data*, mas os demais terão o direito de ingressar no feito mediante litisconsórcio ou assistência, conforme o caso.”

¹²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 11 ed., 1996, p. 431.

Há de se observar que somente será cabível quando houver prévia recusa de informações por parte da autoridade administrativa, sendo indispensável, sob pena de indeferimento da inicial, a prova de recusa em prestar as informações ou fazer retificações ou anotações cabíveis, não sendo substituto para o Mandado de Segurança. Nesse sentido, a Súmula n. 2 do STJ: não cabe o *habeas data* (cf, art. 5º, LXXII, “a”) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa. Segue o rito sumaríssimo e possui um processo bastante semelhante ao do mandado de segurança.

Não se trata de garantir direito à informação – previsto no art. 5º, XXXIII, da CF. O direito à informação é mais amplo e trata de interesse particular ou coletivo e o *habeas data* apenas assegura informações relativas à pessoa ou a fatos de interesse do impetrante. É um instrumento de grande valia, embora pouco utilizado, mas bem se aplica às agências reguladoras nos casos em que essas entidades neguem informações e registros de reclamações, por exemplo, feitas por consumidores sobre prestadoras de serviços que são fiscalizados por elas.

8.2 Ação civil pública¹²²

A *ação civil pública*, instituída pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, com alterações posteriores em virtude das leis dos deficientes físicos, investidores no mercado de capitais e do Estatuto da Criança e do Adolescente, é o instrumento processual que visa evitar e/ou reprimir danos aos interesses difusos ou transindividuais da sociedade, como o meio ambiente, o patrimônio cultural, o patrimônio público e social, a criança, o adolescente, os consumidores, os portadores de necessidades especiais, infração da ordem econômica e da economia popular.¹²³

A Ação Civil Pública não se confunde com a ação popular. Enquanto esta é predominantemente desconstitutiva e subsidiariamente condenatória em perdas e danos, a

¹²² Maria Sylvia Zanella Di Pietro in *Direito Administrativo*. 20ª edição. São Paulo: Atlas, p.736, diz que a ação civil não constitui meio específico de controle da Administração Pública, no entanto, por ter o condão de legitimar no pólo passivo todo aquele que causar dano a algum interesse difuso, poderá eventualmente ser proposta contra o próprio Poder Público quando ele for o responsável pelo dano.

¹²³ A infração da ordem econômica e da economia popular está disposta no art. 1º, V da LACP. Note-se que este inciso foi acrescentado pela Lei Antitruste (Lei do Abuso do Poder Econômico) LAT 8884/94.

ação civil pública é preponderantemente condenatória, em dinheiro ou obrigação de fazer ou não fazer.¹²⁴

O objeto de proteção da ação popular no campo do direito econômico compreende, além da defesa da concorrência e de funcionar como norma antitruste, a proteção da ordem econômica como um todo, conforme disposição do art. 170 da Constituição Federal. Da mesma sorte, a economia popular é considerada um direito difuso, que merece proteção, e, assim, passível de defesa por meio da ação civil pública (pela nova redação dada ao inc. V, pela medida provisória 2180-35/2001, § 6º). Assim, analisando o objeto da ação civil pública, perceptível verificar que traz no seu bojo o cumprimento de fazer ou não fazer e/ou condenação em dinheiro, sendo possível o ajuizamento de uma ação cautelar ou o pedido da cautelar feito nos autos da própria ação civil pública, com o fim de evitar o dano. Nas agências reguladoras, clara fica essa atuação haja vista ser dotada de patrimônio público e efetuar a exploração de recursos ou serviços e praticar a cobrança de taxas. Ora, o Ministério Público tem legitimidade para propor a ação civil pública visando à proteção do patrimônio público, eis que a Constituição Federal consagra, em seu art. 129, III, que a instituição Ministério Público é de substancial importância na defesa da cidadania.

Tratando da legitimidade, vale lembrar a lição de Odete Medauar¹²⁵:

Legitimidade ativa – é atribuída em sentido amplo ao Ministério Público, por força da CF, art. 129, III. É também prevista em leis específicas. As leis prevêm, de regra, a legitimação ativa da União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, órgãos despersonalizados da Administração; e de associações constituídas há pelo menos um ano e que tenham, entre as suas finalidades institucionais, o aspecto visado pela ação. Se o Ministério Público ajuizar a ação, o poder público e as associações poderão habilitar-se como litisconsortes.

Legitimidade passiva – figura no pólo passivo da ação quem causar o dano ou ameaçar causá-lo, nos âmbitos já mencionados, seja autoridade ou ente estatal, seja pessoa ou ente privado.

A atuação do Ministério Público quando figurar no pólo ativo será de atuar como fiscal da lei. Tomando ciência de ato lesivo, ou que possa vir a ser lesivo, a interesses transindividuais, poderá instaurar inquérito civil a fim de apurar os fatos, o que pode justificar, posteriormente, o ajuizamento de uma ação civil pública, e assumir a titularidade

¹²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, argüição de descumprimento de preceito fundamental, o controle incidental de normas no direito brasileiro*. 26ª edição atualizada e complementada. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 165.

¹²⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 440.

da ação na hipótese de abandono, seja pelo motivo que for. Até mesmo quando não for o autor da ação, o Ministério Público deverá intervir como fiscal da lei.

São legitimadas, ainda, as pessoas jurídicas estatais, autárquicas e paraestatais e as associações que protegem o meio ambiente ou os consumidores. Nesse sentido, O STJ já se pronunciou:

RECURSO ESPECIAL 2003/0128035-1

ADMINISTRATIVO. TELECOMUNICAÇÕES. TELEFONIA FIXA. LEI N. 9.472/97. COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA. SUSPENSÃO. ÁREA LOCAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REL.MIN. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. EMENTA.

1. A regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei n. 9.472/97 e demais disposições correlatas, visa a favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia, em prol do conjunto da população brasileira. Para o atingimento desse objetivo, é imprescindível que se privilegie a ação das **Agências Reguladoras**, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo.

2. A delimitação da chamada "área local" para fins de configuração do serviço local de telefonia e cobrança da tarifa respectiva leva em conta critérios de natureza predominantemente técnica, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do município. Previamente estipulados, esses critérios têm o efeito de propiciar aos eventuais interessados na prestação do serviço a análise da relação custo-benefício que irá determinar as bases do contrato de concessão.

3. Ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração das "áreas locais" estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir.

4. Se a prestadora de serviços deixa de ser devidamente ressarcida dos custos e despesas decorrentes de sua atividade, não há, pelo menos no contexto das economias de mercado, artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. O desequilíbrio, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso no art. 22, caput, do Código de Defesa do Consumidor, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos usuários.

4. Recurso especial conhecido e provido.

Alguns aspectos quanto à ação civil pública merecem ser lembrados: o foro competente para o processamento da ação é do local onde ocorrer o dano. Entretanto, no caso de ação civil pública por improbidade administrativa, a ação deverá ser proposta perante o Tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário/autoridade, diante da prerrogativa de foro, em razão do exercício de função pública. Há de se lembrar o procedimento que segue a ação civil pública. Possui rito ordinário, admitindo medida liminar. A sentença civil faz coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, se proposta pelo Ministério Público ou por ente público.

Dessa forma, as agências reguladoras podem figurar tanto no pólo passivo como no pólo ativo em uma ação civil pública.

8.3 Ação popular¹²⁶

Criada pela lei n. 4717, de 29 de junho de 1965, a *ação popular* é uma garantia constitucional (art. 5º, LXXIII, da CF) colocada à disposição de qualquer cidadão¹²⁷ a fim de anular ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, isentando¹²⁸ o autor das custas judiciais e ônus da sucumbência.

A finalidade da ação popular pode ser traduzida nos seus fins de prevenção ou repressão, visando impedir efeitos lesivos, anular o ato e responsabilizar patrimonialmente o causador do dano. Pode ser requerida liminar se houver intuito de suspender efeitos de ato atacado. As duas principais características¹²⁹ são o fato de que a sua titularidade cabe a qualquer cidadão e o de que este age na defesa do interesse público e não de interesse individual.

A ação popular visa obter do Judiciário um julgamento que trate limitadamente da legalidade do ato e lesividade ao patrimônio público e assuma fins preventivos ou repressivos da atividade administrativa lesiva ao patrimônio público ou ilegal.

Com algumas particularidades, essa ação tem prescrição em cinco anos e possui legitimidade ativa o cidadão, pessoa física de nacionalidade brasileira, no gozo dos direitos políticos¹³⁰, portanto, portador do título de eleitor. Nas ações populares o Ministério Público atua autonomamente, emitindo parecer requerendo a procedência ou não da ação. Como fiscal da lei, promove a fiscalização de forma a responsabilizar civil e/ou criminalmente se houver culpados. Pode, ainda, assumir a ação¹³¹ na hipótese de desistência do autor popular.

¹²⁶ A ação popular já existia no Direito Romano pela *actio popularis* onde qualquer do povo poderia fazer uso para defesa de interesses da coletividade (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 727).

¹²⁷ Sendo admitidos os litisconsortes e assistentes do autor, conforme art. 6º, § 5º, da Lei da Ação Popular.

¹²⁸ O autor apenas estará isento se não houver má-fé (art. 5º, LXXIII, da CF).

¹²⁹ Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 727).

¹³⁰ Assim, um cidadão de 16 anos, desde que possua título de eleitor poderá ajuizar esta ação ainda que não possua maioria civil para postular em juízo, conforme o arts. 8º e 37, parágrafo único, do CPC, pois a previsão constitucional está acima do código de processo civil.

¹³¹ Se houver interesse público.

8.4 Mandado de segurança individual e coletivo

Também conhecido por *writ* (ordem), o *mandado de segurança individual* (art. 5º, LXIX, da CF) é uma garantia constitucional que vigora em nosso ordenamento jurídico desde 1934 e tem o escopo de proteger direito líquido e certo que não seja amparado por *habeas corpus* nem *habeas data* e que esteja sob iminente ameaça de lesão, ou já lesado, por ato ou omissão de autoridade pública ou qualquer de seus agentes e de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Pode ser individual ou coletivo,¹³² quando for impetrado por sindicato, entidade de classe ou associação. O mandado de segurança individual só pode ser impetrado por quem o evoca no interesse de seus direitos e, portanto, não pode ser no direito de outrem, o que ensejaria ação popular ou ação civil pública e a regra é do cabimento contra ato de qualquer autoridade, exceto contra o que comporta recurso administrativo com efeito suspensivo,¹³³ independentemente de caução; contra decisão ou despacho judicial para o qual haja recurso processual ou que possa ser corrigido prontamente por via de correição; contra ato disciplinar, se praticado por autoridade incompetente. Tanto pessoa física quanto jurídica pode se utilizar desse remédio. As agências reguladoras tanto podem ser sujeito ativo quanto passivo no remédio processual. Algumas hipóteses para o cabimento do mandado de segurança em relação às agências reguladoras: a) enquanto sujeito ativo – seus diretores podem impetrar mandado de segurança contra ato de autoridade que tolher o desempenho de suas atribuições ou afrontar suas prerrogativas, ou até na possibilidade de extinção ou cassação do seu mandato; b) enquanto sujeito passivo: expedir um ato que ofenda direito líquido e certo e quando da cobrança de taxas em valores questionáveis. A ameaça a direito líquido e certo consiste em

¹³² Hely Lopes Meirelles (*Mandado de Segurança, Ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, argüição de descumprimento de preceito fundamental, o controle incidental de normas no direito brasileiro*. 26ª edição atualizada e complementada. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 57) ensina que “pelo mandado de segurança não se defende direito da coletividade, mas tão-somente – repetimos – direito subjetivo, ou coletivo individual. Para a proteção dos interesses da comunidade o remédio adequado é a ação popular constitucional, insubstituível pelo mandado de segurança (STF, Súmula n. 101), ou ação civil pública, ou mandado de injunção”.

¹³³ Deve-se observar que a parte não é obrigada a exaurir a via administrativa para somente após ingressar na via judiciária. Conforme Hely Lopes Meirelles in *Mandado De Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Controle Incidental de Normas no Direito Brasileiro*, 26. ed., atual. amp., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 42/43, “Está apenas, condicionando a impetração à operatividade ou exequibilidade do ato a ser impugnado perante o judiciário.” [...] “O efeito normal dos recursos administrativos é o devolutivo; o efeito suspensivo depende de norma expressa a respeito. Assim sendo, de todo ato para o qual não se indique o efeito do recurso hierárquico cabe mandado de segurança. Mas a lei admite, ainda, mandado de segurança contra ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo desde que exija caução para seu recebimento”.

comprovação que possa ser feita imediatamente e documentalmente, para que posteriormente seja submetido ao contraditório e à ampla defesa. Somente leis, decretos e atos de efeitos concretos são passíveis de mandado de segurança.

Geralmente o mandado de segurança é *repressivo*, diante de uma ilegalidade já cometida, mas nada impede ser também *preventivo*, quando da ameaça de direito líquido e certo.

Alguns detalhes¹³⁴ quanto ao mandado de segurança merecem lembrança: deverá ser interposto no prazo¹³⁵ de 120 dias a contar da ciência do ato que lesou direito líquido e certo; é competente para julgar o órgão designado constitucionalmente ou outras leis da organização judiciária; o Ministério Público¹³⁶ atua como fiscal da lei na emissão de parecer concedendo ou denegando o *mandamus*, geralmente se manifestando após a juntada de informações pela autoridade coatora; o impetrante pode requerer medida liminar sempre¹³⁷ que houver a conjugação dos requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Já o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, da CF) é instituto mais recente que o individual, sendo admitido no nosso ordenamento jurídico a partir da Constituição de 1988. Essa modalidade pode ser impetrada por partido político com representação no Congresso Nacional, por organização sindical, por entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há mais de um ano, no interesse de toda a categoria ou filiados que tenham direito ou prerrogativa a defender em juízo.

8.5 Ação de improbidade administrativa¹³⁸

Disciplinada pela Lei n. 8.429/92, a *ação de improbidade administrativa* prevê sanção aos agentes políticos¹³⁹ e terceiros que concorram para a prática de atos de

¹³⁴ Não comportaremos neste trabalho o estudo minucioso do Mandado de Segurança com a análise de aspectos como liminares, pedido de informações, peça inicial, execução, coisa, julgada, recursos e outras questões processuais.

¹³⁵ Este prazo de 120 dias é decadencial, portanto, não se suspende ou se interrompe após iniciado. Enquanto o ato não estiver apto a produzir efeitos não poderá ser impugnado judicialmente. Mesmo para o Mandado de Segurança preventivo, só poderá ser impetrado face um ato perfeito e acabado, exequível, mas ainda não executado.

¹³⁶ O Ministério Público tem o dever de manifestar-se sobre a impetração, podendo opinar sobre o cabimento da medida, carência, mérito, concessão e denegação da segurança.

¹³⁷ Observando sempre quais as hipóteses que admitem o pedido de liminar.

¹³⁸ A probidade administrativa remete-nos a idéia de honestidade. É nada mais justo para lidar com o interesse da população é ter Administradores que respeitem a sua função, o erário público e os cidadãos.

¹³⁹ Entendidos os agentes políticos como todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente, ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou

improbidade administrativa e nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional. Os arts. 9º, 10 e 11 da lei de improbidade administrativa prevêm os atos de improbidade.

O art. 11 é expresso: “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições [...]”.

No Brasil, o envolvimento de funcionários do alto escalão em sistematizados esquemas de tráfico de influência e pagamento de propinas criou clima de instabilidade institucional. É só verificar o descrédito que a população passou a ter em relação ao sistema aéreo brasileiro: não se tem confiança de que a agência incumbida efetivamente tenha exercido a sua função de fiscalização com os rigores da lei, deixando os cidadãos lançados à sua própria sorte nas relações com empresas reguladas que não tiveram efetivamente a regulação legal a que estão submetidas.

A nação chegou ao limite de sua tolerância, não sendo mais aceitáveis práticas administrativas de nepotismo, clientelismo, com total descaso aos princípios da moralidade e eficiência em relação patrimônio nacional e aos serviços públicos. Prova disso é a legislação de prevenção e repressão às práticas de improbidade administrativa, uma das mais avançadas do mundo, mas freqüentemente burlada. Essa lei, importante instrumento de tutela da moralidade administrativa, uma vez que deve punir rigorosamente os servidores ímprobos e impor gestão responsável dos recursos públicos, tem sua eficácia dependente da eficiência dos órgãos de controle da Administração Pública.

A improbidade não se restringe meramente à obediência a uma imposição normativa. É também uma questão moral. O funcionário ímprobo trai o dever de lealdade ao Estado em troca de vantagens e as acumula à custa do erário, usando e abusando do cargo ou função para a satisfação de seus interesses pessoais.

Hely Lopes Meirelles¹⁴⁰ observa que

Embora haja quem defenda a responsabilidade civil objetiva dos agentes públicos em matéria de ação de improbidade administrativa, parece-nos que o mais

vínculo, mandato, cargo, emprego ou função na Administração direta, indireta, fundacional ou de qualquer dos Poderes, de empresas incorporadas ao patrimônio público ou entidade cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50%. Neste tipo de ação, devemos ressaltar que alguns agentes políticos gozam de prerrogativas especiais que o protegem no exercício do mandato. São, por exemplo, os parlamentares, Senadores e Deputados Federais e Estaduais e os diretores de agências reguladoras.

¹⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, argüição de descumprimento de preceito fundamental, o controle incidental de normas no direito brasileiro*. 26. ed. atual. e compl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 210-211.

acertado é reconhecer a responsabilidade apenas na modalidade subjetiva. Nem sempre um ato ilegal será um ato ímprobo. Um agente público eventualmente incompetente, atabalhado ou negligente não é necessariamente um corrupto ou desonesto. O ato ilegal, para ser caracterizado como ato de improbidade, há de ser doloso ou, pelo menos, de culpa gravíssima.

Por muito tempo a doutrina considerou apenas o enriquecimento ilícito como única expressão da improbidade administrativa. No entanto, foi a partir da década de 1990 que a lei de improbidade administrativa trouxe um novo contorno conceitual ao enriquecimento ilícito e outras figuras foram desvendadas, pressupondo o desrespeito aos deveres de imparcialidade e de lealdade.

Muitos desses atos podem corresponder a crimes, como tal tipificados na legislação penal, e/ou como infrações administrativas. É parte legítima para propor a ação de improbidade administrativa, além do Ministério Público, a própria pessoa jurídica lesada e União, Estado, Município ou pessoa da Administração Direta ou Indireta. Também há possibilidade de representação ao Ministério Público para intervir (art. 7º). A ação de improbidade administrativa é regida também pela Lei n. 7.347/85, que dispõe sobre a ação civil pública, tendo legitimidade ativa o Ministério Público ou a pessoa jurídica interessada na propositura da ação.

Há previsão legal no tocante a algumas agências reguladoras no caso de falta de probidade nos atos de sua administração e, sendo assim, sujeitando a diretoria a essa ação, como o que vem disposto no art. 12 da Lei n. 9.782/99 (Anvisa) e art. 10, § 2º, da Lei n. 9.984/2000 (ANS).

A Lei da Improbidade Administrativa é de suma importância, pois os dirigentes das agências reguladoras estarão sujeitos à responsabilidade nela prevista. Ela pune o desvio de conduta de seus dirigentes, quer seja uma administração corrupta quer marcada pela ineficiência da máquina estatal, podendo justificar quebra do sigilo bancário e telefônico e o afastamento do cargo. No caso das agências reguladoras, devemos atentar ao fato de que o prazo prescricional contra atos da improbidade administrativas é quinquenal após o término do mandato de cargo em comissão ou função de confiança, como os que são exercidos por seus diretores.

8.6 Mandado de injunção¹⁴¹

Outra forma de exercício do controle pode ser realizada pelo *mandado de injunção*. O art. 5º, LXXI, prevê a concessão de mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Podemos citar como pressupostos para o seu cabimento a existência de direito constitucional relacionado a liberdade, nacionalidade, soberania ou cidadania e a falta de norma regulamentadora que impeça ou prejudique o exercício desses direitos.

Na prática, o impetrante que tem um direito e não sabe como exercê-lo por não estar regulamentado em lei ingressa judicialmente solicitando ao juízo que determine o *modo facienda* desse exercício. Assim, o judiciário estabelece, naquele caso concreto, como deve ser exercido o direito e notifica o poder competente para a produção da norma. O que não é competência do judiciário é proferir sentença normativa ou expedir determinação ao Legislativo para que elabore a lei. Fica restrito às partes envolvidas: ao impetrante, que tem um direito a exercer, e ao órgão que deveria ter editado a norma e ainda não o fez.

Importante para este estudo é que a norma regulamentadora pode ser de natureza regulamentar ou legal, bem como ser de competência de qualquer autoridade, independentemente do órgão ou pessoa a que se vincule, inclusive da Administração Indireta,¹⁴² portanto também as agências reguladoras e seus diretores.

9 O CONTROLE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO¹⁴³

Se os próprios cidadãos podem, pelo direito de representação, intervir em caso de ilegalidade e abuso de poder nas agências reguladoras, quanto mais o Ministério Público¹⁴⁴,

¹⁴¹ O instituto possui algumas controvérsias desde a sua origem quanto ao objeto. De qualquer forma, não trataremos destas questões, apenas faremos menção ao instituto e a sua finalidade, mostrando a aplicabilidade no campo de atuação do tema desta dissertação.

¹⁴² Conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 707).

¹⁴³ O Ministério Público, instituição originada em 1302, na França, atuava como procurador ou representante do poder real. No Brasil, a figura foi prevista na Constituição de 1891, sendo hoje contemplado na Constituição de 1988 como instituição permanente e essencial a função jurisdicional do Estado.

¹⁴⁴ Art. 127 da CF.

uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, a quem fica incumbida à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O Ministério Público no Brasil assume uma função bastante diversa da exercida em outros países. Isso se justifica pelo fato de o país ter saído de um regime de exceção em que o Executivo se sobrepunha ao Estado Democrático de Direito com a suspensão das normas constitucionais e a adoção de instrumentos ditatoriais, como os Atos Institucionais com violação dos princípios jurídicos da democracia. Com o retorno ao Estado democrático de direito, a Constituição Federal promulgada dotou o Ministério Público de autonomia e garantias para ser totalmente desvinculado do Executivo e se incumbir-se da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. E concedeu a essa instituição vários instrumentos para fazer valer a expressão “defensor do povo”.

Há quem diga¹⁴⁵ que a figura do Ministério Público é parecida com a do instituto do *ombudsman*, de tradição europeia. No entanto, há também o posicionamento, como Hugo Nigro Mazzilli, de que o Ministério Público dispensa a similitude, pois além do poder de investigação tem também o direito de ação.

O Ministério Público, assim, por força da própria CF,¹⁴⁶ é uma instituição que não sofre interferência e não se sujeitando à influência do Poder Executivo.

É dessa forma que o Ministério Público, munido de instrumentos como a ação popular, onde atua acompanhando e promovendo a responsabilidade civil ou criminal, e da ação civil pública, torna efetivo o controle que exerce, verificando a garantia dos direitos constitucionalmente assegurados. Por essas vias, os atos defeituosos poderão ser questionados judicialmente, bem como, independentemente da via judicial, pode o Ministério Público instaurar inquérito civil público para colheita de provas e informações quanto ao desempenho das funções próprias das agências reguladoras, a fim de tomar as medidas que forem necessárias para regular desempenho dessas autarquias especiais. Dessa sorte, procuremos dar o enfoque necessário quanto ao uso desses instrumentos quando aplicados às agências reguladoras, sem nos aprofundarmos em seus outros aspectos.

¹⁴⁵ Assim caminha José Geraldo Brito Filomeno (Ministério público como guardião da cidadania. In: *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 134, sob a coordenação de Antonio Augusto Mello de Camargo.

¹⁴⁶ Faz-se necessário inserir esta ressalva, pois o Procurador-Geral, chefe da instituição, é nomeado pelo Presidente da República após aprovação do Senado Federal. Em grau estadual, é escolhido pelo Governador do Estado por lista tríplice elaborada pelos membros da instituição.

9.1 Inquérito civil público

O inquérito civil público, verdadeiro *instrumento de cidadania*,¹⁴⁷ foi concebido originariamente como procedimento de investigação e atribuição do Ministério Público na Lei da Ação Civil Pública.

Não se confunde com o inquérito policial, e é presidido por membro do Ministério Público que pode adotar as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis.

Com a vantagem de determinar diligências de investigação e compromisso com o resultado de uma possível demanda, seu objetivo é a investigação da materialidade de fatos potencialmente ou efetivamente lesivos a direitos transindividuais e até a direitos individuais indisponíveis cuja defesa seja atribuição do Ministério Público, identificando os responsáveis pela sua prática.

A figura do *inquérito civil público* é um dos instrumentos adequados e eficientes para apurar eventuais infrações dos poderes e órgãos públicos aos seus deveres e aos direitos constitucionalmente assegurados.¹⁴⁸

Devido à sua natureza investigativa, não é obrigatório se houver subsídios suficientes para já ingressar com uma ação civil pública, ação de improbidade administrativa ou outras ações.

Pelos motivos expostos, não há contraditório e não há possibilidade de aplicação de sanção aos investigados. Também se caracteriza pelo formalismo moderado, embora deva tudo ser reduzido a termo.

A instauração desse procedimento pelo Ministério Público ocorre a partir da representação de qualquer pessoa, seja de direito público ou privado, associação, ou de ofício, e a sociedade tem também relevante participação na provocação dos inquéritos civis. Se após todo o procedimento não se vislumbrar elementos para cabimento de alguma medida, seja no âmbito judicial ou extrajudicial, o Ministério Público requer o seu arquivamento.

¹⁴⁷ Conforme Antônio Augusto Mello de Camargo em artigo “Inquérito civil público: dez anos de um instrumento de cidadania”, publicado em Ação civil pública (Lei 7347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação). Coordenação de Edis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 62-69.

¹⁴⁸ Inquérito civil: dez anos de um instrumento de cidadania in Ação Civil Pública, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 64, coordenação Edis Milaré.

9.2 Compromisso ou termo de ajustamento de conduta

Com o fim de dotar de eficácia de título executivo extrajudicial a transação entre partes capazes e seus direitos disponíveis, concebeu-se o compromisso de ajustamento de conduta, também conhecido por *termo de ajustamento de conduta*.

Previsto pela Lei Federal n. 7.347/85, art. 5º, § 6º, e redação dada pelo art. 113 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), surge o instituto compromisso de ajustamento de conduta. Na forma do *compromisso de ajuste de conduta* haverá composição de um litígio, sem haver transações: o que se dá é um ajuste consensual, em que o responsável por atividade danosa a terceiros assume uma obrigação, seja ela de fazer, permitir, não fazer, dar, dentre outras. O Ministério Público atuará preservando e restaurando a legalidade e satisfazendo direitos e interesses da parte lesada.

Outras normas específicas também contemplaram o compromisso de ajustamento de conduta, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8069/90), na lei que trata da infração à ordem econômica (Lei n. 9.605/98) e também pela Medida Provisória que contempla o Sistema Nacional de Meio Ambiente (MP n. 1949-28, de 26 de outubro de 2000).

Esse termo de ajustamento de conduta assume a função de título executivo extrajudicial e sua eficácia está diretamente ligada à homologação do órgão revisor, o Conselho Superior do Ministério Público.

No entendimento de Geisa de Assis Rodrigues:¹⁴⁹

No ajuste se reconhece a iminência ou a existência de um fato determinado, que pode ser um agir ou uma omissão, o qual possa causar violação a um direito transindividual. Por meio dele se realiza um pacto com o responsável pelo fato, de forma a se evitar o dano ou a repará-lo integralmente. Embora o ajuste de conduta seja firmado por órgãos públicos, é um instrumento de composição de deveres e obrigações resultantes eminentemente de responsabilidade civil. [...] o que se quer evidenciar é que no ajuste de conduta o obrigado assume o cumprimento de obrigações para afastar a incidência do que se convencionou chamar de responsabilidade civil e não administrativa.

Um aspecto¹⁵⁰ interessante quanto ao ajustamento de conduta diz respeito a sua natureza jurídica: será um ato ou negócio jurídico ou será uma hipótese de transação? Há divergência na doutrina. Uma parte, composta por Paulo Cezar Pinheiros Carneiro e

¹⁴⁹ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 110.

¹⁵⁰ Apenas consignaremos as duas grandes posições sobre o assunto que não poderá ser estendida no presente estudo sob pena de desvirtuar o enfoque que se quer dar ao controle das agências reguladoras.

Carvalho Pinto, afirma que é um ato jurídico de reconhecimento da violação ou ameaça de violação de um direito transindividual e, para Hindemburgo Chateaubriand Filho e Francisco Sampaio, seria hipótese de negócio jurídico, havendo a possibilidade de criação de direitos e, em ambos os casos, porque devido à natureza indisponível do direito em questão, o conteúdo não poderia ser reduzido ou limitado, o que não admitira transação. Entretanto, para a maioria da doutrina, a figura do ajustamento de conduta configura uma transação limitada à forma de se cumprir o dever jurídico.¹⁵¹

Todos têm legitimidade para figurar como obrigado no ajustamento de conduta: pessoas físicas, jurídicas, de direito público ou privado. O compromissário será o responsável pela prevenção do ilícito ou reparação do dano, devendo sempre haver a delimitação da ação ou omissão, da dimensão do dano existente ou mesmo se potencialmente, demonstrando as obrigações que serão pactuadas de modo a atender a defesa do direito em questão. É meio de privilegiar a tutela preventiva de direitos. Isso é possível quando se trata de agências reguladoras. Embora seja muito utilizado não como forma de controle da atuação desses entes, mas entre concessionários e prestadores de serviços, enfim aos regulados pelas agências. Alguns exemplos: termo de ajustamento de conduta firmado entre Anatel com Brasil Telecom, Telefônica e Telemar para estabelecimento de postos de atendimento ao consumidor; termo de ajustamento de conduta firmado entre Agência Nacional de Saúde e Unimed Sul do Pará Cooperativa de Trabalho Médico.

10 O CONTROLE SOCIAL

O *controle social* representa a participação direta da sociedade na vigilância das atividades estatais. Já era observada nas antigas formas do Estado, mas ampliou-se a sua esfera de atuação na atualidade, haja vista a menor confiabilidade dos governantes e a maior facilidade que o mundo moderno permite do exercício dessa ação direta e da averiguação em tempo real dos atos administrativos e governamentais e a tomada de atitudes preventivas e

¹⁵¹ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 141-147.

corretivas mais eficientes e positivas.¹⁵² Essa forma de controle é possibilitada por meios de denúncias e representações às mais variadas instâncias de controle, seja ele interno, externo, pelo Ministério Público etc.

A vantagem do sistema de controle social é despertar a população para uma realidade da situação do serviço público e comunhão de esforços para a sua melhoria, que não encontra barreiras orçamentárias, de autonomia ou quantitativa de pessoal, para poder atuar na preservação do interesse público por meio do exercício da cidadania.

O controle social padece, no caso brasileiro, da própria ignorância da população, na ausência de tradição de exigência do respeito aos direitos do cidadão e até no comodismo ou na descrença nos resultados dessa participação na defesa dos direitos. E, quem não defende os seus direitos, certamente acaba por não merecê-los. Também há de se deixar claro que o sistema processual brasileiro é carente de normas, o que Paulo Roberto Ferreira Motta¹⁵³ chama de Código Processual de Defesa dos Usuários e Prestadores de Serviços Públicos, capazes de estabelecer ritos e desenvolvimento adequado de acordo com as agências reguladoras. Exemplos disso são as audiências públicas que, apesar de serem uma iniciativa interessante de exercício direto da cidadania, não possuem normas que definam a efetivação do que nelas for tratado. Mas, ainda há muito a ser feito no campo do controle social da atuação das agências reguladoras.

Paulo Roberto Ferreira Motta¹⁵⁴ afirma que esse tipo de controle é o mais efetivo e eficaz “eis que diretamente exercido pela cidadania, com custos relativamente baixos, geralmente suportados pela própria sociedade, notadamente no trabalho investigatório que vem sendo procedido pelos meios de comunicação social”.

Algumas afirmações de Fernando Herren Aguillar sobre o tema merecem destaque:

[...] A participação popular é uma espécie do gênero controle social. [...] O controle social pleno e absoluto é a negação da capacidade do Estado de interferir nas questões de interesse da sociedade. A sociedade exerce, por suas próprias formas, o controle pleno das ações sociais. Ao contrário, a falta de controle social permite um domínio regulatório absoluto do Estado das atividades sociais. [...] Em poucas linhas, a participação popular teria o mérito de aproximar a prestação dos serviços públicos das exigências acima relatadas. Ela pode tornar flexível a aplicação das normas que regem a concessão, posto que são os usuários dos serviços aqueles que mais conhecimento detém acerca das deficiências de sua prática. E pode substituir tanto a falta de motivação do Estado quanto o conflito

¹⁵² Valho-me de um exemplo muito prático e funcional: A Anatel possui no seu *site* (<http://www.anatel.gov.br>) um sistema de auto-atendimento para registrar e acompanhar reclamações, denúncias, pedidos de informação, sugestões e elogios. O acesso ao sistema é feito mediante cadastramento do usuário que deverá informar o número do protocolo do atendimento realizado anteriormente pela empresa prestadora dos serviços.

¹⁵³ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri: Manole, 2003. p. 135.

¹⁵⁴ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri: Manole, 2003. p. 134.

de interesses dos concessionários, pelo zelo dos que constituem os maiores beneficiários do bom andamento dos serviços. É importante ressaltar que o controle social exercido através da participação popular deve ter espaço institucional para que cumpra seus objetivos. Trata-se de uma participação popular albergada pelo aparelho jurídico estatal e não meramente a manifestação espontânea dos interesses da população. É preciso organizar, institucionalizar espaços de veiculação de interesses. E isso somente é possível fazer amparando-se através do direito.¹⁵⁵

11 O CONTROLE MINISTERIAL

O *Controle Ministerial* vem definido no Dec.-lei n. 200/67, em seu art. 26, sob a utilização da expressão *supervisão ministerial*. Vale já assegurar que apesar de ser exercido como uma tutela ou supervisão sobre as agências reguladoras – aqui especificadas, pois são entes da administração indireta – isso não quer dizer que possam se transformar em instrumento inibidores da *independência* dessas autarquias especiais, sob pena de sua descaracterização e perda de objetivo, por meio da subordinação hierárquica.

Para conhecer como é feito o controle pelo Ministério com o qual a agência participa da mesma área de atuação, precisamos entender a função do Ministro de Estado. Esse nada mais é que um auxiliar do Presidente da República, que pode nomeá-lo ou demiti-lo livremente. Há, entretanto, alguns requisitos que precisam ser obedecidos para essa nomeação: ser brasileiro (nato ou naturalizado), estar no gozo dos direitos políticos e ter mais de 21 anos.

O Ministro tem por função as elencadas no art. 87, parágrafo único, da CF: exercer a orientação, coordenação e supervisão de órgãos e entidades da administração federal, referendando atos presidenciais, expedindo instruções para a boa execução das leis, decretos e regulamentos, expedir relatórios ao Presidente da República e praticar atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas por este. Tem ainda por objetivo, conforme elencado no art. 25 do Dec.-lei n. 200/67: assegurar a observância da legislação federal; promover a execução dos programas do Governo; coordenar as atividades dos órgãos supervisionados e harmonizar sua atuação com a dos demais Ministérios; avaliar o comportamento administrativo dos órgãos supervisionados e diligenciar no sentido de que estejam confiados a dirigentes capacitados; proteger a administração dos órgãos supervisionados contra interferências e pressões ilegítimas; fortalecer o sistema do mérito;

¹⁵⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 292-294.

fiscalizar a aplicação e utilização de dinheiros, valores e bens públicos; acompanhar os custos globais dos programas setoriais do Governo, a fim de alcançar uma prestação econômica de serviços; fornecer ao órgão próprio do Ministério da Fazenda os elementos necessários à prestação de contas do exercício financeiro; transmitir ao Tribunal de Contas, sem prejuízo da fiscalização deste, informes relativos à administração financeira e patrimonial dos órgãos do Ministério.

Também o art. 26 do mesmo Decreto traz, mais especificamente, o que será assegurado pelo Ministério no tocante a Administração Indireta e, aqui, às agências reguladoras: a realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade; a harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade; a eficiência administrativa. Essa supervisão é exercida mediante a adoção de algumas medidas, além de outras que possam vir dispostas em regulamentos: indicação ou nomeação pelo Ministro ou, se for o caso, eleição dos dirigentes da entidade, conforme sua natureza jurídica; designação, pelo Ministro, dos representantes do Governo Federal nas Assembléias Gerais e órgãos de administração ou controle da entidade; recebimento sistemático de relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações que permitam ao Ministro acompanhar as atividades da entidade e a execução do orçamento-programa e da programação financeira aprovados pelo Governo; aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da entidade, no caso de autarquia; aprovação de contas, relatórios e balanços, diretamente ou por meio dos representantes ministeriais nas Assembléias e órgãos de administração ou controle; fixação, em níveis compatíveis com os critérios de operação econômica, das despesas de pessoal e de administração; fixação de critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas; realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade; intervenção, por motivo de interesse público.

Na melhor definição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:¹⁵⁶

Cada ministro, portanto, é a cabeça de um dos grandes blocos em que se divide a administração pública.

Cumpre-nos ressaltar que não existe relação de hierarquia entre as agências reguladoras e os Ministérios. O que se chama de controle é a supervisão ministerial. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello:¹⁵⁷

¹⁵⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 231.

Desde que as autarquias são pessoas jurídicas distintas do Estado, o Ministro supervisor não é autoridade de alçada para conhecer de recursos contra seus atos, pois inexistente relação hierárquica entre este e aquelas, mas apenas os vínculos de controle legalmente previstos.

A atuação ministerial não tem por escopo diminuir a autonomia das agências reguladoras, mas apenas a manutenção do disposto na Constituição Federal, no Dec.-lei n. 200/67 e em qualquer outra disposição regulamentar.

12 AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO ESTRANGEIRO

O Direito Internacional contempla também a constituição e a forma de atuação das agências reguladoras. O Brasil adota modelo semelhante ao norte-americano, adaptado às nossas peculiaridades, sem deixar de absorver o que vem codificado em outros países. Em síntese, passamos a discorrer sobre o enfoque das agências reguladoras à luz do direito dos Estados Unidos da América do Norte, da República Argentina e da Espanha.

Muito embora o conceito de agência reguladora adotado não seja o mesmo nos diferentes países onde esse instituto recebe guarida, como Estados Unidos da América, Brasil e Argentina, onde recebem a denominação de Agências ou, como preferem os europeus, Administrações Independentes, o funcionamento assume algumas particularidades e similitudes.

Nos Estados Unidos, por exemplo, são exteriores aos serviços públicos e têm como função implementar políticas públicas. Na França, onde são denominadas “autoridades administrativas independentes”, são órgãos ou comissões, destituídos de personalidade jurídica, com intuito de estabelecer regras dentre os atores econômicos. Na Argentina, assim como no Brasil, são entes reguladores, entidades autárquicas, sendo, portanto, descentralizações jurídicas do Estado. Nos Estados Unidos há órgãos chamados “agencies” que não são órgãos de controle, fiscalização ou regulação, mas apenas de prestação de serviços. Outro aspecto importante entre as agências norte-americanas é que são agências executivas e não editam normas jurídicas.

¹⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 149.

Iniciaremos, assim, o estudo de três países (Estados Unidos, Espanha e Argentina). Justificamos a importância desse estudo: nosso modelo de agências reguladoras foi “importado” do modelo norte-americano; o modelo europeu de “administração independente” e direito europeu como um todo contribuíram com nosso Direito Administrativo; e o modelo adotado pela Argentina é bastante similar ao nosso, além de a Argentina integrar, assim como o Brasil, um bloco econômico importante, o Mercosul.

12.1 Estados Unidos da América

É impossível falar em agências reguladoras brasileiras sem abordar a sua concepção nos Estados Unidos. Devemos lembrar que o modelo brasileiro, não obstante ter procurado reproduzir o sistema norte-americano, possui peculiaridades até mesmo em função de a realidade do Estado brasileiro ser diferente da norte-americano, desde a sua origem e formação histórica, tradições e fundamentos jurídicos distintos de cada uma destas sociedades.

Nos Estados Unidos o governo federal tem poder bastante limitado, sendo considerado assunto nacional apenas o que transcender a administração Estadual. Cada Estado-membro é autônomo, inclusive legalmente, para adotar as leis que considerar necessárias, tendo a Constituição apenas princípios gerais, valorizando a flexibilidade e formação jurisprudencial do Direito.

Agência é toda autoridade do governo, esteja ou não submetida à revisão por outra agência, com exclusão do Congresso, dos órgãos do Poder Judiciário e dos governos dos territórios, conforme consta no *Administrative Procedure Act*, de 1946. Ainda, O *Administrative Procedure Act* (APA), norma infraconstitucional, determinou que agência é a autoridade do governo federal distinta do Legislativo e do Judiciário, ou seja, que não faz parte da tripartição de poderes e que todos os órgãos do governo fora dessa tripartição fariam parte deste universo regulador.

As agências reguladoras norte-americanas surgiram com força na década de 1930, após o colapso da Bolsa de Nova Iorque, como mecanismos flexíveis de regulação a reequilibrar alguns setores da economia americana sem ferir o princípio da autonomia entre os Poderes, embora as primeiras agências no Direito americano remontem aos anos de 1839 e

1844, criadas para regular o transporte ferroviário, e a instituição da primeira agência reguladora, a *Interstate Commerce Commission*, data de 1887.

Como órgãos independentes, têm por função implementar políticas, concebendo diretrizes gerais em áreas de competência restrita e regulando a ação de particulares, garantindo a livre-concorrência e estabelecendo limites para a concentração de mercado. Processualmente, respondem ao Tribunal Federal e às leis federais no tocante à área específica de atuação de cada agência.

Como nos Estados Unidos as atividades econômicas sempre permaneceram nas mãos de particulares houve a necessidade da regulação de atividades que eram de interesse da coletividade, conhecidos como *business affected with a public interest*.

Conrado Hübner Mendes¹⁵⁸ ensina que a história das agências reguladoras nos Estados Unidos passou por quatro fases: a primeira, com a criação da *Interstate Commerce Commission* e a *Federal Trade Commission*, destinadas a controlar condutas anticoncorrenciais das empresas e corporações monopolistas; a segunda fase deu-se entre os anos de 1930 e 1945, quando a economia americana, sofrendo forte crise, teve a intervenção liderada pelo Presidente Roosevelt, suprimindo princípios básicos do liberalismo e concedendo ampla autonomia às agências administrativas. O controle judicial dos atos administrativos das agências norte-americanas era realizado pela fixação de preços, autoridade sobre a alocação de recursos e custos dos serviços e o Congresso, a partir de 1935, exercia um duplo controle sobre os regulamentos emitidos pela agência: um prévio, para que essa espécie normativa respeitasse os fins consagrados em lei; e um posterior, que impedisse a força do regulamento. A terceira fase, entre 1945 e 1965, teve marca expressiva com a edição do *Administrative Procedural Act*, que teve por missão uniformizar as decisões das agências, e a quarta fase deu-se entre 1965 e 1985, quando o sistema regulatório sofreu com o desvirtuamento da finalidade da regulação e houve grande influência das agências reguladoras pelos órgãos regulados.

A partir de então, o modelo passou a ser redesenhado, de modo a consolidar um modelo independente mas com atuação de controles externos que garantam essa independência. Uma das medidas foi tomada em 1996, com a promulgação do *Congressional Review Act* (CRA), o que possibilitou a revisão e desaprovação das regras emanadas pelas agências federais, submetendo-as ao controle tanto do Congresso norte-americano quanto do *Comptroller General*. Já no governo Clinton, a Ordem Executiva n. 12.886/93 (*Regulatory Planing and Review*) criou procedimentos obrigatórios para as agências, no sentido de que,

¹⁵⁸ Reforma do estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 120.

antes de iniciarem seus procedimentos regulatórios, uma comunicação da sua intenção de operacionalização deveria ser encaminhada a um órgão do governo, denominada de *Regulatory Working Group*.

Alguns aspectos diferentes do nosso modelo merecem destaque: um deles é o fato de as agências serem criadas pelo Poder Legislativo, que lhes outorga o poder normativo, diferentemente do que ocorre no Brasil; o outro, trata da função reguladora das agências norte-americanas. Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁵⁹

A função reguladora das agências norte-americanas só pode ser exercida se expressamente delegada pelo Poder Legislativo. No exercício dessa função, a agência não se limita a exercer o poder regulamentar, tal como entendido no direito brasileiro, no sentido de baixar normas para a fiel execução da lei; nos Estados Unidos as leis se limitam a estabelecer os parâmetros genéricos contidos na lei. Por outras palavras, a função de regular é mais ampla do que a de regulamentar porque abrange o poder de baixar normas inovadoras na ordem jurídica.

É nesse contexto que a função reguladora das agências norte-americanas se desenvolve: criando normas gerais e abstratas, de caráter inovador, no ordenamento jurídico; entretanto, hoje a atuação é amplamente controlada pelos tribunais, que examinam procedimento, motivação, razoabilidade e proporcionalidade do ato.

12.2 Espanha

Na Europa, as agências reguladoras recebem a denominação de *administrações independentes* ou *comissões*, como são conhecidas na Espanha, sendo as mais significativas a CNE (Comissão Nacional de Energia) e a CMT (Comissão do Mercado de Telecomunicações), e a matéria é regulada tanto pela legislação espanhola quanto pela União Européia.

As comissões espanholas, assim como no Brasil, surgiram na década de 1990. A CNE foi criada em 1998 pelo Decreto Real n. 1339/1999, com o objetivo de zelar pela competência efetiva dos sistemas energéticos, objetividade e transparência no funcionamento e benefícios a todas as partes envolvidas, inclusive os consumidores.

¹⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.144.

Possuem personalidade jurídica e patrimônio próprios e sujeitam-se ao disposto na Lei n. 30/1992 que dispõe do regime jurídico das administrações públicas e procedimento administrativo comum.

Anualmente, as *comissões* elaboram um projeto que é submetido a um Ministério que leva para a apreciação do governo e, posteriormente, às cortes gerais. O controle das agências reguladoras espanholas é feito, financeiramente, pela Intervenção Geral da Administração do Estado e pelo Tribunal de Contas.

As *comissões espanholas* são vinculadas a um Ministério. No caso da CNE, era inicialmente vinculada ao Ministério da Economia e atualmente ao Ministério da Indústria, Turismo e Comércio, que exerce controle sobre a eficácia da atividade desempenhada pela agência.

Possuem um controle interno denominado *revisão de ofício*, disposto no art. 102 da Lei n. 30/92, com redação dada pela Lei n. 4/1999, e dispõem de revisão a qualquer tempo, seja por iniciativa própria ou pela parte interessada, pelo Conselho de Estado, órgão consultivo equivalente à Comunidade Autônoma.

Prevêm, ainda, no âmbito administrativo, recursos administrativos de alçada e recurso potestativo de reposição. O recurso de alçada é interposto perante o órgão hierárquico superior, enquanto o recurso potestativo de reposição é interposto ao mesmo órgão administrativo do ato.

12.3 Argentina

As agências reguladoras da Argentina, denominadas “entes reguladores”, foram criadas a partir da década de 1990 por leis do Congresso Nacional com decretos do Poder Executivo Nacional e passaram a um status diferenciado dos Ministérios e de outros entes dependentes do Poder Executivo Nacional.

O modelo argentino é bastante parecido com o modelo brasileiro de agências reguladoras: também se reveste da forma autárquica, vinculada a um Ministério e possui contratos de gestão. Sua criação foi motivada pela desestatização iniciada em 1989 em que o Estado deixa de ser empresário para assumir o desempenho de políticas e regulação de atividades essenciais e efetuar seu controle. Esses entes reguladores foram criados após as privatizações e, conseqüentemente, não foram pensados antes da reforma do Estado mas sim

depois, o que implicou um sistema não uniforme de controle. Na Argentina, ente é órgão, diferentemente do Brasil onde ente é pessoa jurídica pública.¹⁶⁰

A onda de privatização iniciada na Argentina também teve por escopo possibilitar a reversão de um quadro de escassez e baixa qualidade de serviços. Também trouxe o problema da iniciativa fiscalizatória por parte do Estado para possibilitar o controle dos entes regulados e das empresas concessionárias em prol dos interesses dos usuários e também evitar os monopólios.

Dotados de independência, os *entes reguladores* também procuram manter-se distantes de questões políticas com a finalidade de não se vincular, politicamente a um governo.

Os entes reguladores são criados por lei específica e possuem três missões: 1) regulatória: ditando normas a que devem submeter-se os sujeitos envolvidos nos serviços; 2) administrativa: controlando a prestação dos serviços; 3) judicial: devido a alguns entes terem capacidade para resolução de conflitos dentro da matéria regulada.

Geralmente, atuam na esfera federal e nisso também possuem semelhança ao nosso ordenamento. Nem sempre aparecerão sob a designação “ente regulador”, como é o caso da Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC), Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT), Ente Nacional de Obras Hídricas de Saneamiento (ENOHSA), Ente Nacional Regulador del Gas (Enargas), Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA) e Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE).

Embora o nosso sistema seja de inafastabilidade da apreciação pelo judiciário, o modelo de agências reguladoras argentino ora prevê que as questões controversas poderão ser submetidas ao judiciário sem antes serem submetidas ao ente regulador, como dispõe a Lei n. 24.065/92 do Ente Nacional Regulador de Eletricidade em seu art. 72, ora prevê a obrigatoriedade da provocação do ente regulador antes de adentrar a esfera judicial, como a Enargas, que prevê essa disposição em seu art. 66, Lei n. 24.076 e Dec. n. 885/92.

Os entes reguladores sofrem controle, assim como as agências reguladoras brasileiras. No caso argentino, são feitas auditorias pelo Congresso Nacional. Há duas vias para que o controle seja exercido: pela *Comisión Bicameral de Seguimiento de la Reforma del Estado y las Privatizaciones* ou pela *Auditoria General de la Nación (AGN)*.

¹⁶⁰ A designação *ente* pela Argentina designa os órgãos reguladores. Para Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 64), entidade “é pessoa jurídica pública ou privada”, diferente de órgão, que é “elemento despersonalizado incumbido da realização das atividades da entidade a que pertence, através dos seus agentes”.

O modelo argentino de agências reguladoras também dispõe de algumas formas de controle similares ao modelo brasileiro: possuem o *controlé administrativo*, que tratará da efetiva aplicação da lei de procedimentos administrativos em relação ao ente regulador com os particulares e a Administração Pública; o *controlé judicial*, que é a forma da parte interessada recorrer de qualquer resolução emitida pelo ente regulador à Câmara Nacional de Apelações no Contencioso Administrativo Federal; e o chamado *controlé de gestão*, que é uma forma de controle externo que agirá por um órgão interno feito por “*sindicatura general de la nación*”, órgão de controle interno do Poder Executivo, e pela “*auditoría general de la nación*”, ente de controle externo do setor público nacional e dependente do Congresso Nacional.

Conta, ainda, com uma forma de controle denominada *defensoria do povo*, que assume delineamento diferente das defensorias públicas brasileiras e se assemelha ao nosso Ministério Público. A defensoria do povo age de ofício ou a pedido da parte interessada, realizando investigações com a finalidade de esclarecer ações ou omissões em nível nacional que possam implicar exercício ilegítimo, irregular, abusivo ou defeituoso de um direito, principalmente no tocante àqueles capazes de afetar interesses difusos e coletivos.

No caso do ENRE, dispõe que as suas resoluções podem ser submetidas a um controle de legalidade previsto no recurso de alçada que é dirigido à Secretaria de Energia.

V CONCLUSÃO

Diante da exposição feita ao longo deste trabalho é visível a importância das agências reguladoras no Brasil e a imprescindibilidade da fiscalização que exercem sobre os serviços prestados à população.

As agências reguladoras, sem dúvida, submetem-se sempre a algum tipo de controle específico, que tem um delineamento muito mais denso e profundo que o até hoje estudado. Encontrar o equilíbrio no controle das agências, sem ferir a sua autonomia e independência é a procura da razoabilidade. A dificuldade, às vezes, está na própria dualidade das definições e por se encontrarem em outros focos próximos, não o controle, propriamente dito, mas em questões como o poder normativo, regulação e regulamentação.

É certo que o controle sobre a atuação das agências reguladoras precisa ser aprimorado, melhor utilizado, pois temos no nosso ordenamento jurídico-administrativo e social meios de manter um controle mais efetivo, procurando alcançar maior transparência da ação estatal. E proteger os cidadãos para que não se tornem simples contribuintes, bons pagadores de tributos e carentes uma relação justa entre o custo/benefício desses pagamentos e os serviços prestados pelo Estado.

Não há como pensar que a Administração criará um ente capaz de, ao mesmo tempo, fiscalizar os serviços e o deixar agir livremente. Verificamos a atuação do Tribunal de Contas da União, de extrema relevância não apenas nas atividades-meio como também nas atividades-fim das agências reguladoras. A atividade do Poder Judiciário – que não poderá limitar-se a um controle exclusivo formalista da legalidade do ato administrativo emanado como também atingir o juízo da proporcionalidade, verificando a obediência aos requisitos de adequação-necessidade em função da finalidade da regulação bem como o controle da

discricionariedade técnica que, muitas vezes, pode ensejar o risco do juiz exercer juízo de conveniência sobre o trabalho técnico do regulador e, com o tempo, reduzir a efetividade regulatória por constante sujeição de suas decisões ao controle judicial – enfim, das três esferas do poder atuando na fiscalização das agências reguladoras e devido à multiplicidade de formas pelas quais se exerce o controle também são diversos os agentes investidos nesta função.

O que se conclui, diante da garantia de independência das agências reguladoras, é a inadmissibilidade de determinados exercícios de controle hierárquico pelo Poder Executivo devido à tendência de se transformar o órgão regulador em mero veículo de intervenção governamental no setor regulado, o que comprometeria a autonomia e independência das agências reguladoras. Evidentemente há algumas formas de controle possíveis pelos órgãos centrais do Executivo como por provocação do Congresso com a finalidade de sustar atos normativos que possam exorbitar os *standards* delegados ao regulador ou por provocação da via judiciária

Outro aspecto importante que pode ser extraído de todo o exposto é a importância que o Poder Legislativo desempenha no controle das agências reguladoras, principalmente na questão da atividade normativa e na finalidade da regulação desempenhada.

A regulação e o controle exercido sobre as agências reguladoras deverão ter a finalidade de harmonizar todos os pólos da regulação e ter, cada vez mais, apoio da sociedade – tanto que o controle social sempre é possível, pois cabe à sociedade exercer o controle direta ou indiretamente, seja com a participação em consultas públicas ou ativamente nas ouvidorias. Temos a certeza de que, com um pouco de boa vontade geral, a percepção da importância da atividade regulatória e do controle de sua atuação será bem melhor futuramente, e o modelo adotado em nosso ordenamento jurídico poderá ser aperfeiçoado de modo a atender às necessidades da Administração visando o interesse público e o bem-estar da nação.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1994.

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

ANJOS, Luís Henrique Martins dos; ANJOS, Walter Jones dos. *Manual de direito administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARBARÁ, Jorge Edmundo; NALLINO, María Alejandra. El Estado post privatizador: De la decisión general a la decisión especializada. *Revista jurídica argentina La Ley*, Buenos Aires, p. 1030-1037. 1996.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Lei complementar: teoria e comentários*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

BIANCHI, Alberto B. La responsabilidad de los entes reguladores y de sus directores: apuntes sobre la falta u omisión en la actividad de control. *Revista jurídica argentina La Ley*, Buenos Aires, p. 534-549. 2000.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

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

CAL, Arianne Brito Rodrigues. *As agências reguladoras no direito brasileiro*. São Paulo: Renovar, 2003.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Agências de regulação no ordenamento jurídico-econômico brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARBONELL, Eloísa; MUGA, José Luís. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Madrid: Marcial Pons, 1996.

CASSAGNE, Juan Carlos Reflexiones sobre la regulación económica y el servicio público. *El Derecho, jurisprudencia general*, Buenos Aires, n. 161, p. 857-861. 1995.

CITADINI, Antonio Roque. *O controle externo da administração pública*. São Paulo: Max Limonad, 1995.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa no poder executivo no estado contemporâneo e na constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

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

DADAM, Luzia Nunes. *Ação popular: controle jurisdicional e razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

DIMOULIS, Dimitri (Coord.). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. _____. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

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

DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*. 2. ed. Paris: Librairie Fontemoing, 1923. v. 2.

FERREIRA, D'Andréa. *O controle da administração pública pelo poder judiciário: direito aplicado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. _____. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2.

_____. *Do processo legislativo*. 5. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

FIGUEIREDO, Marcelo. *As agências reguladoras: o estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. (Coord.). *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli. *A regulação do serviço público concedido*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

FURTADO, Luisa Elisabeth Timbo Correa. *Ação popular: mecanismo de controle dos atos da administração pública pelo cidadão*. São Paulo: LTr, 1997.

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

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Tribunais de contas: aspectos controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

HERRERO, Mariano Magide. *Limites constitucionales de las administraciones independientes*. Madri: INAP, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Desafios do século XXI*. Revisão de Janice Yunes Perim. São Paulo: Pioneira/Academia Internacional de Direito e Economia, 1997.

MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

MATA, Ismael. *Los entes reguladores de los servicios públicos: el derecho administrativo argentino, hoy*. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración, 1996.

MAURANO, Adriana. *A função normativa das agências reguladoras no Brasil e o princípio de legalidade*. São Paulo: Scortecci, 2006.

MAZZA, Alexandre. *Agências reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *Controle administrativo das autarquias*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. _____. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 2.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências reguladoras e o direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo/Montesquieu: Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri: Manole, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional, atualizada até 10.04.2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Percival de. *A competência legislativa da união e dos estados no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1950.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Delegação e avocação administrativas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RIBEIRO, Renato Jorge Brown. *Controle externo da administração pública federal no Brasil: o Tribunal de Contas da União: uma análise jurídico-administrativa*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

RODRIGUEZ, Andres. *Las administraciones independientes: un reto para el estado social y democrático de derecho*. Madrid: Tecnos, 1994.

SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Paulo Márcio da. *Ação civil pública e inquérito civil*. 1999. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. rev. e ampl. de acordo com a nova constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SOUSA, José Pedro Galvão de. *A historicidade do direito e a elaboração legislativa*. São Paulo: Franciscana, 1970.

SOUSA, Leomar Barros Amorim de. *A produção normativa do poder executivo: medidas provisórias, leis delegadas e regulamentos*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

SOUTO, Marcos Jurena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.

TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003.

REVISTAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 167, p. 293-309, jul./set. 2005. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_167/R167-18.pdf>. Acesso em: 4 set. 2007.

_____. As agências reguladoras independentes: algumas desmistificações à luz do direito comparado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 39, n. 155, p. 293-317, jul./set. 2002. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_155/R155-17.pdf>. Acesso em: 4 set. 2007.

CAVALCANTI, Temístocles Brandão. O tribunal de contas da união, órgão constitucional: funções próprias e funções delegadas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 109, p. 98, 1972.

CRETILLA JÚNIOR, José, A função jurisdicional do Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 93, p. 430. 1998.

FRANCISCO, José Carlos. Agência reguladora: atividade normativa. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 11, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, ano 8, n. 35, nov./dez. 2000.

MODESTO, Paulo. Agências executivas: a organização administrativa entre o casuísmo e a padronização. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 228, p. 75-84, 2002.

_____. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. *Interesse Público*, v. 1, p. 31-46, jan./mar. 1999.

MESQUITA, Álvaro Augusto Pereira. O papel e o funcionamento das agências reguladoras no contexto do estado brasileiro: problemas e soluções. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 166, p. 23-39, abr./jun. 2005. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_166/R166-02.pdf>. Acesso em: 4 set. 2007.

PERIN, Jair José. A intervenção do estado no domínio econômico e as funções das agências de regulamentação no atual contexto brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 40, n. 159, p. 145-160, jul./set. 2005. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_159/RIL159-11.pdf>. Acesso em: 4 set. 2007.

SILVA, Leandro Novais. Regulação, concorrência e o setor bancário: reflexões. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 40, n. 158, p. 171-193, abr./jun. 2003. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_158/RIL158-08.pdf>. Acesso em: 4 set. 2007.

SOARES, José Ribamar Barreiros. O controle externo da administração pública pelas comissões parlamentares de inquérito no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 171, p. 265-276, jul./set. 2006. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_171/R171-18.pdf>. Acesso em: 4 set. 2007.

SOUZA, Luciano Brandão Alves de. Apreciações sobre o controle externo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 171, p. 259-264, jul./set. 2006. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_171/R171-17.pdf>. Acesso em: 4 set. 2007.

ÍNDICE DE ASSUNTOS

- Ação civil pública 111, 113-114, 117-121, 124, 126-127
- Ação popular 74, 111, 113-114, 117-118, 120-121, 126, 130-131
- Administração indireta 17, 25, 65, 75, 78, 80, 82, 84, 86-87, 98, 105-106, 108, 125, 131-132
- ANA 52, 63, 89, 95
- Anac 57, 59, 95-96, 100, 108-109
- Anatel 37, 45, 60, 64, 68-69, 88, 96-97, 100, 129-130
- Ancine 38
- Aneel 37, 43-44, 59, 65, 68-69, 89, 93-94, 96, 100
- ANP 46, 68-69, 89, 96, 100, 107
- ANS 50, 65-66, 88, 90, 124
- Anvisa 27, 47, 79, 63, 65-66, 68, 90, 94, 99-100, 124
- Argentina 133-134, 137-138
- Autarquia especial 30, 34-36, 100, 104
- Autonomia 13-14, 19-20, 28-30, 32-36, 35-36, 41-42, 62, 65-73, 88, 95, 97-98, 100, 126, 130, 133-135, 140-141
- CADE 30, 46, 89
- Comissão parlamentar de inquérito 108-109
- Compromisso de ajustamento de conduta 128
- Constituição Federal 16, 21, 24, 26, 28, 36, 38, 40, 75, 84-85, 105-106, 108, 110, 114-116, 118, 126, 133
- Domínio econômico 15-16, 20, 22, 29, 69
- Espanha 82, 133-134, 136

Estado regulador 13, 18-20, 71

Estados Unidos da América 32, 82, 133-136

Habeas data 111, 115-118, 121, 123

Improbidade administrativa 99, 111, 119, 122-124, 127

Independência 13-14, 28-29, 32, 35, 45, 61, 65-67, 71, 89, 97, 113, 131, 138, 140-141

Inquérito civil público 126-127

Intervenção do Estado 15, 29, 41

Judiciário 41, 49, 61, 64, 72, 74-75, 77, 82, 86, 91-92, 103-104, 106, 109-115, 119-121, 125-134, 138, 140

Lei específica 13, 17, 29-30, 32-33, 36-37, 138

Lei unidisciplinar 42

Mandado de injunção 111, 118, 121, 123, 125

Mandado de segurança 111, 113-114, 116-118, 212-223

Mercosul 46, 134

Ministério público 41, 59, 73, 85, 97, 101, 103-104, 109-110, 113, 116, 118-120, 122, 124-128, 130, 139

Princípio da legalidade 27, 38-41, 62, 69, 71, 83

Recursos administrativos 83-85, 89, 121, 137

Regulação 13, 19, 20, 24-26, 28-29, 31, 33, 41-43, 46, 50-51, 63, 67, 69, 72, 75, 93, 97-98, 123, 133-135, 137, 140-141

Regulamentação 13, 24-26, 28, 30-31, 43, 47, 51, 119, 140

Serviço público 13, 19, 21-23, 31, 44, 71, 130

ÍNDICE DE AUTORES

- AGUILLAR, Fernando Herren 130-131
- ANJOS, Luís Henrique Martins dos 40
- ARAGÃO, Alexandre Santos de 26, 72, 75, 77, 88-89,97-98
- BARROSO, Luis Roberto 19, 64, 102
- BOBBIO, Norberto 16
- BRUNA, Sérgio Varella 98, 111
- CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas 31, 126-127
- CANOTILHO, J. J. Gomes 26, 62, 110
- CAVALCANTI, Temístocles Brandão 104
- CITADINI, Antonio Roque 103-105
- CLÈVE, Clèmerson Merlin 25, 116
- CRETELLA JÚNIOR, José 22, 26, 104
- CUÉLLAR, Leila 41, 88
- DIMOULIS, Dimitri 39, 66
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella 19, 22, 25, 27, 35, 74, 81, 85, 89, 101, 113, 117, 120, 125,
136
- DUGUIT, Leon 21, 23
- FERREIRA, D'Andréa 49, 74, 110, 114
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves 38, 108, 132
- FERREIRA, Pinto 15
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle 17, 23, 63, 87
- FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli 31

FRANCISCO, José Carlos 39, 66
FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio 32
GASPARINI, Diógenes 28
GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel 104
GRAU, Eros Roberto 27, 29
JUSTEN FILHO, Marçal 75, 97, 109
MARQUES NETO, Floriano de Azevedo 42, 66-67, 69-115
MASAGÃO, Mário 26, 43
MAURANO, Adriana 43
MAZZA, Alexandre 26, 33
MEDAUAR, Odete 21,39, 71-72, 75-76, 78-80, 83, 86-87, 91-92, 95, 97, 103, 107, 112, 118
MEIRELLES, Hely Lopes 22, 76, 78, 91, 118, 121, 123, 138
MELLO, Celso Antonio Bandeira de 22-23, 34-35, 85, 104, 113, 132-133
MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de 33
MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa 20
MODESTO, Paulo 18, 36
MORAES, Alexandre de 19, 69, 98, 102, 114
MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo 20, 28, 39, 100, 112
MOREIRA, Vital 41
MOTTA, Paulo Roberto Ferreira 32-33, 39-43, 61-65, 72, 130
OLIVEIRA, Régis Fernandes de 17
PERIN, Jair José 29
RIBEIRO, Renato Jorge Brown 74, 82, 100-101, 103, 106
SALOMÃO FILHO, Calixto 25, 29
SILVA, José Afonso da 38, 103, 114-116
SOUTO, Marcos Jurena Villela 89
SUNDFELD, Carlos Ari 27, 63, 98, 135
TÁCITO, Caio 26, 78
TAVARES, André Ramos 22