Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 6 – maio/junho/julho de 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

AS AGÊNCIAS REGULADORAS

Profa. Dinorá Adelaide Musetti Grotti

Doutora e Mestre pela PUC/SP, Professora de Direito Administrativo da PUC/SP, Ex-Procuradora do Município de São Paulo

1. O novo perfil do Estado e da Administração Pública; 2. Origem das Agências Reguladoras; 3. O surgimento e o crescimento das Agências Reguladoras no Brasil; 4. A estrutura jurídica das agências reguladoras; 4.1 Autonomia político-administrativa; 5. Poder normativo das Agências; 6. Processo administrativo; 7. Controle social; 8. Controles legislativo e jurisdicional; 9. Formas alternativas de solução dos conflitos; 10. Considerações finais

1. O NOVO PERFIL DO ESTADO E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na quadra final do século passado, operou-se uma transformação nas concepções dominantes quanto ao papel do Estado. Esta nova visão adota a descentralização como estratégia; impõe redução das suas dimensões, envolvendo as questões de privatização, terceirização e publicização; a recuperação da sua capacidade financeira e administrativa; a necessidade de fortalecimento de sua função reguladora, fiscalizadora e fomentadora; e o desmonte do Estado prestador, produtor, interventor e protecionista; o aumento da governabilidade.

No direito brasileiro a idéia de privatização, tomada no seu sentido amplo, abrange todas as medidas tomadas com o fim de diminuir a presença do Estado, compreendendo: a) a desmonopolização de atividades econômicas; b) a concessão de serviços públicos, com a devolução da qualidade de concessionário à empresa privada e não mais à empresa estatal; c) a terceirização, mediante a qual a Administração Pública busca a parceria com o setor privado, através de acordos de variados tipos; d) a desregulação, com a diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico; e) a desestatização ou desnacionalização, com a

venda de empresas estatais ao setor privado[1].

O regime de exploração dos serviços públicos admite a exploração em regime privado, por meio de autorizações, não mais apenas pelas clássicas concessões; introduzindo-se a gradativa competição entre prestadores, por diversos mecanismos, sujeitando-se tanto a regimes de regulação como às regras nacionais de defesa da concorrência.

Redefinindo o papel do Estado, fez-se necessário redefinir também o papel da Administração Pública, adotando oito princípios básicos como estratégias predominantes: desburocratização, com a finalidade de dinamizar e simplificar o funcionamento da Administração, descentralização, transparência, *accountability,* ética, profissionalismo, competitividade e enfoque no cidadão. No plano da cidadania, propagam-se os direitos difusos, caracterizados pela pluralidade indeterminada de seus titulares e pela indivisibilidade de seu objeto, neles se incluindo a proteção ao consumidor.

O momento consenso-negociação entre poder público e particulares, mesmo informal, ganha relevo no processo de identificação e definição de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. O estabelecimento dos primeiros deixa de ser monopólio do Estado, para prolongar-se num espaço do público não-estatal, acarretando com isso uma proliferação dos chamados entes intermediários. Há um refluxo da imperatividade e uma ascensão da consensualidade; há uma redução da imposição unilateral e autoritária de decisões para valorizar a participação dos administrados quanto à formação da conduta administrativa. A Administração passa a assumir o papel de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Disto decorre uma nova maneira de agir focada sobre o ato como atividade aberta à colaboração dos indivíduos[2].

Quer-se a flexibilização dos rígidos modos de atuação da Administração Pública. E, para esse fim, é proposta a substituição de seu modelo burocrático, no qual "*a norma, a finalidade, o meio e a impessoalidade objetiva dominam sua conduta*"[3], para gerencial, ou seja, de uma Administração Pública autoritária, verticalizada e hierarquizada, para outra mais democratizada, com prevalência da eficiência e indicadores objetivos e mensuráveis de gestão, dando maior ênfase ao resultado do que ao processo. Objetiva também o atendimento do cidadão-usuário, ou cidadão-cliente; a descentralização instrumentalizada, através das agências executivas, reguladoras e organizações sociais controladas por indicadores de desempenho, através dos contratos de gestão.

As metas da reforma administrativa no Brasil, aliás, não isentas de críticas, perfilham os mesmos objetivos traçados pela Administração Pública em vários países: maior eficiência no desempenho das atividades da Administração, maior agilidade e capacidade gerencial; maior legitimidade e transparência; maior

[1] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas.* 4. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2002. p. 17-18.

[2] MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução.* São Paulo: RT, 1992. p. 202.

[3] WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. Ciudad del México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 1061-1062.

aproximação com a sociedade, seja através da proposição de formas de colaboração, ou parceria, seja através da instituição de novos mecanismos de controle social.

Nesse contexto de desestatização, o Estado brasileiro redimensionou sua atuação como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174 CF), voltando-se para a criação de agências reguladoras e para um novo modelo de regulação para a competição.

2. ORIGEM DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A existência de órgãos autônomos, dentro da estrutura administrativa, encontra precedentes no plano do direito comparado.

Na Inglaterra, a partir de 1834, floresceram entes autônomos, criados pelo Parlamento para concretizar medidas previstas em lei e para decidir controvérsias resultantes desses textos; a cada lei que disciplinasse um assunto de relevo, criava-se um ente para aplicar a lei. Os Estados Unidos sofreram influência inglesa e, a partir de 1887, tem início a proliferação de *agencies* para regulação de atividades, imposição de deveres na matéria e aplicação de sanções. Na França, as Autoridades Administrativas Independentes, embora sem personalidade jurídica e sujeitas à fiscalização do Conselho do Estado, marcam também um propósito de neutralidade política.

Conrado Hübner Mendes destaca que a história das agências reguladoras nos Estados Unidos passou por quatro fases principais. O nascimento desse modelo de regulação deu-se em 1887, quando se verificou a necessidade de se conferir uma resposta reguladora às disputas que estavam a ocorrer entre as empresas de transporte ferroviário que procuravam obter o lucro máximo nas tarifas que livremente estipulavam, e os fazendeiros do Oeste, que atuaram como grupo de pressão sobre as Assembléias estaduais, obtendo que fossem reguladas, legislativamente, as tarifas ferroviárias e o preço de armazenagem de cereais.

“Nesse ano, criou-se então a ICC – *Interstate Commerce Comission* e, um pouco mais tarde, a FTC – *Federal Trade Comission*, destinadas a controlar condutas anticompetitivas de empresas e corporações monopolistas.

Numa segunda fase, localizada entre os anos 1930 e 1945, a economia norte-americana, abalada por uma forte crise, foi socorrida por uma irrupção de inúmeras agências administrativas que, como parte da política do *New Deal,* liderada pelo Presidente Roosevelt, intervieram fortemente na economia. Tal intervenção, suprimindo os princípios básicos do Liberalismo e conferindo ampla autonomia a tais agências administrativas, foi motivo de um início de debate constitucional-jurisprudencial substancioso.

O terceiro momento, entre 1945 e 1965, foi marcado pela edição de uma lei geral de procedimento administrativo (APA – *Administrative Procedural Act*), que trouxe uma uniformidade no processo de tomada de decisões pelas agências,

conferindo-lhes maior legitimidade.

Entre os anos de 1965-1985 defrontou-se o sistema regulatório americano com um problema que desvirtuou as finalidades da regulação desvinculada do poder político: a captura das agências reguladoras pelos agentes econômicos regulados. Explique-se: os agentes privados, com seu colossal poder econômico e grande poder de influência, diante de entes reguladores que dispunham de completa autonomia perante o poder político, não encontraram dificuldades para implantar um mecanismo de pressão que acabasse por quase que determinar o conteúdo da regulação que iriam sofrer. Os maiores prejudicados, por conseqüência, foram os consumidores.

Finalmente, em 1985, num processo que continua até os dias de hoje, o modelo começou a se redefinir para que se consolide um modelo regulatório independente, mas com os controles externos adequados para garantir essa independência"[4].

Em cada um desses momentos, aspectos relevantes como a extensão do controle judicial e da delegação de poderes normativos às agências oscilaram na interpretação jurisprudencial da Suprema Corte.

3. O SURGIMENTO E O CRESCIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

Em sentido amplo, no direito brasileiro, "agência reguladora" é "qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta"[5].

A idéia de regulação não é nova ou totalmente desconhecida no direito brasileiro. De longa data existe uma série de órgãos e entidades reguladoras, embora sem a denominação de agências, tais como o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café – IBC (1923), o Instituto do Álcool e do Açúcar – IAA (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Sal (1940), o Instituto Nacional do Pinho (1941)[6].

Por influência do direito alienígena, precipuamente do direito norte-americano[7], a partir da segunda metade da década de noventa são criadas as

---

[4] Reforma do Estado e Agências Reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 120-121.

[5] DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 402.

[6] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado. O papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, n. 3, p. 253-257, maio 2001.

[7] Nos Estados Unidos a receita adotada para reduzir o tamanho do Estado foi a desregulação. Falar-se em "desregulação" na doutrina norte-americana como sendo a tendência da postura estatal relativamente aos "serviços de utilidade pública" significa tratar da introdução da competição nesses serviços, eliminando-se a parte da regulação que, tendo sido criada para controlar os monopólios (controle das tarifas, p. ex.), passou a ser apontada como a principal responsável pela manutenção deles. Mas essa "desregulação" não suprime, antes supõe, a intervenção estatal via "regulação", só que agora com outras técnicas e novos objetivos, todos coerentes com o projeto de eliminação dos monopólios. (SUNDFELD, Carlos Ari. A

agências setoriais de regulação, dotadas de autonomia e especialização, com a natureza jurídica de autarquias com regime especial[8], vinculadas a uma particular concepção político-ideológica, que visa impedir influências políticas sobre a regulação e disciplina de certas atividades administrativas[9].

Administração Pública na era do Direito Global. In; SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coords). *Direito Global*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 161, nota 7).

[8] A expressão autarquia especial foi empregada, pela primeira vez, na Lei nº 5.540, de 28-11-68 (art. 15), para ressaltar o fato da universidade pública apresentar um grau de autonomia administrativa superior àquele reconhecido às demais entidades autárquicas.

[9] No plano federal foram criadas as seguintes:

Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) – Lei n. 9.427, de 26-12-96, alterada pelas Leis n$^{os.}$ 9.648 e 9.649, ambas de 27-05-98, 9.986, de 18-07-00 e 10.438, de 26-04-02; Decreto n. 2.335/97, alterado pelo Decreto 4.111/02. Vinculada ao Ministério de Minas e Energia, foi instituída com a finalidade de regular e fiscalizar a produção, a transmissão, a distribuição e a comercialização de energia elétrica em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal;

Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) – Lei n. 9.472, de 16-07-97, modificada pela Lei n. 9.986, de 18-07-00; Decreto n. 2.338/97, alterado pelos Decretos 2.853/98, 3.873/01, 3.986/01 e 4.037/01. Vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações;

Agência Nacional do Petróleo (ANP) – Lei n. 9.478, de 06-08-97, alterada pelas Leis n^{os} 9.986, de 18-07-00, 9.990, de 21-07-00, 10.202, de 20-02-01 e 10.453, de 13-05-02; Decreto n. 2.455/98, alterado pelos Decretos 2.496/98, 3.388/00 e 3.968/01. Vinculada ao Ministério de Minas e Energia, como órgão regulador da indústria do petróleo;

Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA – dantes denominada ANVS) – Lei n. 9.782, de 26-01-99, alterada pela Lei n. 9.986, de 18-07-00 e pela MP n. 2.190-34, de 23-08-01; Decreto n. 3.029/99, alterado pelos Decretos 3.571/00 e 4.220/02. Vinculada ao Ministério da Saúde, com a finalidade institucional de 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;

Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) – Lei n. 9.961, de 28-01-00, alterada pela Lei n. 9.986, de 18-07-00 e pela MP n. 2.177-44, de 24-08-01; Decreto n. 3.327/00. Vinculada ao Ministério da Saúde, com a finalidade de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores;

Agência Nacional de Águas (ANA)– Lei n. 9.984, de 17-07-00, alterada pela MP n. 2.216, de 31-08-01; Decreto n. 3.692/00. Vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, como entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;

Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)– Lei n. 10.233, de 05-06-01, alterada pelas Leis n^{os} 10.470/02, 10.561, de 13-11-02 e 10.683, de 28-05-03 e pela MP n. 2.217-03, de 04-09-01; Decreto n. 4.130/02. Vinculada ao Ministério dos Transportes, destinada à regulação do transporte ferroviário de passageiros e carga e exploração da infra-estrutura ferroviária; dos transportes rodoviário interestadual e internacional de passageiros, rodoviário de cargas, multimodal; e do transporte de cargas especiais e perigosas em rodovias e ferrovias;

Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) – Lei n. 10.233, de 05-06-01, alterada pelas Leis n^{os} 10.470/02, 10.561, de 13-11-02 e 10.683, de 28-05-03 e pela MP n. 2.217-03, de 04-09-01; Decreto n. 4.122/02. Vinculada ao Ministério dos Transportes, com o fim de regular os transportes de: navegação fluvial, travessia, apoio marítimo, apoio portuário, cabotagem e longo curso. Também visa a regular os portos organizados, os terminais portuários privativos, o transporte aquaviário de cargas especiais e perigosas;

Agência Nacional do Cinema (ANCINE)– MP n. 2.228-1, de 06-09-01, com a redação dada pela Lei n. 10.454/02; Decreto 4.121/02, alterado pelo Decreto n. 4.330/02. Vinculada nos primeiros doze meses, a partir de 05-09-01 à Casa Civil da Presidência da República (prorrogados por 06 meses por força do Decreto 4.283/02) e a contar daí ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Visa ao fomento, regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica.

Há uma autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, cujas funções são de índole equivalente às das agências reguladoras, mas que não recebeu a denominação de agência. É a Comissão de Valores Mobiliários – Lei n. 10.411, de 26-02-02; Decreto 4.300/02, alterado pelo Decreto 4.537/02.

Há outras autarquias, que também são denominadas "agências", mas não se constituem em "autarquias especiais", quais sejam:

Agência Espacial Brasileira (AEB) – Lei n. 8.854, de 10-02-94, alterada pela MP 2.216-37, de 31-08-

A instituição desses entes não ficou limitada ao campo dos serviços

---

01. Decreto n. 3.566/00, revogado pelo Decreto n. 4.718/03. Autarquia federal , com natureza civil, vinculada à Presidência da República, com a finalidade de promover o desenvolvimento das atividades espaciais de interesse nacional. Responde de modo direto ao Presidente da República. É dotada de autonomia administrativa e financeira;

Agência de Desenvolvimento da Amazônia (ADA) – MP n. 2.157-5, de 24-08-01; Decreto n. 4.125, de 13-02-02, revogado pelo Decreto n. 4.652/03. Autarquia vinculada ao Ministério da Integração Nacional, com o objetivo de implementar políticas e viabilizar instrumentos de desenvolvimento da Amazônia;

Agência de Desenvolvimento do Nordeste(ADENE)– MP n. 2.156-5, de 24-08-01; Decreto n. 4.126, de 13-02-02, revogado pelo Decreto n. 4.654/03. Autarquia vinculada ao Ministério da Integração Nacional, com o objetivo de implementar políticas e viabilizar instrumentos de desenvolvimento do Nordeste.

Há ainda um órgão, portanto unidade da Administração direta e não uma autarquia, que recebeu o nome de "agência": a Agência Brasileira de Inteligência – ABIN, criada pela Lei nº 9.883, de 07-12-99, alterada pela MP n. 2.216-37, de 31-08-01; Decreto n. 4.376/02.

Há ainda uma autarquia, não autarquia especial, cujos conselheiros e procurador geral têm mandato, exerce funções judicantes, cujas decisões não se submetem a revisão hierárquica, mas que não foi instituído como agência: CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, criado pela Lei n. 4.137, de 10-09-62, que passou a se constituir em autarquia federal pela Lei n. 8.884, de 11-06-94 e alterações posteriores, vinculada ao Ministério da Justiça.

Nos Estados, surgiram várias agências multisetoriais (sem especialização) para regular as atividades dos concessionários dos respectivos serviços estatais ou para exercer poder delegado pela União na fiscalização de serviços elétricos:

Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS, criada pela Lei Estadual n. 10.931, de 09-01-97, posteriormente alterada pela Lei n. 11.292, de 23-12-98;

Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE (Lei Estadual n. 12.786, de 30-12-97);

Agência Estadual de Serviços Públicos do Estado do Espírito Santo – AGESP (Lei Estadual n. 5.721, de 19-08-98);

Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Mato Grosso – AGER/MT (Lei n. 7.101, de 14-01-99, alterada pela Lei Complementar n. 66, de 22-12-99);

Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Minas Gerais – ARSEMG (Lei Estadual n. 12.999, de 31-07-98);

Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP-RJ (Lei Estadual n. 2.686, de 13-02-97);

Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Rio Grande do Norte – ARSEP-RN (Lei Estadual n. 7.463, de 02-03-99, revogada pela Lei n. 7.758, de 09-12-99);

Agência Catarinense de Regulação e Controle – SC/ARCO (Lei Estadual n. 11.355, de 18-01-00);

Agência Reguladora de Serviços Concedidos do Estado de Sergipe – ASES (Lei Estadual n. 3.973/98);

Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Alagoas – ARSAL (Lei Estadual n. 6.267, de 20-09-01);

Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Mato Grosso do Sul – AGEPAN (MS) (Lei Estadual n 2.363, de 19-12-01;

Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos – AGR (Lei Estadual n. 13.550, de 11-11-99);

Agência Estadual de Regulação e Controle de Serviços Públicos (PA) – ARCON (Lei Estadual n. 6.099, de 30-12-97).

Em alguns Estados foram instituídas agências setoriais: Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transporte e Comunicação da Bahia – AGERBA (Lei Estadual n. 7.314, de 19-05-98); Comissão de Serviços Públicos de Energia do Estado de São Paulo – CSPE, criada pela Lei Complementar n. 833, de 17-10-97 e a ARTESP – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo, criada pela Lei Complementar n. 914, de 14-01-02; Agência Estadual de Energia da Paraíba – AGEEL Lei Estadual n. 7.120, de 28-06-02; Agência de Água Irrigação e Saneamento (PB) – AAGISA (Leis Estadual n. 7.033, de 29-11-01).

No âmbito municipal, por exemplo, tem-se conhecimento da criação da Agência Municipal de Regulação dos serviços de Saneamento de Cachoeiro de Itapemirim – AGERSA, criada pela Lei Municipal n. 4.798, de 14-07-99.

privatizados. Algumas das atividades disciplinadas e controladas pelas Agências são serviços públicos propriamente ditos (caso da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT – e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ). Outras são atividades econômicas no sentido estrito (como a Agência Nacional de Petróleo – ANP). Outras são atividades que, quando o Estado protagoniza, serão serviços públicos, mas que, também são facultadas aos particulares, hipóteses em que serão atividades econômicas. É o que ocorre com os serviços de saúde, que os particulares executam no exercício da livre iniciativa, sob disciplina e controle da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVS (hoje denominada ANVISA), e da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Algumas são atividades de fomento de setores culturais e fiscalização de atividade privada, que é o que sucede com a Agência Nacional do Cinema – ANCINE. Há, ainda, agência reguladora do uso de bem público, que é o que ocorre com a Agência Nacional de Águas – ANA[10].

As únicas que têm base constitucional são a ANATEL (art. 21, XI), e a ANP (art. 177, § 2º, III); os dispositivos constitucionais utilizam a expressão órgão regulador e não o vocábulo "agência". As demais decorrem apenas de uma decisão do legislador não estando inviabilizada a possibilidade de criação de órgãos reguladores em outros setores de atividades[11].

4. A ESTRUTURA JURÍDICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

O legislador optou por enquadrar as agências reguladoras no gênero autarquia, pessoa jurídica de direito público, tendo em conta as funções coercitivas que exercem e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF[12].

Sendo autarquias, não constituem um novo modelo organizacional dentro da Administração Pública Brasileira; subordinam-se às normas constitucionais impostas a esse tipo de entidade pelo art. 37, e outros da Lei Magna. Deve-se, pois, verificar o que há de peculiar no regime das agências reguladoras em confronto com a generalidade das autarquias.

---

[10] Observa Paulo Modesto que é visível hoje a perda de referenciais mínimos na criação de agências reguladoras, pois, foram "criadas, com a denominação de agências reguladoras, autarquias que não regulam atividades econômicas nem agentes delegados do Estado, mas que são ocupadas com o fomento de setores culturais ou atividades livres à iniciativa privada e, quando muito, são titulares de restritos poderes de polícia administrativa, com evidente prejuízo para a clareza dogmática do instituto. Aponta como exemplos dessa "perversão" do conceito de "agência reguladora" a ANVISA e a ANCINE" (Agências Executivas: organização administrativa entre o casuísmo e a padronização. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 6, p. 8, nota n. 10, setembro de 2001).

[11] Nessa linha V. Marçal Justen Filho. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 394.

[12] O STF, em decisão recente, considerou que a natureza da personalidade jurídica é fundamental para que um ente possa exercer poderes de autoridade pública. Assim é que, no julgamento da liminar sobre a transformação dos Conselhos Profissionais em pessoas jurídicas de direito privado, operada pelo art. 58 da lei Federal n. 9.649/98, na ADIN nº 1717-6, foi considerada inconstitucional, "mediante a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da C.F., a delegação, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que tange ao exercício de atividades profissionais".

Essas figuras envolvem o exercício de um amplo poder normativo (o poder de ditar normas, com a mesma força de lei e com base em parâmetros, conceitos indeterminados, padrões abstratos e genéricos – *standards* nela contidos), outorgado pelos diversos diplomas legais que as têm instituído, cumulado com o fiscalizatório, o sancionatório, o de dirimir conflitos de interesses entre agentes econômicos regulados, entre tais agentes e a própria agência, ou mesmo entre tais agentes e usuários etc.; e desenvolvem uma tripla regulação: a 'regulação dos monopólios', visando atenuar o efeito das forças de mercado, através de controles de preços e da qualidade do serviço; a 'regulação para a competição', a fim de criar condições para existência e manutenção da concorrência e a 'regulação social', objetivando à universalização dos serviços, que agora obedece a uma certa tendência à eliminação dos subsídios cruzados. Por fim, a circunstância de agirem sem subordinação ao Executivo (daí a "independência", expressão certamente exagerada, sendo melhor falar-se em autonomia)[13]. Com isso, busca-se assegurar uma regulação imparcial, decisões mais técnicas, dotadas de maior proteção contra as ingerências meramente políticas, que poderiam prejudicar o funcionamento ideal de um modelo competitivo. São exigências dos investidores internacionais, para dar credibilidade às políticas estatais de privatização da exploração dos serviços públicos e segurança a investidores estrangeiros, atraindo-os para a compra de ativos estatais.

As agências reguladoras estão sendo criadas por leis esparsas (art. 37, XIX da Constituição Federal) e só podem ser extintas por esse meio pelo princípio do paralelismo das formas; não seguem um modelo comum no tocante à estrutura, competência e demais característicos.

O regime especial vem definido pelas respectivas leis instituidoras das entidades, o que demanda investigar, em cada caso, o regime jurídico objetivamente dado. Verifica-se, porém, que elas apresentam algumas semelhanças, nada impedindo que venham a adotar modelos de estruturação diversos posteriormente.

Diante dos poderes de largo alcance conferidos às agências reguladoras, costuma-se afirmar que essas entidades gozam de certa margem de independência em relação aos três Poderes de Estado: poderes quase-judiciais, quase-legislativos, e quase-regulamentares.

A questão pertinente à autonomia das agências precisa ser analisada em termos compatíveis com o regime constitucional brasileiro.

---

[13] Em termos ortodoxos, autonomia expressa a capacidade de editar direito próprio, dar ou reconhecer as normas de sua própria ação, prerrogativa exclusiva de entidades dotadas de poder político. Neste sentido, as autarquias, como entidades de capacidade exclusivamente administrativa, não são autônomas. Mas a expressão autonomia também é empregada no sentido de auto-administração, de esfera de atuação independente, de prerrogativa administrativa de solver, em última instância, questões na intimidade de uma entidade em relação a outras de igual ou diferente natureza. Autonomia, neste sentido, é conceito que conhece graus de realização, conforme a entidade de administração indireta sujeite-se a controles mais ou menos amplos por parte da Administração Direta e possua, conseqüentemente, maior ou menor raio de ação independente de determinações administrativas exteriores. É nesta segunda acepção, igualmente legítima, usual em textos normativos (v.g., CF, arts 37, § 8º; 99, *caput*; 127, § 2º; 207, *caput*; 217, I, entre outras), que a palavra autonomia será empregada neste trabalho e pode ser referida no tratamento das autarquias.

Anota Celso Antônio Bandeira de Mello que " 'independência administrativa' ou 'autonomia administrativa', 'autonomia financeira' e 'patrimonial e da gestão de recursos humanos' ou de quaisquer outros que lhe pertençam, 'autonomia nas suas decisões técnicas', 'ausência de subordinação hierárquica', são elementos intrínsecos à natureza de toda e qualquer autarquia, nada acrescentando ao que lhes é inerente. Nisto, pois, não há peculiaridade alguma; o que pode ocorrer é um grau mais ou menos intenso destes caracteres". Averba ainda que "o único ponto 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. 5º e parágrafo único, 6º e 9º da Lei 9.986, de 18-07-00), que dispõe sobre a gestão dos recursos humanos das agências reguladoras"[14].

4.1. AUTONOMIA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA

A legislação instituidora de cada agência estabelece um conjunto de procedimentos, garantias e cautelas no que tange à autonomia político-administrativa. Assim é que os dirigentes são escolhidos pelo Presidente da República, e por ele nomeados, após aprovação do Senado Federal, não podendo ser exonerados pelo Presidente da República discricionariamente, porque eles exercem mandato fixo, a prazo certo e só podem perdê-lo antes do seu término por processo administrativo disciplinar, isto é, se cometerem faltas funcionais, ou de condenação judicial transitada em julgado. Portanto, eles têm algo parecido com a estabilidade temporária, durante o período que exercem a função. A rejeição pelo Senado ao nome indicado pelo Presidente acarretará o não-aperfeiçoamento da investidura.

A Lei n. 9.986/00 qualificou os cargos de diretoria das agências reguladoras como cargos comissionados de direção (CDI e CDII), incorporando a concepção de que cargos em comissão podem ser providos por prazo determinado, subordinada a demissão a motivação e procedimento formal[15].

Disposições análogas, ainda que nem sempre exigentes dos mesmos atributos, se encontram nas leis específicas de cada agência, assim como a forma da não-coincidência de mandatos entre si.

Questiona-se o mandato com prazo fixo, ou seja, a possibilidade de introdução, em nosso sistema jurídico, de regras similares àquelas adotadas em outros países, destinadas a tutelar os administradores de agências contra demissão imotivada. O modelo foi objeto de impugnação por alguns doutrinadores sob o argumento de que a esquematização constitucional excluiria a possibilidade de conjugar-se a livre investidura no cargo (sem concurso), por prazo determinado e com garantia contra livre exoneração, pois a Constituição de 1988,

[14] *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 160.

[15] Existem outras hipóteses em que cargos públicos são providos sem concurso, mas com prazo determinado. É o caso, por exemplo, dos reitores e ocupantes de cargos de chefia nas instituições de ensino federais, dos ocupantes de cargos no Conselho de Contribuintes e em autarquias tais como o CADE e a CVM. Nunca se negou a constitucionalidade das regras.

no art. 37, inciso II, (redação dada pela Emenda 19/98), estatui que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão, que são de livre nomeação e exoneração.

O Supremo Tribunal Federal foi levado anteriormente a tratar dessa questão, se seria ou não viável limitar o poder do Executivo de exonerar ocupante de cargo não provido por concurso. O Pretório Excelso, naquela oportunidade, entendeu tratar-se de um mecanismo inconstitucional, sob a argumentação de que só existem dois tipos de cargos: ou são efetivos e há o direito à estabilidade, ou são de livre provimento e há o poder de livre exoneração, sem estabilidade dos dirigentes. Esta posição jurisprudencial foi consolidada pela Súmula nº 25[16], vigente ainda o regime constitucional de 1946, que dispõe: "A nomeação a termo não impede livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo de dirigente de autarquia.

Mais recentemente, o STF discutiu o alcance dessa Súmula, no julgamento da liminar requerida na ADIN nº 1949-0, promovida pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul, e este entendimento foi revertido, ao admitir a demissão, porém, com motivação, e não em caráter discricionário absoluto, e sim, regrado (sessão de 18-11-99).

As restrições ao poder de livre nomeação e exoneração pelo Chefe do Poder Executivo foram consideradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar na ADIN acima referida. A primeira em virtude do art. 52, III, "f" da Constituição Federal admitir a prévia aprovação do Senado Federal da escolha de "titulares de outros cargos que a lei determinar". Quanto à constitucionalidade da exoneração *ad nutum* dos dirigentes das agências reguladoras, o Supremo entendeu que não viola as competências do Chefe do Poder Executivo, admitindo a exoneração apenas por justo motivo ou se ocorrer a mudança da lei criadora da agência.

Sobressai a questão de saber se a garantia dos mandatos por todo o prazo previsto pode ou não estender-se além de um mesmo período governamental. Celso Antônio Bandeira de Mello entende que não, pois, em última instância, configura uma fraude contra o próprio povo, ao impedir que o novo Presidente imprima, com a escolha de novos dirigentes, a orientação política e administrativa que foi sufragada nas urnas[17]. Nesse diapasão, conclui Leila Cuéllar pela inconstitucionalidade dessa regra, que afronta o princípio democrático ao possibilitar a extensão do governo no tempo em algumas das principais atividades público-privadas[18]. Por sua vez, Lúcia Valle Figueiredo não considera essa limitação ao Chefe do Executivo atentatória à independência dos poderes, tendo-a até como muito salutar "para que não houvesse troca de favores, mas, sim, total

[16] Dissonantemente, o relator, Ministro Sepúlveda Pertence, entendeu aplicável à espécie a Súmula nº 25. Note-se, também, que referida Súmula era excepcionada em relação aos reitores das universidades públicas, geralmente de natureza autárquica, conforme dispõe a Súmula 47: "Reitor de Universidade não é livremente demissível pelo Presidente da República durante o prazo de sua investidura". A força desse enunciado decorria da vitaliciedade da cátedra. O cargo de reitor era projeção do exercício da cátedra.

[17] Op. cit., p. 161.

[18] *As agências reguladoras e seu poder normativo.* São Paulo: Dialética, 2001. p. 99.

independência"[19].

As agências são dirigidas em regime de colegiado, por um Conselho Diretor ou Diretoria, nos termos do art. 4º da Lei n. 9.986/00.

"O presidente do órgão colegiado será indicado pelo Presidente da República, através de decisão discricionária. Segundo o parágrafo único do art. 5º, a investidura na condição de presidente se fará pelo prazo fixado no ato de nomeação. Daí derivam algumas conseqüências interessantes.

A primeira é a de que um dos membros do órgão colegiado será escolhido para presidi-lo. Logo, qualquer um dos membros poderá ser escolhido.

No entanto, a escolha se traduz na investidura pelo prazo fixado no ato de nomeação. Isso acarreta a impossibilidade de retirar do sujeito a condição apenas de presidente, modificando-se-o na titularidade da função de conselheiro ou diretor. Quem for escolhido presidente manterá essa condição até o término do mandato.

Isso não impede, no entanto, a renúncia apenas ao cargo de presidente. O sujeito pode escolher manter-se como integrante da diretoria, sem o cargo de presidente.

A solução será distinta, no entanto, se a estrutura administrativa do órgão tiver sido modelada em outros termos pela lei específica"[20].

O art. 8º da Lei nº 9.986/00, com a redação dada pela MP 2.216-37, de 31-08-01, estabeleceu a chamada quarentena, de conteúdo moralizador, ao proibir o ex-dirigente de exercer atividade ou prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término de seu mandato. No período de impedimento, o ex-dirigente continua vinculado à Agência, fazendo jus à remuneração compensatória equivalente à do cargo de direção que exerceu.

Convém ainda salientar que, de acordo com o art.1º da citada Lei 9.986, de 18-07-00[21], as relações de trabalho nas agências reguladoras serão as de emprego público, regidas pela legislação trabalhista. Recentemente decidiu o Min. Marco Aurélio que é inconstitucional a generalização do Direito do Trabalho para o pessoal das referidas agências, ao suspender, em apreciação liminar, entre outros, o citado art. 1º da Lei 9.986/00[22], na ADIn n.º 2.310–1–DF, cujo despacho firmou que a natureza da atividade desempenhada pelas agências reguladoras demandava regime de cargo público e se incompatibilizava com o de emprego.

---

[19] *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros. 6. ed. rev., atual. e ampl., 2003, p. 143.

[20] JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 448-449.

[21] A Lei 9.986/00 foi alterada pelas Medidas Provisórias ns 2.216-37, de 31-08-01 e 2.229-43, de 06-09-01, e pela Lei nº 10.470, de 25-06-02.

[22] A gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras tem suas diretrizes fixadas na Lei n. 9.986, de 18-07-00, alterada pela MP n. 2.229-43, de 06-09-01 e 2.216-37, de 31-08-01,que teve suspensa a eficácia dos arts. 1º, 2º e parágrafo único, 12 e § 1º, 13 e parágrafo único, 15, 24 e inciso I, 27 e 30, por força de medida liminar na ADIN 2.310-1.

Nessa mesma linha Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que "*o regime normal de quem presta serviços, de modo regular e contínuo, para pessoas de Direito Público, terá de ser o estatutário, ainda que sejam admissíveis hipóteses em que há perfeita cabida para o regime trabalhista*", pois o fato de a Constituição também contemplar a possibilidade de empregos públicos não poderia significar eleição de regime trabalhista em quaisquer hipóteses, sem nenhum balizamento[23].

A independência das agências está também baseada na autonomia decisória, em relação a outros órgãos ou entidades da Administração Pública. O que se questiona é se a agência reguladora, como entidade da administração federal indireta, vinculada ao Ministério supervisor, pode fugir da orientação e coordenação do Ministro de Estado da área respectiva.

A Constituição Federal, no seu art. 84, II, estabelece que compete ao Presidente da República "*exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal*" e, no seu artigo 87, parágrafo único, I, preceitua que compete ao Ministro de Estado "*exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência ...*".

Desses dispositivos deflui que alguma espécie de ligação entre Executivo e agências é imposta pela Lei Maior, pois deve haver ao menos uma supervisão administrativa daquele em relação a estas, que não podem funcionar, no dizer de Carlos Ari Sundfeld, "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"[24].

O Poder Executivo não tem a faculdade de mudar as decisões concretas, nem as normas editadas pela agência. Seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo, salvo se houver expressa previsão legal para a admissão do recurso hierárquico impróprio[25].

Portanto, dependendo do arranjo legal, há agências com alto grau de autonomia e outras com pouca ou nenhuma autonomia, ou seja, há poder de interferência maior ou menor do Executivo.

A autonomia econômico-financeira dessas agências é assegurada, além das dotações orçamentárias gerais, pela existência de receitas próprias, arrecadadas diretamente em seu favor, geralmente provenientes de "taxas de

---

[23] Op. cit. p. 162.

[24] Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*, p. 26-27. Referindo-se à Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL como exemplo, afirma o Autor que sua autonomia está "garantida por força da demarcação precisa, analítica, dos limites das competências suas e do Poder Executivo", e por ter "a maior e mais importante parte das competências para o dia-a-dia da regulação das telecomunicações, cabendo ao Poder Executivo, especificamente ao Presidente da República, apenas a fixação da macropolítica do setor"(op. cit., p. 27).

[25] A ANATEL e a ANVISA são expressamente qualificadas como a última instância administrativa para julgamento de recursos administrativos (art. 19, inciso XXV, Lei 9.472/97 e art. 15, VI e § 2º, Lei 9.782/99, com a redação dada pela MP 2.190-34, de 23-08-01, respectivamente).

fiscalização" e "taxas de regulação", ou ainda participações em contratos, acordos e convênios, como ocorre, por exemplo, nos setores de petróleo (art. 15, III da Lei Federal n. 9.478/97) e energia elétrica (art. 11, V da Lei Federal n. 9.427/96).

A natureza jurídica das taxas acima mencionadas têm sido objeto de discussão doutrinária, alguns entendendo que se trata de taxa propriamente dita e outros que se cuida de preço contratual, cobrado pelo Poder Concedente dos delegatários.

5. PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS

Da leitura dos diplomas legais de regência da matéria, depreende-se que as agências reguladoras gozam de um amplo poder normativo, que envolve, por um lado, a regulamentação das leis que regem o campo de atividades a elas atribuído e, por outro, a edição de normas independentes, sobre matérias não disciplinadas pela lei. Isto implica indagar se a lei delegou-lhes função legislativa, assim como o que e até onde podem regular algo, sem estar, com isto, violando o princípio da separação dos poderes e invadindo competência legislativa.

No Brasil, o princípio da legalidade, além de basear-se na própria estrutura do Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo, está previsto especificamente nos arts. 5º, inciso II, 37, *caput* e 84, inciso IV, que rezam:

> *Art. 5º.*
>
> *II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.*
>
> *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte(...).*
>
> *Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:*
>
> *IV – (...) expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução (das leis).*

Podem também os Ministros de Estado "expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos" (art. 87, inciso II, CF). A lei dá à agência o poder de regulamentar a própria lei que a instituiu, o que gera a indagação de ter ou não o Presidente da República, por força da Lei Maior, uma reserva de poder normativo que não pode ser suprimido.

A doutrina aponta, em termos gerais, a existência de três espécies de regulamentos: os regulamentos autônomos ou independentes são atos normativos editados pelo Poder Executivo com base em competências normativas próprias, estabelecidas na Constituição, para as quais não se prevê a interferência do Poder Legislativo. Criam direito novo, independentemente da existência de lei a respeito. Os regulamentos autorizados ou por delegação são

aqueles editados pelo Poder Executivo no exercício de competência normativa que lhe tenha sido atribuída pelo Legislativo, o qual, diante da existência de situações de fato extremamente mutantes, excessivamente técnicas ou politicamente complexas, limita-se a fixar os princípios gerais a serem seguidos pela autoridade administrativa na disciplina da matéria que constitui seu objeto. Os regulamentos executivos são aqueles destinados a tão-somente estabelecer regras de organização e de procedimento necessárias à aplicação da lei.

Regulamentos independentes ou autônomos são visceralmente incompatíveis com o Direito brasileiro. Portanto, não se pode entender que as agências reguladoras exerçam função legislativa propriamente dita[26].

Registra Carlos Ari Sundfeld que "nos novos tempos, o Poder Legislativo faz o que sempre fez: edita leis, freqüentemente com alto grau de abstração e generalidade. Só que, segundo os novos padrões da sociedade, agora essas normas não bastam, sendo preciso normas mais diretas para tratar das especificidades, realizar o planejamento dos setores, viabilizar a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou a realização daqueles valores: proteção do meio ambiente e do consumidor, busca do desenvolvimento nacional, expansão das telecomunicações nacionais, controle sobre o poder econômico – enfim, todos esses que hoje consideramos fundamentais e cuja persecução exigimos do Estado". Acrescenta que a atribuição do poder normativo para as agências significa o aprofundamento da atuação normativa do Estado, e não constitui produção de "regulamentos autônomos ou coisa parecida, pois todas as competências devem ter base legal – mesmo porque só a lei pode criá-las, conferindo-lhes (ou não) poderes normativos.

A constitucionalidade da lei atributiva depende de o legislador haver estabelecido *standards* suficientes, pois do contrário haveria delegação pura e simples de função legislativa. Saber qual é o conteúdo mínimo que, nessas circunstâncias, a lei deve ter é uma das mais clássicas e tormentosas questões constitucionais, como se vê da jurisprudência comparada, em países tão diferentes quanto os Estados Unidos, a Alemanha e a França.

No Brasil o debate é, em essência, o mesmo, embora se deva observar que para muitas medidas a Carta de 1988 estabeleceu *uma reserva legal*, que há de ser observada"[27].

---

[26] Assinala Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, "no direito brasileiro, a Constituição de 1988 limitou consideravelmente o poder regulamentar, não deixando espaço para os regulamentos autônomos. Na Constituição de 1967, o art. 81, V, outorgava competência ao Presidente da República para 'dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal', única hipótese de decreto dessa natureza agasalhada expressamente na legislação; tratava-se de decreto autônomo sobre matéria de organização da Administração Pública. A atual Constituição, no art. 84, VI, prevê competência para 'dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei'. Com a Emenda Constitucional nº 32, de 11-09-2001, volta uma hipótese de decreto autônomo, com a alteração do art. 84, VI, da Constituição, que confere competência privativa ao Presidente da República para dispor, mediante decreto, sobre 'organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos'. Pode-se dizer que é a única hipótese de decreto autônomo com fundamento constitucional"(Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Parcerias na Administração Pública*, p. 152).

[27] Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). *Direito Administrativo*

Luís Roberto Barroso pontua que "a grande dificuldade que envolve a discussão sobre o poder normativo das agências reguladoras diz respeito (...) ao seu convívio com o princípio da legalidade. É preciso determinar os limites dentro dos quais é legítima a sua flexibilização, sem que se perca sua identidade como uma norma válida e eficaz. É neste território que se opera a complexa interação – ainda não totalmente equacionada – entre a reserva legal, de um lado, e fenômenos afetos à normatização de condutas, como o poder regulamentar, a delegação legislativa e a polêmica figura da deslegalização, entendida como a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei, para atribuí-las à disciplina das agências"[28].

Destaca Celso Antônio Bandeira de Mello que, em face do princípio constitucional da legalidade, as determinações normativas oriundas dessas entidades hão de se ater a aspectos estritamente técnicos, ou que se encontrem abrangidas pelo campo da chamada supremacia especial (assim chamada na Itália e, às vezes, na Espanha) ou relação especial de sujeição (como é referida na Alemanha e, às vezes, na Espanha). Isto é, podem, nos casos em que suas disposições se voltem para concessionários ou permissionários de serviço público, expedir as normas e determinações da alçada do poder concedente, ou para quem esteja incluso no âmbito doméstico da Administração. Todavia, tais providências devem ter embasamento legal e não poderão distorcer-lhe o sentido ou ferir princípios jurídicos acolhidos em nosso sistema, "*sendo aceitáveis apenas quando indispensáveis, na extensão e intensidade requeridas para o atendimento do bem jurídico que legitimamente possam curar e obsequiosas à razoabilidade*"[29].

Maria Sylvia Zanella Di Pietro também observa que a competência reguladora das agências, inclusive para as que têm fundamento constitucional deve limitar-se "aos chamados regulamentos administrativos ou de organização, só podendo dizer respeito às relações entre os particulares que estão em situação de sujeição especial ao Estado"[30].

No mesmo sentido complementa Lúcia Valle Figueiredo: "No Direito brasileiro, obrigações somente se criam por lei e o poder regulamentar do Presidente da República limita-se a fixar os parâmetros e os *standards* para a execução da lei, atribuição específica do Executivo. É certo, todavia, que se deve tentar entender os textos das emendas constitucionais, precisamente as que se referem expressamente a órgãos reguladores, como sendo a eles cometidas as funções de traçar os parâmetros dos contratos de concessão, sempre submissos

---

Econômico, p. 27-28. Celso Antônio Bandeira de Mello considera "grotesca a invocação da 'reserva legal' em nosso Direito, no qual o art. 48 dispõe caber ao Congresso Nacional dispor sobre 'todas as matérias de competência da União'". A noção de "reserva de lei" (da alçada do Parlamento), em contraposição aos "poderes domésticos" da Administração (de competência do Monarca), termos em que foi defendida por Otto Mayer, esteve vinculada às concepções políticas e o conseqüente panorama jurídico institucional vigorante na Alemanha no século XIX (*Curso de direito administrativo*, p. 712, nota 12)

[28] Agências reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e legitimidade democrática. Disponível: http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=1007. Acesso em 24 fev. 2003.

[29] Op. cit. p. 151.

[30] *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, p. 158 *Direito Administrativo*, p. 407.

à lei"[31].

Essa questão foi colocada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1668 – DF, tendo por objeto dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações, proposta pelos partidos de oposição, e o Supremo Tribunal Federal decidiu, em teor de medida liminar, que sua legitimidade somente prevalecia na medida em que, adotada interpretação conforme a Constituição, fosse aceito o "objeto de fixar a exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado"(Diário de Justiça, Seção I, 31 de agosto de 1998, p. 17)[32].

Ao comentar essa decisão, Marçal Justen Filho salienta: "ainda que por maioria, foi adotada interpretação conforme à Constituição para dispositivos que reconheciam competência normativa à ANATEL, impondo-se reconhecer que tal poder apresentava natureza regulamentar e deveria observar os limites legais. Esse precedente apresenta relevância marcante, eis que a Lei da ANATEL é a mais completa e exaustiva, dentre as que introduziram as agências modernas no Brasil. Fez referência explícita a competências regulatórias. O STF teve oportunidade de examinar, ainda que com a sumariedade inerente ao julgamento de liminares, o tema da competência normativa abstrata reconhecida a uma agência reguladora. A conclusão do julgamento, por apertada maioria, indica a complexidade do tema. Mas se pode assinalar que a orientação consagrada foi a de que a Constituição impõem limitações à competência normativa abstrata das agências, que se pode desenvolver apenas como manifestação de cunho regulamentar não-autônoma.

6. PROCESSO ADMINISTRATIVO

O tema do processo administrativo é dos mais importantes como instrumento de garantia dos administrados ante as prerrogativas públicas.

A Constituição de 1988 deu-lhe respaldo expresso ao constitucionalizar o devido processo legal enquanto princípio (art. 5º, inciso LIV), e determinou expressamente sua aplicação na esfera administrativa (inciso LV). A partir daí a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal assimilou uma série de soluções concretas atinentes à incidência do princípio no campo administrativo.

A Constituição utilizou-se dos termos "acusados" e "litigantes" no inciso LV do art. 5º acima mencionado.

Vê-se, assim, que a Constituição de 1988, não se limitou a assegurar o contraditório e a ampla defesa - com os corolários deles decorrentes - para os processos em geral, inclusive o administrativo em que haja acusados, pois essas garantias eram extraídas pela doutrina e pela jurisprudência, dos textos

[31] Op. cit., p. 141.
[32] JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 538-539.

constitucionais anteriores, tendo a explicitação da Lei Maior em vigor natureza didática, afeiçoada à boa técnica, sem apresentar conteúdo inovador.

Deve-se dar larga amplitude ao termo – "acusados em geral" – para "abrigar todas as situações em que haja imputação a alguém de falta ou conduta ilícita, e não apenas no sentido mais restrito, da possibilidade de já haver acusação formal (ou denúncia no processo penal) a deflagrar o inquérito administrativo ou a ação penal"[33].

Mas a Constituição estendeu as garantias aos processos administrativos em que haja litigantes. É esta a grande inovação da Constituição de 1988[34], e, como observa Ada Pellegrini Grinover, "esta é a única interpretação da norma constitucional que, em obediência ao princípio de que a lei não pode conter disposições inúteis, faz com que não se considere superposta a tutela constitucional para "os acusados em geral" e para os "litigantes em processo administrativo". E esta é, sem dúvida, a vontade da Constituição pátria de 1988, coerente com as linhas evolutivas do fenômeno da processualidade administrativa"[35].

Assim, a Constituição não mais limita o contraditório e a ampla defesa aos procedimentos administrativos (punitivos) em que haja acusados, mas estende as garantias a todos os processos administrativos, não-punitivos e punitivos, ainda que neles não haja acusados, mas simplesmente *litigantes*, quer dizer, sempre que houver controvérsia, conflitos de interesse, contenda. Não é preciso que o conflito seja qualificado pela pretensão resistida, pois neste caso surgirão a lide e o processo jurisdicional. Basta que os partícipes do processo administrativo se anteponham face a face, numa posição contraposta. Litígio equivale a controvérsia, a contenda, e não a lide. Pode haver litigantes - e os há - sem acusação alguma, em qualquer lide. Assim, por exemplo, no processo administrativo de menores, mesmo não-punitivo, podem surgir conflitos de interesses entre o menor e seu responsável legal. Haverá, nessa hipótese, litigantes e a imediata instauração do contraditório e da ampla defesa. E assim também nos processos administrativos punitivos (externos e disciplinares), mesmo antes da acusação, surgindo o conflito de interesses, as garantias do contraditório e da ampla defesa serão imediatamente aplicáveis"[36].

Acresce que, até bem pouco não havia, no país, uma lei geral sobre processo ou procedimento administrativo, nem na órbita da União, nem nas dos Estados ou Municípios. Existiam apenas normas esparsas concernentes a um ou outro processo, editadas em nível federal, estadual e municipal, sem uma linha

---

[33] FIGUEIREDO, Lúcia Valle, op. cit., p. 419.

[34] cf. Ada Pellegrini Grinover, Do direito de defesa em inquérito administrativo, *RDA* 183: 9-18, p. 10.

[35] Do direito de defesa em inquérito administrativo, p. 13. Registra ainda a jurista: "isso não é casual nem aleatório, mas obedece à profunda transformação que a Constituição operou no tocante à função da administração pública, no pressuposto de que o caráter democrático do Estado deve influir na configuração da Administração.

Nessa linha, dá-se grande ênfase, no direito administrativo contemporâneo, à nova concepção da processualidade no âmbito da função administrativa, seja para transpor para a atuação administrativa os princípios do "devido processo legal", seja para fixar imposições mínimas quanto ao modo de atuar da administração." (ob. cit. p. 10-11).

[36] GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p.12-13.

condutora no tratamento de questões comuns como, por exemplo, a licitação; o procedimento tributário; o procedimento disciplinar. Não existia, porém, instrumento normativo que viabilizasse o controle eficiente da atuação administrativa em qualquer campo. Inexistindo uma disciplina geral imposta em lei, cada órgão ou ente adotava posturas ou soluções diversas (por exemplo: a formalização de decisões, a divulgação de atos, a apresentação de recursos, a aplicação de sanções, a anulação de atos, a expedição de certidões, a apuração de denúncias etc.), algumas vezes aplicando regras administrativas próprias, em outras agindo por hábito ou costume, em algumas segundo os critérios variáveis dos dirigentes.

Recentemente foram editadas a Lei federal nº 9.784, de 28-01-1999, e a Lei paulista nº 10.177, de 30-12-1998, (regulamentada pelo Decreto n. 44.422, de 23-11-99), que regulam o processo administrativo no âmbito federal e do Estado de São Paulo, respectivamente, sendo certo que Estados e Municípios que queiram dispor sobre a matéria deverão promulgar as próprias leis.

Embora ambas a lei da União e a paulista, apresentem-se, em suas respectivas ementas, como destinadas a regular o processo administrativo, seu âmbito de incidência é mais amplo, pois não se restringe "àquilo que, na citada praxe administrativa brasileira, se vem denominando como processo administrativo. As diversas normas dessas leis regulam o exercício das competências decisórias da Administração geral"[37].

As leis buscaram obter uniformidade de comportamento e eliminar disparidades no interior da máquina estatal quanto a certos problemas ou questões jurídico-administrativos, que se repetem nos diversos órgãos e entes, em nome da necessidade de sujeição do Estado a preceitos fundamentais da ordem jurídico-administrativa, sobretudo aos princípios e regras constitucionais.

As especialidades de certas situações que houvessem levado à edição de leis especiais foram respeitadas pela nova Lei, que não revogou a disciplina legal própria a certos atos e procedimentos administrativos (art. 2º da Lei paulista e 69 da Lei federal), hipóteses em que incidirá subsidiariamente. Naquilo em que os atos e procedimentos especiais não envolverem especialidades, não se poderá afirmar a inaplicabilidade das Leis federal e paulista de Processo Administrativo.

As atribuições das agências tornam necessário que "a atividade regulatória estatal: i) passe a ter uma maior preocupação com a motivação, não meramente formal, de seus atos; ii) tenha um caráter marcadamente procedimental, processualizado, com sua subordinação a regras, ritos e procedimentos claros e preestabelecidos; iii) envolva fortemente os administrados – mormente os atores relacionados ao setor específico objeto da regulação – no processo decisório, mediante o recurso a consultas e audiências públicas, por exemplo; iv) não possa se desenvolver sem uma radical transparência, traduzida na radicalização do princípio da publicidade e na introdução de efetivos mecanismos de controle pelos

[37] SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução ao processo administrativo. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ANDRÈS MUÑOZ, Guilherno (Coords.). *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 24.

sujeitos e interessados no exercício desta atividade"[38].

7. CONTROLE SOCIAL

As instituições de procedimento envolvendo a oitiva dos interessados tornou-se expediente comum nos diplomas legislativos criadores das assim chamadas "agências reguladoras".

Nesse sentido encontram-se várias normas contemplando diferentes formas de participação do cidadão, com a instituição de ouvidores junto a diferentes órgãos públicos, audiências públicas, consulta pública[39], criação de Conselhos, sistemas de "disque-denúncia", coletas de opinião e tantas outras, devendo ser destacadas suas virtualidades no Estado Democrático de Direito como instrumentos de legitimidade do poder, aproximando o Estado e a sociedade. Assim é que as leis que disciplinam as atividades das agências reguladoras foram mais avançadas nos mecanismos de participação estabelecidos do que a Lei das Concessões, que contém regras relativas à fiscalização e controle (arts. 3º, 7º, II, IV e V, 30, parágrafo único e, ainda, art. 33 da Lei n° 9.074/95) e à cooperação do usuário (art. 29, XII)[40].

É o caso da Lei nº 9.472, de 16-06-97 (Lei Geral das Telecomunicações), que introduziu a exigência de consulta pública das minutas dos atos normativos a serem editados pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (art. 42), gerando a necessidade de realização de um procedimento administrativo

---

[38] MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as Agências Independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*, p. 79.

[39] Afirma José Santos Carvalho Filho que "mister se faz distinguir as audiências das consultas públicas, que, apesar de possuírem o mesmo espírito, não se equivalem: "na consulta pública, a Administração deseja compulsar a opinião pública através da manifestação firmada através de peças formais, devidamente escritas, a serem juntadas no processo administrativo. A audiência pública é, na verdade, modalidade de consulta, só que com o especial aspecto de ser consubstanciada fundamentalmente através de debates orais em sessão previamente designada para tal fim" (*Processo Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 186).

[40] No art. 7º da Lei n. 8.987/95 destacam-se os direitos reconhecidos aos usuários de "*receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos*"(inc. II), de "*levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado*" (inc. IV), e de *"comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço*" (inc. V).

A cooperação que incumbe aos usuários na fiscalização do serviço, nos termos do art. 3º, far-se-á, consoante estatui o art. 30, parágrafo único, da Lei n° 8.987/95, "*periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários*".

Deve-se, porém, atentar que, embora no exercício da fiscalização se conceda ao usuário integrar colegiado misto, a forma como se dará essa participação dependerá de norma regulamentar do poder concedente, bem como sua periodicidade. Não há previsão de nenhum poder de fato dos usuários para interferir nas tomadas de decisão ou para compartilhar a gestão operativa do serviço.

Importa ainda registrar o reforço à participação dos usuários, introduzido pelo art. 29, XII, da Lei n° 8.987/95, ao preceituar que as instituições políticas teriam e têm a obrigação de "*estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço*" (art. 29, XII). Tal estímulo, porém, não é suficiente para garantir o acesso das organizações populares ao processo decisório.

O art. 33, da Lei n° 9.074/95, determinou que o regulamento de cada modalidade de serviço público estabeleça a forma de participação dos usuários na fiscalização e que se torne disponível ao público, periodicamente, relatório sobre os serviços prestados.

normativo e a justificação da decisão que vier a adotar por uma exposição formal dos motivos que a justifiquem (LGT, art. 40), procedimento esse disciplinado pelo Regimento Interno da Agência (aprovado pela Resolução nº 270, de 19-07-01), com o que se introduziu no Brasil o chamado *rulemaking process* do Direito anglo-saxão, abrindo consultas públicas para discutir os regulamentos em preparação; criou a figura do ouvidor (art. 45) com a finalidade de tecer e divulgar amplamente apreciações críticas sobre a atuação da Agência, bem como um Conselho Consultivo, que representa a participação institucionalizada da sociedade na Agência (art. 33). Esse Conselho é integrado por doze membros, divididos, eqüitativamente, entre representantes indicados pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pelo Poder Executivo, pelas entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações, por entidades representativas dos usuários e por entidades representativas da sociedade (art. 34 da L.G.T. e art. 36 do Anexo do Decreto nº 2.338, de 07-10-97, alterado pelos Decretos nºs 2.853, de 02-12-98, 3.873, de 18-07-01, 3.986, de 29-10-2001, e 4.037, de 29-11-2001) e, embora tenha função meramente opinativa e de encaminhamento de idéias, e não decisória, nos moldes em que foi constituído, poderá vir a desempenhar um papel de influência no processo deliberativo e possibilitar a manifestação institucional de interesses localizados na sociedade.

A Lei nº 9.427, de 26-12-96 (art. 4º, § 3º) e o Decreto nº 2.335, de 06-10-97 (art. 21, do seu Anexo), impõem que os processos decisórios que impliquem a afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de anteprojeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, sejam precedidos de audiência pública convocada pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL; a função de ouvidor (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.427/96 e art. 8º, § 1º, do Anexo do Decreto nº 2.335/97) será exercida pelo Diretor encarregado de atender as reclamações de agentes e consumidores, sendo-lhe atribuída a responsabilidade final pela cobrança da correta aplicação de medidas tendentes a corrigir os problemas suscitados; os Conselhos de Consumidores de Energia Elétrica, criados pelas concessionárias ou permissionárias de energia elétrica, por força do artigo 13 da Lei nº 8.631, de 04-03-93, regulamentado pela Resolução da ANEEL nº 138/00, de 10-05-00 (com alterações produzidas pela Resolução nº 449, de 29-10-01), são constituídos por consumidores voluntários das classes de consumo, residencial, industrial, rural, do poder público e representantes dos órgãos de proteção e defesa do consumidor, com a incumbência de tratar dos interesses do consumidor, auxiliando a ANEEL na sua competência legal de assegurar serviços adequados à sociedade; o Operador Nacional do Sistema Elétrico conta nos seus quadros representativos com a participação dos consumidores cativos, por intermédio dos Conselhos de Consumidores (art. 25, § 2º, I, do Decreto nº 2.655/98), não tendo o representante do Conselho direito a voto, o que reduz a participação dos usuários no controle social dos preços das tarifas.

A Lei nº 9.478, de 06-08-97, que criou a Agência Nacional do Petróleo, em seu art. 19, estabelece que “as iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP”.

No âmbito da administração portuária, a Lei nº 8.630, de 25-02-93, disciplinadora do regime jurídico da exploração dos portos, prevê a representatividade dos usuários dos serviços e afins no Conselho de Autoridade Portuária (art. 31, IV), participando com um voto nas deliberações desse Conselho (art. 31, § 4º, I).

A Lei nº 10.233, de 05-06-01, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, determina que "*as iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública*" (art. 68, *caput*); que as concessões a serem outorgadas pela ANTT e pela ANTAQ para a exploração de infra-estrutura, precedidas ou não de obra pública ou para prestação de serviços de transporte ferroviário associado à exploração de infra-estrutura, terão as condições básicas do edital de licitação submetidas à prévia consulta pública (art. 34–A, § 1º, introduzido pela MP nº 2.217-3, de 04-09-01), e fixa as atribuições do ouvidor no art. 63.

Casos há, ainda, em que a própria autoridade é quem institui procedimentos de audiência pública, sem que haja obrigação legal de fazê-lo, como foi feito pela Agência Nacional de Águas, cujo regimento interno (Resolução ANA nº 9, de 17-04-2001, art. 34)[41] faculta ao órgão instituir audiências públicas como medida preparatória dos procedimentos decisórios, bem como de alguns procedimentos de consulta estabelecidos *ad hoc* por autoridades públicas para a edição de atos normativos.

De extrema importância também é a Lei nº 9.784, de 29-01-99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, que prevê – em caráter facultativo – a consulta pública (art. 31) e a audiência pública (art. 32) como instrumentos prévios à tomada de decisões administrativas relevantes, bem como a participação dos administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas, através de outros meios estabelecidos pelos órgãos e entidades administrativas (art. 33). Os resultados da consulta pública, da audiência pública ou destes outros meios "*deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado*"(art. 34).

No mesmo sentido, cite-se a Lei do Estado de São Paulo nº 10.177, de 30-12-98, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual que, nos artigos 28, 29 e 30, trata da consulta pública, da audiência pública e de outros meios de participação dos interessados, respectivamente.

---

[41] *Resolução ANA nº 9, de 17-04-01. "Art. 34 O processo decisório da ANA poderá ser precedido de audiência pública com os objetivos de:*

I - recolher subsídios e informações;

II - propiciar aos usuários envolvidos a possibilidade de encaminhamento de opiniões e sugestões;

III - identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública; e

IV - dar publicidade à ação da ANA.

Parágrafo único. As audiências públicas serão convocadas na forma estabelecida pela Diretoria Colegiada, e serão presididas pelo Diretor-Presidente, ou por um dos Diretores da ANA na forma do art. 10 deste Regimento Interno".

Recentemente a Lei Federal nº 10.257, de 10-07-2001, denominada Estatuto da Cidade (alterada pela MP nº 2.180-35, de 24-08-2001), no Capítulo IV, para garantir a gestão democrática da cidade, prevê a utilização de diversos instrumentos tais como órgãos colegiados de política urbana, debates, audiências, consultas públicas, conferências sobre assuntos de interesse urbano, iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (art. 43), e institucionaliza a gestão orçamentária participativa, com a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal (art. 44). Preceitua ainda o artigo 45 a inclusão obrigatória e significativa da participação da população e de associações representativas dos segmentos da comunidade nos organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, para garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania.

Tais normas merecem aplausos, na medida em que trazem para a Administração Pública Brasileira não apenas a uniformização de sua atuação, mas abrem as possibilidades para um maior controle dos administrados e para um debate democrático transparente, envolvendo os sujeitos a serem atingidos por suas decisões.

Reconhece-se, porém, que a participação dos usuários é extremamente dificultosa, em vista da crescente complexidade dos serviços, eis que são leigos em assuntos eminentemente técnicos postos nas pautas decisórias adotadas em matéria de serviços públicos. Por essa razão Fernando Herren Aguillar alerta que, nesse domínio, o controle social somente pode ser conduzido "*em condições aceitáveis à medida que se desenvolvam mecanismos de representação técnica dos interesses dos usuários, junto àqueles que decidem a regulação dos serviços públicos*"[42].

Isso requer um avanço na busca de instituições e mecanismos[43] que viabilizem e valorizem a participação crescente de seus destinatários finais, desde os convenientes à tomada de decisão e à execução aos necessários para ampliar e aprimorar os instrumentos de controle social, voltados à construção de um novo modelo de relações prestadores x usuários, calcado na maior aproximação entre ambos.

Assiste razão a Sérgio Varella Bruna quando afirma: "A combinação da participação dos interessados e da exigência de motivação, com a análise dos motivos determinantes, provê, assim, elementos para evitar-se que os procedimentos normativos sejam despidos de sentido prático e transformados numa farsa formal. (...)

---

[42] AGUILLAR, Fernando Herren. Direito econômico e globalização. In: SUNDFELD, Carlos Ari, VIEIRA; Oscar Vilhena (Coords). *Direito global*, p. 276-277. Do mesmo Autor. *Controle social de serviços públicos,* p. 293.

[43] Luciano Parejo Alfonso defende que a participação institucionalizada do cidadão se torna mais relevante "nos âmbitos em que a Administração goze de um espaço decisório próprio, particularmente nos de alta complexidade e sensibilidade sociais, em que múltiplos interesses contraditórios estão presentes" (La administración. Función pública. In: GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; CLAVERO AREVALO, Manuel (Dir.). *El derecho público de finales de siglo.* Madrid: Civitas, 1997, p. 303.

Portanto, a validade do ato normativo somente deve ser reconhecida quando a participação dos interessados tenha sido provida de significado prático, o que ocorre quando tenham sido efetivamente apreciados os principais argumentos apresentados durante o procedimento de consulta pública, por uma autoridade que fundamenta sua decisão, ao acatá-los ou rejeitá-los. Procedimentos dessa espécie fornecem elementos para o controle judicial da atividade normativa da Administração e, quando convenientemente observados, fortalecem a presunção de legitimidade que deve ser atribuída ao ato normativo deles resultante, propiciando um critério adicional a ser observado pelo Judiciário no desempenho de sua atividade de controle. Deve o Judiciário, portanto, apreciar os procedimentos em si mesmos, a fim de verificar se foram eles convenientemente conduzidos, como meio de aferir a razoabilidade da decisão alcançada pela autoridade.

Sempre que deixar de ser observado um procedimento normativo estabelecido em lei, a norma editada será inválida por vício de legalidade"[44].

8. CONTROLES LEGISLATIVO E JURISDICIONAL.

A agência reguladora é necessariamente submetida aos controles parlamentar e judicial.

Com efeito, sujeitam-se ao controle pelo Congresso Nacional, previsto no art. 49, inciso X, da Constituição Federal, e ao controle financeiro, contábil e orçamentário exercido pelo Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas, nos termos do no art. 70 e seguintes da Constituição, bem como ao controle do Poder Judiciário, tendo em vista a norma do art. 5º, XXXV, da Constituição, segundo a qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

9. FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

Diante da mudança das relações na sociedade, os meios alternativos de solução de litígios têm se difundido, estimulando-se o uso da mediação, da conciliação e da arbitragem, que se inserem num contexto mais amplo de realização da justiça. Enquanto na arbitragem a solução do litígio é imposta às partes, na conciliação ela é apenas proposta e, na mediação, incumbe ao mediador levar as partes à conciliação em virtude das vantagens por ele destacadas, sem imposição. Os três modos consensuais de solução de controvérsias não se excluem, mas, ao contrário, se completam e podem ser adotados em seqüência.

A arbitragem é hoje regulada no Brasil, tanto quanto ao direito material, como quanto ao direito processual, pela Lei Federal nº 9.307 de 23-09-96, que,

[44] Procedimentos normativos da Administração e desenvolvimento econômico. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 259-260.

simplificando e prestigiando o arbitramento como forma amigável de resolver conflitos de ordem patrimonial, não coloca outro limite à sua exeqüibilidade, a não ser quanto a direitos indisponíveis, a saber, aqueles que por sua natureza, caracterizada em lei, não podem ser objeto de transação.

No julgamento de agravo regimental em sentença estrangeira em que se discutiu incidentalmente a constitucionalidade da Lei n. 9.307/96 – Lei da Arbitragem, o Supremo Tribunal, por maioria, declarou constitucional a Lei 9.307/96, por considerar que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória no momento da celebração do contrato e a permissão dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF ("*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*"). Vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, relator, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que, ao tempo em que emprestavam validade constitucional ao compromisso arbitral quando as partes de uma lide atual renunciam à via judicial e escolhem a alternativa da arbitragem para a solução do litígio, entendiam inconstitucionais a prévia manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam, por violação ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei 9.307/96: 1) o parágrafo único do art. 6º; 2) o art. 7º e seus parágrafos; 3) no art. 41, as novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do Código de Processo Civil; 4) e do art. 42. O Tribunal, por unanimidade, proveu o agravo regimental para homologar a sentença arbitral (SE 5.206-Espanha (AgRg), Plenário, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12-12-01, DJU 19-12-01).

A mencionada Lei nº 9.307/96 não se refere à possibilidade de arbitragem em questões em que a Administração Pública seja parte. Restringe-se a definir o seu âmbito como meio de opção em relações patrimoniais entre pessoas capazes de contratar.

A Lei nº 8.987/95 (alterada pelas Leis n. 9.074/95, 9.648/98, 9791/99), em seu artigo 23, inciso XV, preceitua que o contrato poderá determinar o "*modo amigável de solução das divergências contratuais*", dando liberdade de escolha para a que melhor atenda aos interesses em jogo no objeto da concessão. Antes desse diploma federal a Lei do Estado do Rio de Janeiro nº 1.481, de 21-07-89, em seu art. 5º, § 2º, continha a previsão expressa de juízo arbitral como solução consensual de controvérsias administrativas. Em igual sentido, a Lei paulista nº 7.835, de 08-05-92 (alt. pela Lei n. 9.056/94), admitia, em seu art. 8º, nº XXI, a solução amigável de controvérsias[45].

[45] No setor portuário a Lei nº 8.630, de 25-02-93, exige, em seu art. 23, que o Órgão de Gestão de Mão-de-Obra do Trabalho Portuário – OGMO constitua uma Comissão Paritária – formada pelos operadores portuários e pelos trabalhadores portuários avulsos – para solucionar os litígios decorrentes da aplicação das normas a que se referem os arts. 18, 19 e 21. Em havendo impasse para a solução do litígio devem recorrer à arbitragem de ofertas finais (§ 1º) e, uma vez firmado o compromisso arbitral, não será admitida a desistência de qualquer das partes, cabendo aos árbitros decidirem sobre a questão (§ 2º). Os árbitros serão de livre escolha das partes, indicados de comum acordo, e o laudo arbitral possui força normativa,

Essas regras remetem à matéria da arbitragem e o que se questiona é a sua constitucionalidade nas relações contratuais de direito público.

A possibilidade legal de realização de mediação, ou seja, o restabelecimento do equilíbrio jurídico das relações entre usuários e agentes econômicos e entre estes últimos, foi incorporada nas leis de criação de várias agências reguladoras, através da sua inserção dentre suas várias atribuições e competências variando, embora, na extensão dessas funções.

No setor portuário a Lei nº 8.630, de 25-02-93, exige, em seu art. 23, que o Órgão de Gestão de Mão-de-Obra do Trabalho Portuário – OGMO constitua uma Comissão Paritária – formada pelos operadores portuários e pelos trabalhadores portuários avulsos – para solucionar os litígios decorrentes da aplicação das normas a que se referem os arts. 18, 19 e 21. Em havendo impasse para a solução do litígio devem recorrer à arbitragem de ofertas finais (§ 1º) e, uma vez firmado o compromisso arbitral, não será admitida a desistência de qualquer das partes, cabendo aos árbitros decidirem sobre a questão (§ 2º). Os árbitros serão de livre escolha das partes, indicados de comum acordo, e o laudo arbitral possui força normativa, independentemente de sua homologação judicial.

A Lei nº 10.233, de 05-06-01, alterada pelas Leis n^{os} 10.470/02, 10.561/02, 10.683/03 e MP nº 2.217-3, de 04-09-01, aponta, entre os objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário, "*harmonizar, preservado 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, II, "b"). Os arts. 35, inc. XVI e 39, inc. XI, estipulam que os contratos de concessão e de permissão, respectivamente, terão , entre suas cláusulas essenciais, "*as regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem*".

---

independentemente de sua homologação judicial. A Lei nº 10.233, de 05-06-01, alterada pelas Leis n^{os} 10.470/02, 10.561/02, 10.683/03 e MP nº 2.217-3, de 04-09-01, aponta, entre os objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário, "harmonizar, preservado 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, "b"). Os arts. 35, inc. XVI e 39, inc. XI, estipulam que os contratos de concessão e de permissão, respectivamente, terão , entre suas cláusulas essenciais, as regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem.

A Lei nº 9.427 (Energia Elétrica), em seu art. 3º, atribui como competência da ANEEL "dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores"(inc. V).

A Lei nº 9.472/97 (Telecomunicações) estatui, em seu art. 93, que o contrato de concessão indicará o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais (XV).

A Lei nº 9.478/97 (Petróleo), prevê a conciliação e arbitramento na solução de conflitos, conforme vier a ser regulado em seu regimento interno (arts. 20, 27, parágrafo único e 43, X).

A Lei n. 10.233/01, prevê no art. 35, XVI que os contratos de concessão celebrados pela ANTT e ANTAQ devem estabelecer "regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem".

Através da Resolução Conjunta n. 002, de 27-03-01, foi aprovado o Regulamento Conjunto de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, sobre compartilhamento de infra-estrutura, na forma do Anexo à Resolução, "*objetivando assegurar a ampla, livre e justa competição e os benefícios aos usuários dos serviços*"(art. 2º do Anexo).

A Lei nº 9.427, de 26-12-96 (Energia Elétrica), em seu art. 3º, inciso V, atribui como competência da ANEEL "*dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores*".

A Lei nº 9.472, de 16-07-97 (Telecomunicações) estatui que o contrato de concessão indicará o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais (art. 93, XV), que a permissão será formalizada mediante assinatura de termo que indicará o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências (art. 120, X), competindo à agência adotar as medidas necessárias para compor administrativamente conflitos de interesse entre prestadores de serviços de telecomunicação (art. 19, XVII). Ao prever que as condições para a interconexão de redes serão objeto de livre negociação entre os interessados, mediante acordo, estabelece que, não havendo acordo entre os interessados, a agência, por provocação de um deles, arbitrará as condições para a interconexão (art. 153, § 2º).

A Lei nº 9.478, de 06-08-97, que dispõe sobre a política energética nacional e as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo, estabelece, no art. 20 a necessidade de realizar a mediação e a arbitragem como procedimentos válidos para a solução dos conflitos entre os agentes econômicos. Em seu artigo 43, X, exige, nos contratos de concessão do setor, a inserção de cláusula prevendo a composição de litígios relativos ao contrato e sua execução, inclusive mediante a utilização de meios alternativos, mais especificamente, a conciliação e a arbitragem[46]. O art. 27, parágrafo único, estabelece que, quando os concessionários que atuam em campos que se estendam por blocos vizinhos, não cheguem a um acordo para individualização da produção, a ANP determinará que os interessados submetam a controvérsia imediatamente à arbitragem, de acordo com as condições estabelecidas no contrato de concessão[47].

As agências exercem importante papel na composição dos conflitos relativos aos diversos direitos ligados ao uso da infra-estrutura.

O compartilhamento de infra-estrutura de serviços públicos ou de interesse público, previsto na Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97, arts. 73, 145, 147, 154, 155), como também em outras leis setoriais[48], nada mais é que a atuação do princípio constitucional da livre concorrência (art. 170 e 173 da Constituição Federal de 1988).

---

[46] *Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: ..*

X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional.

[47] *Art. 27. Quando se tratar de campos que se estendam por blocos vizinhos, onde atuem concessionários distintos, deverão eles celebrar acordo para a individualização da produção.*

Parágrafo único. Não chegando as partes a acordo, em prazo máximo fixado pela ANP, caberá a esta determinar, com base em laudo arbitral, como serão eqüitativamente apropriados os direitos e obrigações sobre os blocos, com base nos princípios gerais de Direito aplicáveis.

[48] *V. Lei nº 9.478/97 (Petróleo), art. 58, c/c art. 8º, inc. VI.*

Quando da implantação dos programas de privatização, em decorrência dos conflitos surgidos entre as prestadoras de serviços públicos no que diz respeito ao compartilhamento para infra-estrutura (postes, dutos, condutos e servidões), as agências publicaram uma Consulta Pública Conjunta, a de nº 01/99, onde apresentavam o texto que visava regular esses usos comuns através de críticas e sugestões. Decorrido o prazo para recebimento das contribuições não houve qualquer chamamento de Audiência Pública e, em 24-11-99, foi publicada a primeira Resolução Conjunta 001/99, a qual aprovou o Regulamento Conjunto de Compartilhamento de Infra-estrutura entre os agentes dos setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo, que em seu art. 14, § 2º previu "*esgotadas as tentativas de negociação, e não havendo acordo entre as partes, qualquer delas poderia solicitar a arbitragem das agências*". Mais adiante, disciplinou sobre a arbitragem para a solução de conflitos entre as empresas, nos arts. 23 e 24, e mencionou que haveria um regulamento sobre arbitragem conjunta. Alguns meses depois, as agências divulgaram nova Consulta Pública Conjunta, a de nº 02/2000, propondo um Regulamento Conjunto de Arbitragem, que após o recebimento de sugestões, teve seu texto final publicado e alterado para substituir os dispositivos da Resolução anterior que se referiam à "arbitragem" por "resolução administrativa de conflitos" – quiçá convencidas da falta de fundamentação legal da arbitragem – novamente sem o chamamento de Audiência Pública (Resolução Conjunta n. 002, de 27-03-01, aprova o Regulamento Conjunto de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, sobre compartilhamento de infra-estrutura)[49].

Sustenta Maria D'Assunção Costa Menezello que, se por um lado a adoção da mediação pelas agências reguladoras impõe-se como forma legalmente adequada à solução de conflitos, o instituto da arbitragem não se harmoniza com os poderes e deveres das agências reguladoras. E acrescenta:

Atendendo ao princípio da legalidade e da indisponibilidade e superioridade do interesse público, é bom não olvidar que as matérias que são competências legais exclusivas da agência não são disponíveis para a arbitragem e, portanto, estão excluídas da apreciação de qualquer árbitro, porque a agência tem o dever/poder de cumprir as atribuições recebidas por lei. Essas atribuições, se forem alvo de conflito, só poderão ser resolvidas pelo Poder Judiciário, por dispositivo constitucional[50].

Após concluir que não há arbitramento de conflitos pelas agências reguladoras, afirma a Autora que cabe uma ressalva ao fato de que a Lei Federal nº 9.478/97 (Petróleo) estabelece a possibilidade de se realizar arbitragem nos contratos de concessão dos direitos exploratórios de petróleo ou de gás natural.

---

[49] Maria Sylvia Zanella Di Pietro alerta que em nenhum dos diplomas legais de regência dos setores envolvidos há menção a um órgão constituído por membros das três Agências para dirimir conflitos entre agentes prestadores de serviços de áreas diversas. Dessa forma, as Resoluções nº 1 e 2 exorbitam da função reguladora das Agências ao estabelecerem os Regulamentos Conjuntos de Compartilhamento de Infra- Estrutura e de Resolução de Conflitos dos setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, razão pela qual não são vinculantes para as empresas a que se dirigem, se não fosse por outras razões, seria por sua falta de base legal (*Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia e outras formas*, p. 382-389).

[50] *Agência reguladora e o direito brasileiro.* São Paulo: Atlas, 2002, p. 180-181

Isso em decorrência da natureza jurídica das atividades da indústria do petróleo que são atividades econômicas por definição constitucional. Pondera que nesse caso não foi por decisão da agência, mas do legislador ordinário federal que, em virtude da especificidade e da tradição internacional dos contratos de concessão, de exploração de produção de petróleo determinou que a solução de conflitos deveria resolver-se através de procedimento arbitral internacional[51].

Lucia Valle Figueiredo afirma que as agências não têm poder arbitral para dirimir conflitos entre os prestadores de serviço e o Poder Público, seja ele federal, estadual ou municipal. Não vê, porém, impedimento constitucional para dirimir controvérsias, ou, então, impor regras de convivência, entre as próprias empresas concessionárias, sobretudo na difícil questão do compartilhamento de infra-estrutura[52].

A admissão legal da arbitragem, e mesmo a sua preferência em relação aos demais meios de composição de conflitos vem ensejando polêmica entre os doutrinadores.

Argumentam alguns que, diante dos princípios da supremacia do interesse público, da indisponibilidade dos interesses públicos e dos instrumentos destinados à defesa dos interesses públicos, a Administração Pública, ao contratar, não poderia abrir mão da possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário, por franco desrespeito às regras constitucionais dos direitos e garantias individuais (art. 5º, incisos XXXV, LXIX, LXX e LXXIII). Entendem outros que a arbitragem afrontaria o princípio constitucional da legalidade, dado que na arbitragem é possível que a solução do conflito seja feita por eqüidade, à margem do respeito estrito às normas legais.

Apesar dos questionamentos existentes, é indubitável que a complexidade técnica e especificidade dos conflitos entre as partes nas concessões requer uma celeridade incompatível com a obrigatoriedade de recurso ao Poder Judiciário como única alternativa. Importa ainda ter-se presente que, se, em certos casos, o princípio da indisponibilidade do interesse público afasta o compromisso arbitral, há um campo de interesses patrimoniais disponíveis dentro do qual a arbitragem é, não apenas lícita e constitucional, mas, também, recomendável como alternativa ao litígio judicial, por expressa admissão legal. A questão se desloca, então, para a definição do que possa e do que não possa ser objeto de arbitragem. Nesse sentido já caminha parte da doutrina brasileira ao reconhecer a aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos e buscar definir as hipóteses de seu cabimento: Adilson Abreu Dallari[53], Caio Tácito[54], Eros Roberto

[51] Maria D'Assunção Costa Menezello, op. cit., p. 181. Nesse sentido Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em parecer em que respondeu a consulta do Instituto Brasileiro do Petróleo – IBP, diz que "a concessão para exploração de jazidas de petróleo e gás natural, por se tratar de atividade de natureza econômica assumida pelo Estado em caráter de monopólio, é inconfundível com a concessão de serviço público, esclarecendo que o regime jurídico de direito público, que é aplicável total ou parcialmente ao serviço público, não é da essência da atividade econômica monopolizada. Caracteriza-se a atividade econômica monopolizada, na intervenção do Estado no domínio econômico, que seria próprio do setor privado" (*apud* José Maria Rossani Garcez. Arbitrabilidade no direito brasileiro e internacional. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, São Paulo, n. 12, p. 353, abr./jun. 2001).

[52] *Curso de direito administrativo*, p. 143-144.

[53] Arbitragem na concessão de serviço público. *Revista Trimestral de Direito Público.* São Paulo, n

Grau[55], Diogo de Figueiredo Moreira Neto[56], Mauro Roberto Gomes de Mattos[57], Arnoldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre de M. Wald[58], Selma Maria Ferreira Lemes[59], Fernando Antônio Dusi Rocha[60], Cláudio Viana de Lima[61] e Leon Frejda Szklarowsky[62].

Importa ainda destacar que a arbitragem é meio de composição de controvérsias instaladas apenas entre as partes do contrato, não se encontrando à disposição de terceiros que, julgando-se prejudicados, poderão recorrer ao Judiciário para defesa de seus direitos e interesses.

Deve-se aduzir que a arbitragem em contratos administrativos não poderá observar o critério da eqüidade – em atendimento ao princípio da legalidade –, e nem o sigilo – em respeito ao princípio da publicidade.

Sem dúvida a matéria carece de disciplina específica, que poderá ser editada pela União, pelos Estados e Municípios, à falta de disposição federal detalhando a disciplina procedimental da arbitragem, no âmbito dos contratos administrativos, especialmente os de concessão, como salientado por Adilson Abreu Dallari[63].

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vários são os debates constitucionais suscitados pelas agências reguladoras: os riscos institucionais que representam em face de sua carência de legitimação democrática, a questão da separação de poderes, o princípio da legalidade, desembocando na discussão acerca da intangibilidade do Poder incumbido da prestação jurisdicional. Tais questões não foram até hoje respondidas de forma convincente.

Ressalte-se ainda que, diante do novo governo, as agências vivem período de expectativa de qual será a sua postura com relação a estas instituições, especialmente pelo fato de ter de conviver com dirigentes de agências existentes

---

13, p. 5-10, 1996.

[54] Arbitragem nos litígios administrativos. In: *Temas de direito público (estudos e pareceres)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, v. 3, p 83-88.

[55] Arbitragem e contrato administrativo. *RTDP*, São Paulo, v. 32, p. 14-20, 2000.

[56] Arbitragem nos contratos administrativos. In: *Mutações do Direito Administrativo*, p. 221-235.

[57] Contrato administrativo e a lei de arbitragem. *RDA*, Rio de Janeiro, v. 223, p. 115-131, jan./mar. 2001.

[58] *O direito de parceria e a nova Lei de Concessões (análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95).* São Paulo: RT, 1996. p. 140.

[59] Arbitragem na concessão de serviço público – perspectivas. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* , São Paulo, n. 17, p. 342-354, jul./set. 2002.

[60] Da possibilidade do uso da arbitragem nos contratos administrativos. *Revista Licitar*, São Paulo, n. 1, p. 32, jul. 1997.

[61] A Lei de arbitragem e o art. 23, XV da Lei de Concessões. *RDA*, Rio de Janeiro, n. 209 , p. 91-104 , jul./set. 1997.

[62] Arbitragem e os contratos administrativos. *RDA*, Rio de Janeiro, n. 209, p. 105-107, jul./set. 1997.

[63] Op. cit., p. 8-9.

indicados pelo governo anterior e aprovados pelo Senado.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Informação não disponível