

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO**

Luciana Luso de Carvalho

O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

**Porto Alegre
2007**

Luciana Luso de Carvalho

O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Especialista em Regulação de Serviços Públicos, pelo Programa de Pós-Graduação em Administração da Escola de Administração da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Bruno Miragem

Porto Alegre

2007

Luciana Luso de Carvalho

O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Especialista em Regulação de Serviços Públicos, pelo Programa de Pós-Graduação em Administração da Escola de Administração da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Bruno Miragem

Conceito final:

Aprovado em de de .

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. -

Prof. Dr. -

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, ao Conselho Superior da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS, que possibilitou a realização do Curso de Especialização em Regulação dos Serviços Públicos.

Agradeço ao Dr. Jorge Accurso, Diretor-Geral da AGERGS, por seu empenho na constante qualificação do corpo técnico da Agência.

Agradeço aos colegas da AGERGS que, em um ambiente multidisciplinar, contribuem para meu constante aprendizado.

Agradeço também ao colega Nilton Telichevesky pela importante colaboração na realização deste trabalho.

Agradeço ao Professor Bruno Miragem, pela orientação recebida.

Finalmente, meus agradecimentos aos meus amigos e amigas, pelo constante incentivo, em especial à Alexandra Pezzi, Gisele Barbosa, Mafalda Serveira e Jorge Alberto dos Santos.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo apresentar um panorama do controle a que estão sujeitas as agências reguladoras, sobretudo em relação à competência discricionária exercida na atividade-fim. Para isso, é analisado o controle institucional exercido pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, Tribunais de Contas e Ministério Público, que, embora amplo e não limitado a aspectos meramente formais de legalidade, não pode alcançar o mérito das opções realizadas pelo regulador. Finalmente, são examinados também aspectos pertinentes ao controle social, fundamental para o aprimoramento das agências reguladoras e sua maior legitimação perante a sociedade.

Palavras-chave: reestruturação do Estado - autonomia das agências reguladoras - controle das agências.

ABSTRACT

The purpose of this work is to provide an overview of the control to which regulatory agencies are subject to, mostly in relation to the discretionary authority exercised in their core activities, so as to determine their limits. For that matter, analysis is made of the institutional control exercised by the Executive, Legislative and Judicial Powers, the Audit Court and the Federal Public Prosecutor's Office, which, despite being comprehensive and not limited to the merely formal aspects of legality, cannot interfere in the choices made by the regulatory agencies. Finally, analysis is also made of issues related to social control, which is critical to the improvement of regulatory agencies and their legitimation by society.

Key words: State restructuring – the autonomy of regulatory agencies – regulatory agency control

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL	11
2.1 A REDEFINIÇÃO DO PAPEL DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO.....	11
2.2 A CRIAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS.....	16
3 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	19
3.1 EXERCÍCIO DE FUNÇÃO TIPICAMENTE ESTATAL.....	19
3.2 AUTONOMIA QUALIFICADA.....	21
3.3 DISCRICIONARIEDADE E TECNICIDADE DOS ATOS REGULATÓRIOS...	24
3.4 CONSENSUALIDADE.....	27
3.5 PROCESSUALIDADE NA FORMAÇÃO DOS ATOS REGULATÓRIOS.....	30
4 O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	32
4.1 FORMAS DE CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	32
4.2 O CONTROLE INTERNO.....	33
4.3 O CONTROLE EXTERNO.....	34
4.3.1 O controle realizado pelo Poder Executivo.....	34
4.3.2 O controle realizado pelo Poder Judiciário.....	41
4.3.3 O controle realizado pelo Poder Legislativo.....	45
4.3.4 O controle realizado pelos Tribunais de Contas.....	47
4.3.5 O controle realizado pelo Ministério Público.....	53
4.3.6 O controle social.....	54
5 CONCLUSÕES	57
REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

A criação de agências reguladoras no Brasil resultou da redefinição do papel do Estado no domínio econômico, fenômeno que tem origem, dentre outros fatores, no paulatino esgotamento de recursos públicos que ocorreu a partir da década de 80.

Contudo, a regulação não é fenômeno novo no Estado brasileiro, apontando a doutrina a existência de entes e órgãos administrativos que, já no início do século XX¹, desempenhavam autênticas funções regulatórias, disciplinando e fiscalizando serviços públicos e atividades econômicas *stricto sensu*.

No entanto, o exercício de tal função por entes que têm sua origem próxima na experiência norte-americana², com natureza autárquica especial, constitui novidade institucional que tem causado rejeições e dificuldades de compreensão de suas finalidades, competências e limites pela sociedade, pelas instituições e órgãos que com as agências necessariamente se relacionam, e também em parcela do meio acadêmico.

Tais dificuldades devem-se, principalmente, às características próprias de tais entes, destacando-se, em especial, a natureza jurídica de autarquia especial, que lhes confere autonomia qualificada em relação às demais autarquias, atributo esse que pode ser traduzido, em síntese, na impossibilidade de exoneração *ad nutum* de seus dirigentes, em face da previsão de mandatos fixos, o que reforça a independência decisória em relação ao Poder Executivo.

No entanto, também não se pode desconsiderar, como causa da resistência às agências, identificada em certos segmentos da sociedade, a postura ideológica contrária à redução do papel do Estado na Economia e a realização da regulação por esses novos entes estatais.

¹ É o caso, por exemplo, do Instituto de Defesa Permanente do Café, criado em 1923 e do Instituto do Alcool e do Açúcar, criado em 1933 (GROTTI, 2003, p. 32). Mais recentemente, pode-se citar o Banco Central do Brasil, criado pela Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e a Comissão de Valores Mobiliários, criada pela Lei n.º 6.385, de 7 de dezembro de 1976 e reestruturada pela Lei n.º 10.411, de 26 de fevereiro de 2002, que, sem dúvida alguma, exercem a regulação econômica no setor financeiro e de mercado de capitais, respectivamente.

² A primeira agência americana foi a Interstate Commerce Commission, criada em 1887, para regular o transporte ferroviário. Todavia, como aponta Marçal Justen Filho (2002, p. 55), parte da doutrina credita a instituição pioneira de agências reguladoras à Inglaterra.

Essa autonomia peculiar exige das agências reguladoras, em contrapartida, reforço no dever de transparência de seus atos, tornando constante a prestação de contas em relação a todas as suas atividades.

Por seu turno, os entes e órgãos competentes para o exercício do controle externo da Administração Pública têm seu campo de atribuições ampliado, de modo a compreender também as atividades exercidas por essas novas instituições.

Mas, se por um lado, a maior autonomia conferida a um ente administrativo exige o correlato fortalecimento do controle externo, a experiência tem demonstrado, em determinados casos, a existência de problemas relacionados ao alcance e limites desse controle, resultando, muitas vezes, na invasão de competências dos entes reguladores, sobretudo aquelas que são discricionárias e referentes à atividade-fim.

Com efeito, não é raro ver-se medidas administrativas adotadas pelo Poder Executivo para restringir a autonomia das agências, como o contingenciamento de recursos próprios, afetando diretamente as funções regulatórias. O Poder Judiciário e os Tribunais de Contas, por seu turno, muitas vezes adentram no mérito das decisões regulatórias, substituindo o regulador e violando as legítimas competências conferidas por lei às agências.

Portanto, partindo-se dessas constatações, o presente estudo visa a analisar, mediante pesquisa bibliográfica, adoção do método de abordagem dedutivo e a conjugação dos métodos de procedimento histórico, comparativo e analítico, o controle das agências reguladoras, sob o enfoque subjetivo, relativo ao ente ou órgão controlador.

Pretende-se, assim, formar um panorama acerca das diversas espécies de controle a que estão sujeitas as agências, definindo os limites de tal atividade, especialmente no que diz respeito às competências discricionárias exercidas na atividade-fim dos entes reguladores.

Para isso, será realizada, no capítulo inicial, abordagem dos antecedentes das agências reguladoras no Brasil, partindo-se, no capítulo segundo, para a análise das principais características dessas novas instituições, aspectos fundamentais para a adequada compreensão das agências e do tema central desta monografia.

Em seguida, no capítulo terceiro, será abordado o controle das agências, partindo-se da divisão entre controle interno e externo. Em relação ao controle externo, analisa-se inicialmente o controle realizado pelo Poder Executivo, com

destaque para dois de seus instrumentos – recurso hierárquico impróprio e contrato de gestão. Posteriormente, examina-se o controle exercido pelos Poderes Judiciário e Legislativo, Tribunais de Contas e Ministério Público.

Por fim, examina-se também o controle social, cuja importância é fundamental, pois, além do exercício da função fiscalizadora propriamente dita, também constitui instrumento para a legitimação das agências perante a sociedade.

2 AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

2.1 A REDEFINIÇÃO DO PAPEL DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

A partir da década de 80, o país passa a vivenciar absoluta crise de recursos financeiros estatais para dar continuidade ao modelo intervencionista, caracterizado pela participação direta do Estado na economia mediante a prestação de serviços públicos e a execução de atividades econômicas estratégicas, na linha desenvolvimentista iniciada nos anos 50, que atingiu o auge com o denominado “milagre econômico”³.

Em relação aos serviços públicos de natureza econômica, remunerados por tarifas, a crise financeira impedia, por exemplo, a necessária atualização, causando *déficit* tecnológico em relação aos países desenvolvidos, e a universalização, política que se fazia - e se faz - urgente em face do crescimento demográfico e do aumento das necessidades da população⁴. Tinha-se, portanto, serviços quantitativamente insuficientes e de má qualidade.

No que tange às atividades econômicas *stricto sensu*, a escassez de recursos repercutia na competitividade com o setor privado, inclusive no plano internacional, uma vez que os avanços tecnológicos exigidos das estatais não podiam ser implementados em sua inteireza, aumentando os custos de produção.

Some-se a isso, tanto nos serviços públicos, quanto nas demais atividades econômicas prestadas pelo Estado, as dificuldades na gestão das empresas, que apresentavam estruturas pesadas e muitas vezes ineficientes, sendo utilizadas freqüentemente como moeda política, fato esse que refletia nos respectivos custos e em sua produtividade.

A propósito, cumpre referir que, até 1930, havia no país 17 empresas estatais, número esse que na década de 50 chegou a 70, passando para 582 empresas na década de 80, o que demonstra a evolução da participação direta do Estado na economia e o vulto alcançado pelas estatais, que atuavam, como se sabe, nas mais

³ Cabe referir que nas décadas de 60 e 70 surgiram os grandes grupos estatais como Eletrobrás, Siderbrás, Nuclebrás, Telebrás e Portobrás (GUERRA, 2005, p. 34).

⁴ Lembre-se, a propósito, o exemplo da telefonia no Estado do Rio Grande do Sul na década de 90, não tão distante: o prazo contratual para a instalação de linha telefônica era de até dois anos, o que fomentava a existência de significativo mercado paralelo.

diversas áreas: telefonia, energia elétrica, siderurgia, petróleo, sistema financeiro, mineração (TÁCITO, 2005, p. 113).

Nesse contexto, a regulação da economia era realizada, em grande parte, diretamente pelas próprias empresas estatais, de modo vertical, sujeita fortemente a interesses político-partidários, inexistindo a necessária distinção entre políticas públicas e regulatórias, como aponta Floriano de Azevedo Marques Neto:

Nesta perspectiva, da regulação da atividade pela reserva de sua exploração ao Estado, por óbvio, inexistia a separação entre regulador e operador da utilidade. A regulação (regulamentação, política tarifária, planejamento e expansão, fiscalização etc) do serviço ou era feita internamente à própria operadora ou nos espaços estatais que a controlavam. Portanto, no contexto de intervenção direta, há uma confusão entre regulador e operador, o que torna muito pouco claros os parâmetros regulatórios (2002, p. 19-20).

A reforma do Estado, além de resultar das questões econômicas acima mencionadas e também da opção ideológica dominante na época, constitui reflexo das tendências mundiais, que apontavam para a redução da atuação estatal no domínio econômico.

A esse respeito, Enrique Saravia (2004), comparando a instituição de agências reguladoras na Argentina e no Brasil, observa que o clima internacional marcado pela tendência de privatização, o ressurgimento do discurso do "Estado mínimo", além de uma liquidez internacional nunca antes registrada, somaram-se, no caso dos dois países, a uma pressão inusitada derivada do alto endividamento externo e da situação precária das finanças públicas.

Luís Roberto Barroso (2003, p. 21-22) assevera que o Estado intervencionista chegara, ao fim do século XX, "grande, ineficiente, com bolsões endêmicos de corrupção e sem conseguir vencer a luta contra a pobreza". Por isso, continua esse eminente constitucionalista,

a privatização de serviços e atividades empresariais, por paradoxal que possa parecer, foi, em muitos domínios, a alternativa possível de publicização de um Estado apropriado privadamente, embora, é verdade, o modelo escolhido não tenha sido o da democratização do capital (BARROSO, 2003, p. 21-22).

Assim, as agências reguladoras tornaram-se instrumento necessário para conferir segurança aos investidores em relação ao cumprimento da legislação e dos

contratos e assim garantir o aporte de investimentos indispensáveis ao desenvolvimento dos setores econômicos que foram objeto de desestatização. Nesse sentido, a lição de Conrado Hübner Mendes:

Outro fator, porém, veio a complementar a necessidade de regulação: a privatização de empresas estatais demanda investimentos de grande monta por parte de agentes econômicos multinacionais, que, por sua vez, pretendem conferir segurança a seus capitais. Sendo assim, a regulação que venha a sofrer certa atividade não deve estar submetida a interesses políticos, que, geralmente, sopesam outros fatores que não os meramente técnicos de cada atividade.

Diante dessa realidade, fez-se necessária a criação de um ente que, além de suas peculiaridades específicas, detenha um outro traço fundamental: *independência* em relação ao poder político (2000, p. 108-109) [grifos do autor].

Com efeito, a instituição de entes dotados de características que visam a evitar ingerências políticas na regulação de atividades econômicas, aqui abrangidos os serviços públicos, constituiu fator essencial para o aporte de capital privado nacional e sobretudo estrangeiro, tendo em vista a necessidade de conferir estabilidade aos setores regulados e segurança jurídica aos potenciais investidores, bem como garantir a existência de ambiente competitivo.

A Constituição Federal de 1988, expressando o movimento pendular da Ordem Econômica a que se refere Caio Tácito (2005, p. 16-17), verificado nas sucessivas Constituições brasileiras, que ora consagraram o modelo intervencionista estatal, ora afirmaram a liberdade de iniciativa no campo econômico, significou o coroamento da paulatina transformação da atuação estatal no domínio econômico ocorrida a partir dos anos 80.

O Título VII da Constituição Federal, que dispõe sobre a Ordem Econômica e Financeira, estabelece que a valorização do trabalho e a livre iniciativa são pilares da Ordem Econômica, cuja finalidade é assegurar a existência digna de todos, como previsto no art. 170. Tal dispositivo estabelece ainda que são princípios da ordem econômica, dentre outros, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência e a defesa do consumidor.

Mas são os arts. 173, *caput*, e 174 que melhor evidenciam a opção do Constituinte pela redução da participação direta do Estado no domínio econômico, consagrando o princípio da subsidiariedade:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

[...]

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

À promulgação da Constituição Federal seguiu-se a Lei n.º 8.031, de 12 de abril de 1990, que criou o Programa Nacional de Desestatização⁵, com os seguintes objetivos fundamentais, expressos no art. 1º: reordenamento da posição estratégica do Estado na economia, com a transferência à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; redução da dívida pública; retomada de investimentos nas empresas e atividades transferidas à iniciativa privada; modernização do parque industrial do País, com a ampliação de sua competitividade; concentração da administração pública nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; e fortalecimento do mercado de capitais.

Cabe ainda, pela importância das mudanças implementadas a partir de 1990, referir alguns dispositivos da Lei n. 8.031/90, pois conferem a noção do novo modelo de Estado:

Art. 2º Poderão ser privatizadas, nos termos desta lei, as empresas:

I - controladas, direta ou indiretamente, pela União e instituídas por lei ou ato do Poder Executivo; ou

II - criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram ao controle, direto ou indireto, da União.

§ 1º Considera-se privatização a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade.

[...]

Art. 4º Os Projetos de privatização serão executados mediante as seguintes formas operacionais:

I - alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações junto ao público, empregados, acionistas, fornecedores e consumidores;

II - abertura de capital;

III - aumento de capital com renúncia ou cessão, total ou parcial, de direitos de subscrição;

IV - transformação, incorporação, fusão ou cisão;

⁵ Caio Tácito (2000, p. 113) refere que, anteriormente à Constituição Federal, o Decreto n.º 83.740/79, que criou o Programa Nacional de Desburocratização, já esboçava a tendência à redução da participação estatal na economia. Esse decreto foi recentemente revogado pelo Decreto n.º 5.378/2005.

V - alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações; ou

VI - dissolução de empresas ou desativação parcial de seus empreendimentos, com a conseqüente alienação de seus ativos.

[...]

Art. 7º A privatização de empresas que prestam serviços públicos, efetivada mediante uma das modalidades previstas no art. 4º, pressupõe a delegação, pelo Poder Público, da concessão ou permissão do serviço objeto da exploração, observada a legislação específica.

Veja-se que a Lei nº 8.031/90 adotava o termo "privatização" como gênero da transferência de atividades econômicas exercidas pelo Estado para a iniciativa privada, quando, na verdade, o termo "desestatização" apresenta-se mais adequado, compreendendo diversos instrumentos para tal objetivo: desmonopolização de atividades econômicas, alienação da participação societária estatal, inclusive do controle acionário de empresas estatais, delegações da prestação de serviços públicos a particulares, arrendamento, locação, comodato, cessão de bens e instalações, dentre outros.

Posteriormente, foi editada a Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997⁶, que dispôs sobre o Programa Nacional de Desestatização, revogando a Lei nº 8.031/90. Entretanto, muitos dos dispositivos da lei revogada foram mantidos, inclusive, em termos gerais, aqueles acima transcritos.

Nesse contexto, é oportuno citar a observação de Bruno Miragem (2004, p. 69), para quem a satisfação do consumidor de serviços públicos serviu para a legitimação de sua delegação, "sob o argumento de que apenas a flexibilidade inerente à livre iniciativa dos particulares ofereceria as condições necessárias para a prestação do serviço adequado e sua universalização".

Finalizando a síntese cronológica das alterações econômicas pelas quais passou o Estado, cabe referir a promulgação das Emendas Constitucionais de n.º 5 a n.º 8, todas de 15 de agosto de 1995, bem como a Emenda Constitucional n.º 9, de 9 de novembro de 1995. Cumpre destacar especialmente a Emenda n.º 8/95, que dispôs sobre o serviço público de telecomunicações, estabelecendo a previsão de um "órgão regulador", bem como a Emenda n.º 9/95, que também fez idêntica previsão em relação ao petróleo.

Quanto às agências reguladoras, não se pode deixar de observar que, implicando inversão de etapas, tais entes foram constituídos, em regra, após a

⁶ A Lei nº. 9.491/97 encontra-se regulamentada pelo Decreto nº. 2.594, de 15 de maio de 1998.

desestatização de serviços públicos e demais atividades econômicas empreendidas pelo Estado.

Nesse sentido, Enrique Saravia (2004) ressalta que a pressa em concretizar os processos de desestatização não permitiu a realização de análises prévias, a preparação do mercado e, principalmente, a adequação do marco regulatório à nova realidade. Além disso, não houve previsão das alterações de mercado, dos efeitos sobre os clientes das empresas e os usuários dos serviços e, finalmente, sobre os efeitos futuros no balanço de pagamentos.

Tal peculiaridade no processo de instituição das agências regulatórias acarretou sérias dificuldades às primeiras agências, muitas das quais persistem até os dias atuais, tendo em vista que não houve participação de tais entes na modelagem do setor regulado e, em particular, dos contratos de delegação dos serviços públicos.

Some-se a isso as naturais disputas entre órgãos governamentais e agências, em razão da integração desses novos centros de poder na estrutura da Administração Pública e da dificuldade de compreensão de seu papel, não identificado com a formulação de políticas públicas, cuja responsabilidade compete ao Poder Legislativo e, mais diretamente, ao Poder Executivo.

2.2 A CRIAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

A primeira agência reguladora brasileira não tem previsão constitucional. A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL foi criada pela Lei n.º 9.427, de 26 de novembro de 1996 para regular o setor elétrico⁷. Em seguida, ainda no âmbito federal, foram criadas a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, mediante Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, e a Agência Nacional do Petróleo - ANP, mediante Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997.

Posteriormente, foram instituídas a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei n.º 9.782/99), Agência Nacional de Saúde suplementar – ANS (Lei n.º 9.961/00), Agência Nacional de Águas – ANA (Lei n.º 9.984/00), Agência Nacional

⁷ Registre-se que a AGERGS, criada pela Lei n.º 10.931, de 9 de janeiro de 1997, foi a primeira agência a ser **instalada** no país (A História da AGERGS, 2001, p. 17).

de Transportes Aquaviários – ANTAQ e Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (ambas criadas pela Lei n.º 10.233/01), Agência Nacional de Cinema – ANCINE (MP n.º 2.228/01)⁸ e, mais recentemente, a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC (Lei n.º 11.182/05).

Assinale-se também que, no âmbito estadual, foram instituídas diversas agências, geralmente de caráter multissetorial, existindo, inclusive, Estados que apresentam mais de uma agência reguladora em sua estrutura administrativa, como é o caso de São Paulo, que conta com a Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE, competente para regular os serviços de energia elétrica e de gás canalizado, e a ARTESP, agência competente para regular o serviço público de transporte intermunicipal e de concessões rodoviárias.

Não se pode deixar de referir ainda a existência de algumas agências municipais, que geralmente regulam os serviços de saneamento básico e transporte municipal, podendo-se citar como exemplos os municípios de Natal, Mauá, Joinville e Cachoeiro do Itapemirim.

Mas, na onda da instituição de entes reguladores com denominação nova na Administração Pública brasileira e, sobretudo, importada dos Estados Unidos, foram criados entes e órgãos administrativos, também denominados "agência", que, na verdade, não têm competência regulatória. É o que ocorre com a Agência de Desenvolvimento da Amazônia – ADA⁹ e a Agência de Desenvolvimento do Nordeste – ADENE¹⁰, que são órgãos de fomento criados para o desenvolvimento da Amazônia Legal e Região Nordeste, respectivamente.

Cabe observar ainda que as agências reguladoras não se confundem com as agências executivas. Estas constituem entidades ou órgãos integrantes da administração direta e indireta a quem se atribui maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira em decorrência da celebração de contrato de gestão com o poder público, visando ao controle de resultados mediante o estabelecimento de

⁸ Considerando-se a atividade regulada, a ANCINE apresenta-se, na verdade, como agência de fomento da indústria cinematográfica e videofonográfica brasileira, em que pese suas competências normativas, fiscalizatórias e sancionatórias.

⁹ Autarquia federal criada pela Medida Provisória n.º 2.157/2001, em substituição à SUDAM.

¹⁰ Autarquia federal criada pela Medida Provisória n.º 2.146/2001, em substituição à SUDENE.

metas de desempenho, como previsto no art. 37, § 8º, da Constituição Federal¹¹, na Lei n.º 9.649, de 27 de maio de 1998 e no Decreto n.º 2.487, de 2 de fevereiro de 1998.

Finalmente, é preciso referir, com apoio nas ponderações de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*apud* SOUTO, 2002, p. 17-18), que as recentes transformações pelas quais passou o Estado, sintetizadas nas linhas acima, provocaram importantes mutações também no Direito Administrativo, das quais se destacam a introdução do conceito de público não-estatal, a valorização da consensualidade, a adoção de novos instrumentos para a atuação do Estado, como as agências reguladoras, organizações sociais, audiências públicas e arbitragem nos contratos administrativos.

¹¹ “Art. 37. [...]”

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I – o prazo de duração do contrato;

II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III – a remuneração do pessoal”.

3 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

3.1 EXERCÍCIO DE FUNÇÃO TIPICAMENTE ESTATAL

Inicialmente, cumpre salientar que as agências exercem função eminentemente estatal, destinando-se à regulação de serviços públicos e atividades econômicas de interesse coletivo. É preciso deixar claro, contudo, que o exercício dessa função não compreende a formulação de políticas públicas ou o planejamento econômico, cuja competência é governamental.

Embora as agências sejam, nesse campo, importantes fontes de consulta e orientação, tendo em vista a experiência e conhecimento do setor regulado, cabe-lhes implementar os objetivos, programas e metas definidos pelo Governo, servindo-se, para isso, dos instrumentos legais de que dispõe, dentre os quais destaca-se o estabelecimento de normas infralegais e a fiscalização dos agentes regulados.

Nesse sentido, é bastante oportuna a lição de Floriano Marques de Azevedo Neto, autor que tem dado expressivas contribuições à Regulação, ao distinguir políticas de Estado, políticas de governo, políticas públicas e políticas regulatórias. As primeiras, que estruturam e condicionam as demais,

[...] são aquelas definidas, por lei, no processo complexo que envolve o Legislativo e o Executivo. Nelas vêm consignadas as premissas e objetivos que o Estado brasileiro, num dado momento histórico, quer ver consagrados para um dado setor da economia ou da sociedade (2005, p. 86).

As políticas de governo, prossegue o autor, "são os objetivos concretos que um determinado governante eleito pretende ver impostos a um dado setor da vida econômica ou social" (AZEVEDO NETO, 2005, p.86). As políticas governamentais aliadas às políticas de Estado formam as políticas públicas, que visam ao planejamento da economia ou de determinado setor em particular. São definidas como:

[...] metas, programas princípios e objetivos da ação governamental definidas a partir de processos decisórios politicamente mediados com vistas a orientar, articular e coordenar a atuação de agentes públicos e privados e a alocação de recursos públicos e privados para atingir interesses públicos considerados relevantes num dado momento histórico (AZEVEDO NETO, 2005,p. 86).

Por sua vez, as políticas regulatórias compreendem as opções do regulador quanto aos meios e instrumentos disponíveis para a implementar as políticas públicas, envolvendo juízo de necessidade e intensidade da intervenção:

Não se admite que o manejo das políticas regulatórias contrarie, negue ou esvazie as políticas públicas. Porém, será no âmbito das políticas regulatórias que será definido o timing e o resultado de um política pública setorial. [...] Nessa perspectiva, a política regulatória envolverá a margem de liberdade do regulador em ponderar os interesses regulados e equilibrar os instrumentos disponíveis no sentido de intervir no sistema sem inviabilizar seus pressupostos (AZEVEDO NETO, 2005, p. 88).

Tais distinções têm por objetivo demonstrar o âmbito próprio de atuação das agências reguladoras, que exercem típica função estatal, de implementação de políticas públicas mediante políticas regulatórias que são de sua exclusiva competência.

Outro aspecto que merece realce diz respeito à multiplicidade de poderes atribuídos às agências para o condicionamento da atividade dos agentes econômicos, muitas vezes incompreendidos por parte da doutrina, uma vez que se assemelham às funções dos Poderes Legislativo e Judiciário, embora evidentemente com eles não se confundam. Nesse sentido, a adequada síntese de Marçal Justen Filho:

As agências são estruturas burocráticas não enquadradas na estruturação hierárquica dos poderes tradicionais. Recebem competências de diversa ordem para fiscalizar a formulação de decisões políticas, verificar o cumprimento dos deveres institucionais por parte das autoridades públicas, promover a implementação de valores fundamentais consagrados constitucionalmente, concentrar conhecimento técnico e a produção de decisões dele derivadas e assim por diante (2002, p. 358).

Mas, apesar de algumas críticas e divergências acadêmicas, o fato é que as agências reguladoras exercem poder normativo infralegal, especificando os conceitos e comandos legais para o setor regulado¹². Compete às agências,

¹² Parcela considerável da doutrina entende que os atos normativos das agências reguladoras decorrem da denominada **deslegalização**. Para Alexandre Santos de Aragão (2003, p. 418), "a deslegalização é um instituto umbilicalmente ligado à atribuição, mormente na seara econômica, de largos poderes normativos a órgãos ou entidades da Administração Pública." Por esse fenômeno, a lei, sem dispor a respeito de determinada matéria, transfere sua disciplina à Administração para que esta a normatize, mediante a edição de regulamentos, à exceção das matérias expressamente reservadas à lei. Conforme lição de García de Enterría (*apud* ARAGÃO, 2003, p. 420), a própria lei opera a degradação de seu grau hierárquico, permitindo que a matéria seja disciplinada por regulamentos que poderão inovar e revogar leis anteriores, o que não seria possível se não houvesse a prévia lei degradadora. Finalmente, sustenta Aragão (2003, p. 424) que "A deslegalização estaria implícita no amplo poder normativo (esteado em *standards* gerais) conferido pelas leis instituidoras às agências reguladoras para exercer as suas competências regulando determinado setor da economia, principalmente em seus aspectos técnicos, observada a política pública fixada pela Lei e pela Administração central".

também, moderar e dirimir conflitos surgidos entre delegatários, usuários e poder concedente, em caráter final, no âmbito administrativo.

Além disso, as agências exercem função executiva, compreendendo, por exemplo, atos de delegação de exploração de bens e serviços públicos, reajustes e revisões tarifárias, fiscalização das atividades econômicas reguladas e imposição de sanções aos agentes.

3.2 AUTONOMIA QUALIFICADA

A independência das agências reguladoras é sua principal característica e está diretamente relacionada com o tema desta monografia, razão pela qual torna-se necessário examiná-la, ainda que de modo breve.

Importa esclarecer, de início, que tal independência não é absoluta, o que, como aponta Marçal Justen Filho (2002, p. 400), equivaleria à soberania, assegurada apenas ao Estado brasileiro. Por isso, prefere-se falar em autonomia qualificada ou diferenciada em relação às autarquias comuns, de modo a evitar confusões conceituais, sobretudo por aqueles que ainda enxergam com reservas as agências reguladoras.

Assim, além da autonomia financeira e administrativa, que são atributos próprios de todas as autarquias, as agências reguladoras apresentam um regime diferenciado, que lhes confere maior autonomia em relação ao Poder Executivo, indispensável para o pleno exercício de suas funções.

Apesar de existirem pequenas variantes instituídas nas leis de criação das agências, pode-se dizer que a autonomia qualificada dos entes reguladores é assegurada pela existência de um órgão decisório colegiado, mandato fixo de seus dirigentes e não coincidentes com o mandato do Chefe do Executivo¹³, bem como a competência decisória final no âmbito administrativo.

¹³ Cumpre referir que tais garantias já estão previstas no Projeto de Emenda Constitucional n.º 81, de 31 de outubro de 2003, de iniciativa do Senador Tasso Jereissati, e no Projeto de Lei n.º 3.337, de 13 de abril de 2004, de iniciativa do Poder Executivo, que trata da gestão, organização e controle social das agências reguladoras.

Como observa Justen Filho (2002, p. 426), o modelo de decisão colegiada é o mais adequado para impedir que determinados indivíduos tornem-se titulares únicos do poder decisório e, conseqüentemente, mais suscetíveis a disputas e interesses político-partidários.

Por seu turno, a previsão de mandato fixo é fundamental para reforçar a autonomia das agências, pois a possibilidade de exoneração *ad nutum* sujeitaria seus dirigentes a interferências indevidas do poder político, possibilitando a instabilização da agência e do setor regulado a cada eleição ou em razão de decisões contrárias aos interesses político-partidários dominantes¹⁴.

A descoincidência de mandatos é, igualmente, relevante instrumento para a garantia da autonomia das agências, de modo a evitar, a cada novo mandato do Chefe do Executivo, o alinhamento indesejado de seus dirigentes ao Governo¹⁵.

A competência para decidir em última instância no âmbito do Poder Executivo destina-se, à semelhança das características acima mencionadas, à garantia do perfil técnico das agências, afastando-as das influências político-partidárias decorrentes de eventual revisão de suas decisões pelos órgãos a que estão vinculadas – ministérios ou secretarias -, razão pela qual o modelo de agências é incompatível com o recurso hierárquico impróprio, tema que será tratado adiante, com maior detalhamento.

Por isso, a autonomia comum das autarquias, sujeitas ao controle político, não serve para a regulação de atividades econômicas e de serviços públicos, nos quais estão em jogo ampla gama de interesses, freqüentemente opostos e que exigem constante ponderação por parte do regulador, como ressalta, com propriedade, Floriano de Azevedo Marques Neto:

A independência se põe, portanto, essencial para que o regulador possa exercer suas funções de forma equidistante em relação aos interesses dos regulados (operadores econômicos), dos beneficiários da regulação (os usuários, consumidores, cidadãos) e ainda do próprio poder político, ficando protegido tanto dos interesses governamentais de ocasião,

¹⁴ A esse respeito, não é demais lembrar a experiência da AGERGS, que teve o mandato fixo de seus conselheiros questionado pelo então Governador Olívio Dutra, na ADIn n.º 1.949-0, sendo, em decisão liminar do Supremo Tribunal Federal, reconhecida a restrição à livre exoneração dos conselheiros pelo Governador do Estado, à exceção da ocorrência de justo motivo.

¹⁵ Nesse aspecto, embora não se concorde, cabe referir a opinião contrária (e, ao que parece, minoritária) de Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 161), para quem os mandatos não devem ultrapassar um período governamental: "Isso seria o mesmo que engessar a liberdade administrativa do novo Governo". Sustenta ainda o autor que é "da essência da República a temporariedade dos mandatos, para que o povo se o desejar, possa eleger seus governantes com orientações políticas e administrativas diversas do Governo precedente".

quanto dos interesses estatais diretamente relacionados ao setor regulado (como titular da atividade objeto da regulação – no caso de serviços públicos; como titular do bem explorado no setor – no caso de bens públicos escassos ou de bens reversíveis -; e no caso de titular do capital de empresa que opera no setor regulado, nas ocasiões em que o setor foi aberto à competição, mas nele remanesceram operadores públicos) (2005, p. 68).

Com efeito, a autonomia de que ora se trata é garantia fundamental para a consecução de estabilidade e segurança jurídica nos setores econômicos sujeitos à regulação, alcançando não apenas os agentes regulados e potenciais investidores, mas também os atuais e futuros usuários, cujos direitos estão previstos nos denominados marcos regulatórios. Mas não é só: a estabilidade regulatória beneficia também o Governo, uma vez que tal ambiente favorece a atração de investimentos privados para setores estratégicos que são indispensáveis ao desenvolvimento nacional.

Ressalte-se que, embora a autonomia qualificada das agências seja caracterizada pela direção colegiada, mandato fixo de seus dirigentes e não coincidente com mandatos políticos, bem como pela competência decisória final no âmbito administrativo, o pleno desempenho das elevadas funções regulatórias por esses novos entes estatais exige a observância de outras garantias, como, por exemplo, o regime estatutário de seus servidores, que permite o exercício da regulação de modo independente.

Por isso, os dispositivos da Lei n.º 9.986, de 18 de julho de 2000, que estabeleciam a adoção de regime celetista para o pessoal das agências reguladoras foram inicialmente suspensos na ADI n.º 2.371, em caráter liminar (decisão proferida em 19 de dezembro de 2000), sendo posteriormente revogados pela Lei n.º 10.871, de 20 de maio de 2004.

Por fim, convém destacar que a autonomia financeira e administrativa das agências reguladoras não pode deixar de ser efetivamente observada, sob pena de neutralizar as peculiaridades que lhes são próprias, especialmente sua autonomia qualificada, e inviabilizar o exercício pleno das funções regulatórias, em prejuízo dos setores econômicos regulados, dos consumidores e da sociedade em geral¹⁶.

3.3 DISCRICIONARIEDADE E TECNICIDADE DOS ATOS REGULATÓRIOS

¹⁶ Cite-se, a propósito, o sucessivo contingenciamento orçamentário imposto pelo Poder Executivo às agências federais, que tem impedido o completo desempenho das funções regulatórias, como ocorre, por exemplo, em relação às fiscalizações das atividades reguladas, que precisam ser redimensionadas e reduzidas em razão da falta de liberação financeira.

Como se sabe, a discricionariedade é a competência conferida por lei ao administrador para optar entre soluções possíveis de forma a melhor atender à finalidade do ato prescrita na legislação, tendo em vista a impossibilidade fática do legislador prever qual é a melhor solução a ser adotada em cada caso concreto.

Em que pese a existência de corrente doutrinária que distingue a aplicação discricionária da lei e a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados¹⁷, reconhece-se, com apoio na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 822), que a discricionariedade abrange tanto as hipóteses em que a lei deixa margem de liberdade ao administrador para decidir segundo critérios de conveniência e oportunidade, quanto as hipóteses legais que apresentam conceitos jurídicos indeterminados, cuja definição deverá ser realizada pelo administrador no momento da integração da lei.

Não é demais salientar que, para a aplicação discricionária de determinado dispositivo não é suficiente a previsão legal, uma vez que o exercício da competência discricionária depende do modo como se apresenta determinada situação, sendo indispensável que a medida escolhida pelo administrador seja adequada ao caso concreto.

Mas não é só: além da previsão legal da competência discricionária e sua subsunção ao caso concreto, seu exercício exige razoabilidade, proporcionalidade e adequação à finalidade da norma, aspectos esses que compõem a legalidade em sentido amplo e são sindicáveis pelo Poder Judiciário¹⁸.

Todavia, é preciso ter presente que o controle de tais atos também apresenta limites, pois, caso contrário, ter-se-ia a indevida invasão do mérito administrativo e o

¹⁷ Sobre o tema, Sérgio Guerra (2005, p. 174-184) apresenta interessante síntese, referindo que a doutrina alemã criou teoria que não reconhecia a discricionariedade da Administração Pública em relação aos conceitos jurídicos indeterminados, uma vez que estes permitem uma só solução justa para o caso, não comportando opções do Administrador. Em consequência, os atos administrativos decorrentes da interpretação de conceitos indeterminados passaram a ser objeto de profundo controle por parte dos tribunais. Esclarece o autor que tal corrente foi introduzida na Espanha por Eduardo García de Enterría, sendo adotada pela maioria da doutrina e jurisprudência ibérica. No Brasil, Eros Roberto Grau e Tércio Sampaio Ferraz Júnior filiam-se a essa corrente.

¹⁸ Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (2002, p. 26) referem-se ao controle dos elementos extrínsecos e intrínsecos dos atos administrativos discricionários. Os primeiros constituem a competência, motivo, procedimento e outras eventuais formalidades exigidas para a prática do ato. Os segundos constituem a observância de determinados princípios jurídicos como finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, igualdade, moralidade e impessoalidade.

aniquilamento da competência discricionária atribuída legalmente à Administração. Manifestando-se especificamente em relação ao controle judicial, adverte Bandeira de Mello:

O campo de apreciação meramente subjetiva – seja por conter-se no interior das significações efetivamente possíveis de um conceito legal fluido e impreciso, seja por dizer com a simples conveniência e oportunidade de um ato – permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o quê haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão de funções, que se poria às testilhas com o próprio princípio da independência dos Poderes, consagrado no art. 2º da Lei Maior (2002, p. 851).

Feitas essas considerações gerais acerca da discricionariedade administrativa, cumpre examinar a discricionariedade conferida às agências reguladoras, pois, como bem observa Marcos Juruena Villela Souto (2002, p. 356), "A atividade regulatória envolve, essencialmente, a função discricionária de eleger os meios técnicos adequados às finalidades previstas em lei".

Nesse sentido, cabe destacar a divergência existente na doutrina estrangeira e nacional a respeito da denominada discricionariedade técnica das agências reguladoras, atributo esse que é defendido por uns como espécie da discricionariedade administrativa, e afastado por outros, como assinala Sérgio Guerra (2005, p. 208). Para o autor, não há propriamente discricionariedade técnica das agências reguladoras, integrando-se a possibilidade de valoração de diferentes critérios técnicos possíveis no âmbito da discricionariedade administrativa.

No entanto, entende-se que se pode falar em discricionariedade técnica, não para afastar o controle judicial, conforme pensamento da doutrina europeia que inicialmente formulou tal conceito, mas sim em outra perspectiva, destinada a enfatizar que os atos regulatórios discricionários não consideram apenas aspectos de oportunidade e conveniência administrativa (momento, justiça, utilidade, razoabilidade), sendo avaliados, na maior parte das situações, de modo preponderante, aspectos jurídicos, econômicos e técnicos, oriundos estes de diferentes campos do conhecimento (Engenharia, Contabilidade, Estatística, Geologia, Medicina, Química, dentre outros), conforme o âmbito de atuação da agência.

Assim, se é certo que os atos emitidos pelas agências não são imunes, em maior ou menor grau, a juízos valorativos, inexistindo neutralidade absoluta, como

adverte Marçal Justen Filho (2002, p. 528), também não se pode desconhecer que a prevalência técnica das decisões regulatórias é uma das características que marcam a atuação de tais entes.

Com efeito, é freqüente que para determinado caso sejam admitidas duas ou mais soluções jurídicas, econômicas e técnicas, o que exige a ponderação dos interesses envolvidos e a avaliação de custos e benefícios de forma sistêmica, com atenção aos efeitos que o ato regulatório causará ao setor regulado, aos demais setores que com ele interagem e aos consumidores efetivos e potenciais de bens e serviços.

Nesse sentido, é o entendimento de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, que, analisando registro de medicamento genérico perante a ANVISA, impugnado judicialmente, reconhecem expressamente a discricionariedade técnica das agências reguladoras, sem, contudo desprezar o juízo de valor realizado por tais entes:

Eleger critérios importa escolher com discricionariedade técnica entre os vários atributos que se prestem à mesma finalidade (como, por exemplo, a de aferir a qualidade do medicamento ou a sua bioequivalência). Entre os critérios disponíveis, compete ao ente administrativo eleger o que se mostra mais adequado ao interesse público, de acordo com seu juízo técnico de conveniência ou oportunidade. Trata-se de decisão tipicamente político-administrativa, de mérito, que foge ao âmbito do exame da estrita legalidade ou juridicidade. Indicar o critério de bioequivalência a ser aplicado, portanto, é matéria de responsabilidade da autoridade administrativa, de acordo com a definição estabelecida na própria lei que disciplinou a matéria e lhe conferiu expressamente esta competência (2002, p. 35-36) [grifou-se].

Portanto, a alta complexidade técnica, jurídica e econômica dos setores regulados, fortemente influenciados pelos constantes avanços tecnológicos e pelas flutuações dos mercados internacionais, condiciona decisivamente as opções regulatórias, que não se resumem, devido a essa diversidade de aspectos, necessariamente relacionados, a apenas uma solução possível. Isso não significa, contudo, como acima salientado, que a prevalência da análise técnica implique ausência de juízos de oportunidade, conveniência, equidade e razoabilidade por parte pelo regulador.

Para concluir o presente tópico, é preciso destacar que a garantia da preponderância técnica das decisões regulatórias exige não apenas a qualificação dos servidores das agências, sendo indispensável que seus dirigentes, a quem

competete a condução de tais entes e a interferência nos setores regulados, também apresentem tal atributo.

No entanto, não basta a qualificação técnica genérica, como determina a Lei n.º 9.986, de 18 de julho de 2000¹⁹, sendo indispensável que os dirigentes apresentem qualificação relacionada diretamente à atividade-fim da agência.

3.4 CONSENSUALIDADE

Característica constantemente acentuada pelos principais autores que examinam as agências reguladoras, a consensualidade constitui um novo padrão da atuação estatal, em que ganha realce a participação dos cidadãos e dos agentes econômicos na produção de decisões e normas regulatórias, revelando a busca do consenso pela Administração.

Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto assevera que o Estado regulador abandona o seu perfil autoritário em favor de uma maior interlocução com a sociedade, passando a desempenhar o papel de mediador ativo de interesses:

Fruto da reestruturação do papel do Estado nas suas relações com a sociedade, verifica-se o surgimento de um novo padrão de atuação regulatória, onde a imposição unilateral e autoritária de pautas, condutas e comportamentos dá lugar à articulação de interesses e ao estabelecimento de pautas regulatórias negociadas com os diversos interesses envolvidos numa dada atividade (operadores, usuários efetivos e potenciais. Ganha lugar aquilo que se convencionou chamar de regulação reflexiva, na qual o Estado deixa de ser um adjudicador de direitos e passa a ser um mediador de interesses, sem perder a função das hipossuficiências sociais (2002, p. 16).

Esse novo padrão de conduta traz uma série de vantagens para as agências reguladoras, para os agentes regulados e para a sociedade em geral. Em primeiro lugar, pode-se apontar a democratização da função regulatória, uma vez que cidadãos, agentes econômicos e associações de usuários podem manifestar-se

¹⁹ A Lei n.º 9.986, de 18 de julho de 2000, estabelece no *caput* do art. 5º que o Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria deverão ter reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados.

previamente à tomada de determinadas decisões e à produção de normas, o que ocorre geralmente mediante consultas e audiências públicas.

Dessa forma, as agências tornam-se permeáveis às necessidades e demandas dos agentes regulados, dos usuários e da sociedade, afastando o caráter hermético que por vezes caracteriza a atividade estatal.

Conseqüentemente, ganha-se em efetividade no cumprimento das decisões e das normas editadas pelas agências, uma vez que tais atos não resultam de uma "regulação de gabinete", mas, ao contrário, são editados com base na realidade do setor regulado, bem como nas dificuldades, anseios e postulações apresentados por todos os interessados na regulação.

Outra vantagem de relevo resultante da regulação consensuada diz respeito à maior transparência conferida à função regulatória, incentivando o controle social das agências reguladoras e a organização dos setores mais vulneráveis da sociedade, que no Brasil ainda é incipiente, se comparada com países de tradição democrática.

Contudo, a par dessas considerações, não se pode deixar de observar que as agências reguladoras têm um longo trabalho a desenvolver no campo do controle social, de modo a tornar constante e efetiva a participação dos usuários e suas entidades representativas, o que somente ocorrerá mediante o amplo acesso à informação, sobretudo se considerado que os setores regulados caracterizam-se pela alta complexidade técnica e normativa.

Vale notar que a realização de consultas e audiências públicas está prevista de forma geral, para a Administração Pública Federal, nos arts. 31 a 34 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999²⁰. José Santos Carvalho Filho (2001, p. 186), em comentários a esses dispositivos legais, destaca que nas consultas públicas a participação popular dá-se mediante manifestação escrita, que deverá ser juntada ao processo administrativo. As audiências públicas são, por seu turno,

²⁰ “Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§ 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado”.

caracterizadas pela oralidade, em que os interessados manifestam suas opiniões em sessões previamente designadas para esse fim.

As agências reguladoras prevêm, nas respectivas leis, a realização de audiências e consultas públicas. Veja-se, por exemplo, a Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996²¹, que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL:

Art. 4º [...]

§ 3º O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL.

Pode-se citar, também, como instrumento de regulação consensuada, o compromisso de ajustamento (ou ajuste) de conduta firmado entre as agências e os agentes regulados²² antes da imposição de sanções, o que possibilita a correção da conduta pelo agente, visando a possibilitar, com isso, maior vantagem para os consumidores. Nesse sentido, é a lição de Sérgio Guerra:

O "acordo substitutivo" é, na verdade, um importante instrumento que dispõem as Agências Reguladoras para fazer justiça distributiva, em oposição à justiça retributiva. Por esse mecanismo, inserido em um modelo de consensualização do Direito Administrativo pode se substituir uma sanção por uma determinada prestação de proveito generalizado, se tal providência, na ponderação dos interesses envolvidos, resultar numa otimização do benefício geral em relação à restrição do direito individual objeto de regulação (2005, p. 139-140).

Todavia, é preciso advertir que a busca do consenso não implica enfraquecimento da regulação ou submissão das agências aos agentes econômicos, com o que se teria a indesejável captura.

Cumprido, pois, achar o ponto de equilíbrio entre o incentivo à participação dos agentes e da sociedade e a efetividade regulatória, cabendo às agências atuar fortemente mediante fiscalização dos agentes e eventual imposição de sanções diante de abusos do poder econômico e descumprimento à legislação e aos

²¹ O Decreto n.º 2.335, de e a recente Resolução n.º 273, de 10 de julho de 2007, disciplinam detalhadamente a realização de audiências e consultas públicas no âmbito da ANEEL.

²² Tal compromisso está previsto, por exemplo, no art. 4º, XXXIX, da Lei n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar e também na Resolução Normativa n.º 63, de 12 de maio de 2004, emitida pela ANEEL.

contratos, de modo a não deixar ao desamparo os consumidores, que, por definição, apresentam, em alguma medida, vulnerabilidade econômica, técnica e jurídica.

3.5 A PROCESSUALIDADE NA FORMAÇÃO DOS ATOS REGULATÓRIOS

A observância da garantia constitucional do devido processo legal no âmbito das agências, quer para a edição de atos concretos, quer para a edição de atos normativos, constitui indispensável instrumento de transparência administrativa, limitação de poder e legitimação social desses novos entes estatais.

Assim, conforme o magistério de Marçal Justen Filho (2002, p. 560-561), a existência de procedimento impede decisões imediatas e subjetivas, fracionando o poder estatal, uma vez que a decisão não se concentra em apenas um momento, diluindo-se em diversas etapas, logicamente ordenadas.

Mas, além da limitação do poder, a processualização dos atos regulatórios possibilita a democratização da agência, tendo em vista que aos interessados – agentes econômicos, consumidores e sociedade em geral – é oportunizada a participação na produção de atos normativos destinados à regulação de determinado setor da economia. Nesse sentido, Marçal Justen Filho acentua a importância da processualização na produção normativa das agências, cujo texto merece citação:

A atribuição de poderes para gerar normas tanto gerais e abstratas quanto individuais e concretas propicia o risco de grande concentração de poder no âmbito das agências reguladoras. Afinal, a complementação da regulação legislativa ficará a cargo delas, o que importará significativa inovação na ordem jurídica.

A processualização da atividade regulatória das agências traduz a necessária submissão de seu poder decisório à observância de procedimentos norteados por princípios e regras próprios. Desse modo, evita-se a desnaturação das competências estatais e o risco de seu distanciamento da consecução do interesse público (2002, p. 564).

Como se verifica a partir dessas observações, o respeito ao processo administrativo e respectivos princípios informadores constitui pressuposto inafastável para a realização da adequada regulação, o que, contudo, nem sempre é percebido pelos reguladores, que muitas vezes compreendem o processo como mera

“burocracia” destinada a retardar a tomada de decisões. Por isso, é bastante pertinente a advertência de Carlos Ari Sundfeld quanto ao respeito ao processo administrativo:

O desprezo pelo Direito é sempre um caminho desastroso; os reguladores que têm tarefas e poderes imensos, precisam ser alertados disso. O dever de obedecer ao Direito nem é uma velharia nem um item a mais do “custo Brasil”. Todo Estado civilizado respeita sua ordem jurídica e luta por sua preservação, mesmo durante as grandes transformações.

Assim, o déficit que vejo na regulação econômica é o mesmo que ainda afeta a Administração Brasileira como um todo: o puro e simples déficit de Direito Administrativo (2000, p. 38).

É necessário, portanto, que as agências reguladoras, além de observarem as garantias constitucionais pertinentes ao devido processo legal, bem como os princípios aplicáveis à Administração Pública e a Lei n.º 9.784/99 (norma aplicável às agências federais), estabeleçam regramento próprio visando à disciplina do processo administrativo, de forma a contemplar suas características organizacionais específicas e as peculiaridades do setor econômico regulado.

Como exemplo de tal medida, pode-se citar a Resolução Normativa n.º 273, de 10 de julho de 2007, emitida pela ANEEL, que estabelece as normas administrativas para o funcionamento e a tomada de decisões pela Agência.

4 O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

4.1 FORMAS DE CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

O controle dos atos administrativos pode ser analisado com base em diversos critérios, conforme usualmente apontado pela doutrina administrativista. Assim, pode-se examiná-lo quanto ao fundamento (hierárquico ou finalístico), ao momento (prévio, concomitante ou posterior), à localização do órgão ou ente (interno ou externo), ao sujeito que o realiza (administrativo, legislativo ou judicial) e ao aspecto (legalidade e mérito)²³.

Como já salientado, a função de controle é inerente ao Estado Democrático de Direito, sendo essencial o seu aperfeiçoamento técnico e fortalecimento, principalmente se considerada a inexistência de tradição democrática no Brasil.

Como não poderia deixar de ser, as agências, à exceção do controle hierárquico, estão sujeitas a todas as modalidades de controles acima mencionadas. Contudo, não é demais salientar que o controle, sobretudo aquele exercido pelos Poderes do Estado e órgãos constitucionais, não pode chegar ao ponto de desvirtuar as características que distinguem as agências reguladoras ou paralisar o exercício da função regulatória. Nessa linha, é a lição de Marcos Juruena Villela Souto:

O controle dos atos regulatórios deve viabilizar o funcionamento independente do agente regulador, cujo critério de atuação é informado por outras ciências e não apenas pelo Direito; essas tecnicidades nas ponderações e decisões regulatórias, atendendo a padrões universais já experimentados pelas ciências e pela prática comercial e tecnológica, conferem segurança jurídica aos investimentos, objetivo maior do processo de Reforma do Estado, com vistas à eficiência no atendimento do interesse público (2002, p. 372) [grifou-se].

Feita essa observação, cabe abordar inicialmente o controle interno das agências reguladoras, para, em seguida, examinar o controle externo, sob o enfoque do sujeito que realiza tal função, de modo a conferir uma visão geral da diversidade

²³ Por todos, veja-se Marcos Juruena Villela Souto (2002, p. 339-340).

de controles que incidem sobre as agências reguladoras, ao contrário do que é sustentado por aqueles que não estão afeitos ao tema ora tratado.

4.2 O CONTROLE INTERNO

O controle interno tem fundamento no princípio da autotutela administrativa. Alcança a competência vinculada e discricionária, atribuindo às agências reguladoras o poder-dever de rever os atos ilegais, inoportunos e inconvenientes, tendo em vista a necessidade de observância aos princípios que regem a Administração Pública, notadamente os princípios da supremacia do interesse público e da legalidade.

O controle interno exerce duas funções principais: confirmatória dos atos administrativos, conforme estes se apresentem legais, oportunos e convenientes, ou corretiva, nas situações em que tais atos não apresentem esses atributos (GASPARINI, 2003, p. 762). Dessa forma, as agências reguladoras poderão, como é sabido, anular os atos ilegais ou revogar atos inoportunos ou inconvenientes, o que aliás, já está assentado na conhecida Súmula n.º 473 do Supremo Tribunal Federal²⁴.

Mas, além dessas funções específicas, poder-se-ia acrescentar a função eminentemente preventiva de condutas indesejáveis, que visa a evitar sobretudo a repetição de atos contrários à lei e inconvenientes, tanto em relação à atividade-meio, quanto à atividade-fim das agências.

O controle interno é exercido *ex officio* ou por provocação do interessado. Neste caso, o fundamento reside no art. 5º, incisos XXXIV, "a", e LV, ambos da Constituição Federal, tendo o administrado à sua disposição os instrumentos usualmente apontados pela doutrina para instar as agências à revisão dos atos administrativos: pedido administrativo, recurso hierárquico próprio e pedido de reconsideração.

Cabe ainda ressaltar que, em determinadas agências, o controle interno está institucionalizado, competindo a órgãos específicos, como ocorre na ANEEL, que

²⁴ "A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

conta com Auditoria Interna, e na ANATEL, que, além da Auditoria, dispõe de uma Corregedoria, conforme previsto no art. 46 da Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997.

4.3 O CONTROLE EXTERNO

O controle externo das agências reguladoras é bastante amplo, sendo realizado pelo Poder Executivo²⁵, Poder Judiciário, Poder Legislativo e Tribunal de Contas da União, dos Estados e dos Municípios, quando houver. Cite-se ainda o Ministério Público, que tem atuação de destaque na promoção do controle das agências reguladoras, tendo em vista as relevantes funções atribuídas pela Constituição Federal.

Além disso, há que referir o controle social, que embora não tenha caráter institucional, constitui instrumento que deve ganhar importância com a organização e fortalecimento de grupos de pressão, sobretudo aqueles representativos dos direitos dos consumidores de bens e serviços, cuja atuação é ainda deficiente devido à vulnerabilidade econômica, técnica e jurídica.

4.3.1 O controle realizado pelo Poder Executivo

Em relação ao Poder Executivo, cumpre reafirmar que as agências reguladoras, apesar de sua autonomia qualificada, não constituem entes apartados da Administração Pública, integrando, na qualidade de autarquias especiais, a Administração Indireta.

Dessa forma, as agências encontram-se sujeitas ao poder de direção exercido pela Administração Direta, que envolve aspectos de legalidade, finalísticos e gerenciais, controle esse que consiste, como aponta Alexandre Santos de Aragão (2003, p. 355), na “verificação do atendimento de metas e diretrizes

²⁵ Assinale-se a divergência de Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 803), para quem o controle das entidades autárquicas e fundacionais pelo Poder Executivo também é interno.

preestabelecidas.” E prossegue o Autor, destacando os exatos limites do poder de direção da Administração Direta:

A autonomia não pode servir para isentá-las da obrigação de se inserirem nos planos e diretrizes públicas gerais. Se fossem colocados em compartimentos estanques, a descentralização revelar-se-ia antitética aos valores de eficiência e pluralismo que constituem seu fundamento.

É apenas neste sentido, de inserção nos programas e diretrizes públicas gerais, que deve ser entendida a necessária **subordinação (não-hierárquica)** dos órgãos e entidades materialmente descentralizados à Administração Pública central (ARAGÃO, 2003, p. 355) [grifos do autor].

Portanto, não se defende aqui a ausência de controle, mas sim sua limitação ao cumprimento das políticas públicas traçadas para o setor regulado, de modo que não seja desvirtuada a autonomia qualificada das agências reguladoras, peculiaridade distintiva de tais entes, decorrente de expressa conformação legal. Assim, não há que falar em poder hierárquico da Administração Direta, mas sim na supervisão do cumprimento das finalidades legais atribuídas às agências.

Com efeito, se o Chefe do Poder Executivo, diretamente ou por intermédio de seus órgãos, puder interferir no conteúdo dos atos regulatórios, o modelo legal das agências estará irremediavelmente comprometido, pois um de seus pilares é justamente a independência decisória em relação às ingerências políticas, de modo que suas decisões sejam fundadas em critérios técnicos.

Por isso, reitera-se que o controle em exame reside, fundamentalmente, na verificação do cumprimento das políticas públicas pelas agências reguladoras, a quem incumbe a atuação articulada com a Administração Direta e a definição da política regulatória, na qual promoverá a densificação da legislação, fixando os marcos regulatórios mediante opções técnicas que melhor contemplem o interesse público.

A seguir, serão analisados com maior detalhe dois instrumentos adotados pela Administração Direta para o controle das agências: o recurso hierárquico impróprio e o contrato de gestão.

O primeiro, como se verá, constitui nítida medida destinada a submeter as agências reguladoras, pois possibilita inegavelmente o controle político de medidas que devem ser preponderantemente técnicas.

O segundo constitui medida que pode ser negativa ou positiva, conforme seja adotado pela Administração Central para reduzir ou suprimir a autonomia qualificada

das agências, ou para ampliar a transparência de seus atos, favorecendo o controle social.

4.3.1.1 O recurso hierárquico impróprio

O recurso hierárquico impróprio é aquele interposto para o ministro ou secretário ao qual a agência encontra-se vinculada, que assim emitirá a decisão final sobre matéria decidida pelo ente regulador.

Assinale-se que tal recurso não é, em regra, admitido sequer como meio ordinário de controle das autarquias comuns, a menos que exista expressa disposição legal, tendo em vista que o recurso pressupõe hierarquia, inexistente entre os entes descentralizados e a Administração Direta²⁶.

Com mais razão não é de se admiti-lo em relação às agências reguladoras, que apresentam regime especial. Portanto, a possibilidade de interposição recursal contra decisões proferidas pelas agências constitui ato que contraria as leis de criação das agências, nas quais a independência decisória é característica de relevo, que as distingue dos demais entes descentralizados. Nessa linha, o pensamento de Alexandre Santos de Aragão:

Ademais, a admissão de recursos hierárquicos impróprios deitaria por terra todo o arcabouço institucional traçado pelo ordenamento jurídico para as agências reguladoras, tornando inócua, por exemplo, a vedação de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes. O espírito da disciplina destas entidades, que é justamente o de afastá-las das injunções político-eleitorais fugazes e casuísticas [...], restaria totalmente corrompido se o Ministro ou o Presidente da República pudesse a qualquer momento impor caso a caso a sua vontade (2003, p. 349).

Idêntica posição é adotada por Marçal Justen Filho (2003, p. 343), para quem "a agência reguladora independente não se sujeita à revisão de seus atos por autoridade integrante da Administração Direta, mas apenas perante o Poder Judiciário".

²⁶ Em sentido contrário, admitindo o recurso hierárquico impróprio em relação às decisões das agências reguladoras, no âmbito da supervisão ministerial, cabe citar a posição de Sérgio Guerra (2005, p. 221), que afirma: "Conclui-se que não se vislumbra impedimentos legais à interposição de recurso hierárquico impróprio endereçado a Ministro de Estado contra decisão colegiada da Agência Reguladora, caso a parte interessada logre demonstrar que a referida decisão da entidade autárquica extrapolou sua função reguladora, ingressando em seara de competência da Administração Central".

Por isso, o Parecer n.º 51/2006, emitido pelo Advogado-Geral da União, que acolheu o Parecer AGU/MS-04/2006, da lavra do Dr. Marcelo de Siqueira Freitas, significou um retrocesso no tratamento jurídico do atual Governo às agências reguladoras, sobretudo se considerado que foi aprovado pelo Presidente da República, conferindo-lhe, assim, caráter normativo.

Com efeito, o Parecer AGU/MS-04/2006 analisou o cabimento de recurso interposto pelo TECON Salvador S/A contra decisão final da Agência Nacional de Transporte Aquaviário – ANTAQ, apresentando, dentre outros argumentos favoráveis à admissibilidade do recurso hierárquico impróprio, o direito de petição assegurado pela Constituição Federal e o exercício da supervisão ministerial prevista no Decreto-lei n. 200/67, que visaria à preservação da legalidade e do cumprimento das políticas públicas estabelecidas pela Administração Central.

Após discorrer longamente sobre o tema, o parecer apresentou as seguintes diretrizes para o controle das agências reguladoras pelo Poder Executivo:

[...] tem-se que as conclusões até aqui adotadas poderão ser utilizadas como norte em cada situação de conflito que vier a ocorrer entre essas instituições, sendo, em resumo, as seguintes:

- estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou ainda violem políticas públicas, definidas para o setor regulado pela Administração direta;
- excepcionalmente, por ausente o instrumento da revisão administrativa ministerial, não pode ser provido o recurso hierárquico impróprio dirigido aos Ministérios supervisores contra as decisões das agências reguladoras adotadas finalisticamente no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor.

Por sua vez, o Consultor-Geral da União Manoel Lauro Volkmer de Castilho, ao acolher o parecer acima referido, mediante Despacho n.º 438/2006, assevera que “a supervisão ministerial é traço essencial do regime presidencialista vigente” e que a autonomia das agências se “mede principalmente pela adequada compatibilização com as políticas públicas adotadas pelo Presidente da República e o Ministros que o auxiliam.” Prossegue o Consultor-Geral, referindo-se expressamente ao recurso hierárquico impróprio:

Pelas mesmas razões, o cabimento do recurso hierárquico impróprio não encontra objeções, já que inexistente área administrativa imune à

supervisão ministerial, reduzindo-se, contudo, o âmbito de seu cabimento, de modo idêntico, na mesma razão inversa da obediência às políticas de iniciativa do Ministério supervisor.

Em exame ao Projeto de Lei n.º 3.337/2004 apresentado pelo Poder Executivo, e, em especial, ao Parecer 04/2006, Fernando Quadros da Silva (2007, p. 25) faz os seguintes comentários:

As propostas de alteração legislativa vêm comprovar a intenção do Poder Executivo de centralizar e estabelecer instrumentos de controle das agências. Recentemente, o Parecer 04/2006 da Advocacia Geral da União reconheceu a possibilidade de recurso administrativo hierárquico que permitiria ao Ministro rever decisão definitiva da agência.

Tal medida merece crítica porque revela a quebra de um modelo adotado, qual seja, a independência regulatória das agências. Ao admitir a possibilidade de reexame pelo Presidente da República das decisões definitivas da agência, foi criado um precedente que permitirá a centralização em matéria regulatória reduzindo drasticamente a independência do órgão de regulação.

Na verdade, a medida veio como mais um passo de um lento processo de **enfraquecimento das agências**, que principiou com o não-provimento dos cargos dos dirigentes, a ausência de repasse dos recursos orçamentários e, finalmente, a admissão do recurso hierárquico impróprio das decisões definitivas das agências [grifou-se].

Para finalizar esse tópico, vale referir, ainda que resumidamente, a contundente crítica de Alexandre Santos de Aragão (2007), formulada ao tratar do tema no IV Fórum sobre as Agências Reguladoras²⁷, no qual sustentou, dentre outros aspectos, a inconstitucionalidade do referido parecer, por equiparar a administração direta e indireta. Além disso, asseverou que o recurso hierárquico impróprio desnatura completamente o modelo concebido para as agências reguladoras, possibilitando, inclusive, a revisão de ofício das decisões finais das agências, o que acaba por infringir as respectivas leis de criação, nas quais a independência decisória é a nota de destaque.

Mas não é só: apontou o autor a confusão havida entre requisito de admissibilidade, que seria, na ótica da Advocacia-Geral da União, a violação de políticas públicas, e a análise do mérito recursal. Por último, salientou que a avocação da matéria pelo Presidente da República, cogitada no parecer ora tratado, é medida que traduz alteração de competência, realizada previamente, em

²⁷ Palestra “O Parecer AGU n. 51/2006 e as Novas Questões Judiciais e Administrativas sobre a Independência das Agências Reguladoras”, proferida no IV Fórum das Agências Reguladoras, realizado nos dias 26 e 27 de março de 2007, em Brasília.

conformidade com o que estabelece o art. 15 da Lei n.º 9.784/99, e não com o Decreto-lei n.º 200/67²⁸.

Vê-se, portanto, que segundo entendimento da Advocacia-Geral da União, a autonomia das agências reguladoras só existe na medida em que há respeito às políticas públicas ditadas pelo Governo, posição essa que parte de premissa completamente equivocada para compreensão jurídica e tratamento dos entes reguladores, implicando também desrespeito às leis de criação das agências.

4.3.1.2 O contrato de gestão

De outra parte, cabe tecer algumas considerações acerca do contrato de gestão, que constitui instrumento de controle finalístico das agências reguladoras, em especial da ANEEL, ANVISA e ANS, que firmaram tais ajustes com a União, por intermédio dos ministérios a que se encontram vinculadas, como já esclarecido anteriormente.

Cumprido referir que o contrato de gestão, previsto no art. 37, § 8º, da Constituição Federal não constitui um autêntico contrato, uma vez que não abrange interesses contrapostos. Daí a observação geral da doutrina de que tal instrumento deve ser tratado como um ajuste de natureza consensual realizado no âmbito da Administração Pública.

Marçal Justen Filho (2003, p. 406) sustenta que a interpretação do contrato de gestão requer o respeito ao princípio da legalidade, de forma que "nenhuma ampliação de competências poderá fundar-se exclusivamente em uma avença de natureza contratual, infralegislativa", razão pela qual o contrato de gestão não poderá prever direitos e deveres de maneira inovadora.

Aponta o autor, como pontos favoráveis ao contrato de gestão, a transparência administrativa, tendo em vista que metas, objetivos e estratégias podem ser conhecidos e controlados pela sociedade e pelos órgãos e entes de controle. Além disso, sustenta que o contrato de gestão constitui instrumento de

²⁸ "Art. 15. Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior".

racionalização estatal, possibilitando avaliação do desempenho dos entes administrativos (JUSTEN FILHO, 2003, p. 410).

Em sentido contrário, Alexandre Santos de Aragão (2004, p. 27-28), em parecer jurídico no qual que examina o Anteprojeto apresentado pelo Poder Executivo, pondera que a celebração de contrato de gestão não pode ser imposta às agências reguladoras, da mesma forma que tal instrumento não pode ser utilizado para restringir a autonomia conferida por lei a tais entes, sob pena de violar a Constituição Federal, que prevê o contrato de gestão para a ampliação da autonomia, e também o princípio da legalidade, uma vez que as leis de criação das diversas agências reguladoras asseguram-lhes tal prerrogativa. E, com propriedade, lança o autor a seguinte advertência:

A utilização de um meio (contrato de gestão), que constitucionalmente tem um fim (aumento da autonomia), para se alcançar, substancialmente, um fim a ele antitético (forte restrição da autonomia) é um caso claro de desvio de poder legislativo, atentatório dos princípios da Razoabilidade e da Moralidade, já que não seria dado aos agentes estatais ou ao Legislador atuar através de subterfúgios ou de procedimentos desprovidos da necessária transparência teleológica (ARAGÃO, 2004, p. 28).

Na mesma linha, Floriano de Azevedo Marques Neto (2005, p. 125) apresenta opinião contrária ao contrato de gestão como instrumento de controle. Para esse autor, é descabido qualificar como ilícito contratual o descumprimento de metas traçadas para o ente regulador, bem como "pretender que as agências travem com o núcleo central do Estado uma relação mediada por contrato, não por meio de lei e dos marcos de políticas públicas legalmente previstos".

Importante notar que o Substitutivo ao Projeto de Lei n.º 3.337/2004, de 24 de outubro de 2004, proposto pelo Deputado Federal Leonardo Picciani, salienta, quanto ao contrato de gestão, que as metas de desempenho administrativo e operacional referem-se à promoção da qualidade dos serviços prestados pela Agência, à promoção do fomento à pesquisa no setor por ela regulado e à promoção da cooperação com os órgãos de defesa da concorrência (art. 13, § 1º, I a III).

E, quanto às medidas adotadas para os casos de descumprimento injustificado das metas e obrigações pactuadas, o Substitutivo é claro ao estabelecer que estas não interferirão na autonomia da Agência em seus aspectos regulatórios, nem terão caráter disciplinar (art. 13, § 2º).

Nota-se, portanto, que o Substitutivo teve o cuidado de preservar a autonomia e a competência regulatória das agências, o que é fundamental, pois, se o contrato de gestão apresenta aspectos positivos relacionados à transparência e ao controle finalístico dos entes reguladores, é inegável também que pode ser desvirtuado pelo Poder Executivo e utilizado como instrumento para reduzir a autonomia legalmente assegurada às agências reguladoras.

Por isso, é preciso redobrada atenção por parte das agências reguladoras, dos setores econômicos, diretamente regulados ou não, e da sociedade em geral em relação à definição legal do conteúdo dos contratos de gestão e o acompanhamento de sua execução, uma vez que a autonomia dos entes reguladores e a preservação de suas competências legais são essenciais para a segurança jurídica, a estabilidade econômica e o desenvolvimento dos importantes setores sujeitos à disciplina e fiscalização das agências.

4.3.2 O controle realizado pelo Poder Judiciário

O controle judicial das agências reguladoras é inafastável, tendo em vista o que estabelece o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que consagra o sistema da jurisdição una. Abrange as atividades-meio e as atividades-fim das agências, bem como atos vinculados e discricionários. Contudo, esse controle não é ilimitado.

É, no entanto, em relação aos atos discricionários relacionados à atividade-fim que se exige maior cautela, pois, como se sabe, a sindicabilidade não é absoluta, abrangendo aspectos relacionados à verificação da existência dos pressupostos legais para sua prática e à observância dos princípios da moralidade, razoabilidade, proporcionalidade e finalidade.

Ir adiante em tal controle, para alcançar o mérito dos atos regulatórios, implica, não raro, alteração do subsistema regulatório definido para determinado setor, que leva em consideração não apenas aspectos individuais, mas aspectos coletivos e difusos, constantemente ponderados em face do freqüente tensionamento de interesses existente entre agentes econômicos diversos, regulados ou não pela agência, e entre agentes regulados e usuários. Nesse

sentido, é o alerta de Sérgio Guerra, em excelente obra sobre o controle judicial dos atos regulatórios:

Com efeito, quando um juiz decide modificar um ato administrativo de caráter geral, seja ele vinculado ou discricionário, exarado com o fim de apreciar um determinado direito, individual ou coletivo, os efeitos desse ato, em regra, afetam os administrados envolvidos ou seus impactos quase sempre são abrandados ou diluídos na coletividade.

Por outro lado, se o julgador alterar um ato administrativo regulatório, que envolve, fundamentalmente, a eleição discricionária dos meios técnicos necessários para o alcance dos fins e interesses sociais – despidido das pressões políticas comumente sofridas pelos representantes escolhidos pelo sufrágio – **esse magistrado, na maioria das vezes, poderá, por uma só penada, afetar toda a harmonia e equilíbrio de um subsistema regulado** (2005, p. 372) [grifou-se].

As agências reguladoras realizam a ponderação econômica entre custos, benefícios e impactos que determinado ato regulatório acarretará junto aos agentes, consumidores e ao setor regulado como um todo, atividade essa para a qual o juiz não detém competência e a devida formação, tendo em vista que a complexidade dos diversos setores regulados não é apenas jurídica, como se disse anteriormente, mas também técnica e econômica.

Portanto, o Poder Judiciário, no exame de direitos individuais e coletivos, não deverá adentrar no mérito do ato regulatório, sob pena de substituir a legítima competência administrativa da agência reguladora pelo juízo técnico judicial, o que resultaria, em última análise, na regulação de determinado aspecto do setor regulado pelo perito judicial (ARAGÃO, 2003, p. 351).

Essa foi a linha seguida pelo Superior Tribunal de Justiça em relação à decisão emitida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS²⁹:

SUSPENSÃO DE LIMINAR E SENTENÇA. AGRAVO INTERNO. REAJUSTE DE CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE FIRMADOS ANTERIORMENTE À LEI Nº 9.656/98. FUNÇÃO INSTITUCIONAL DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE – ANS.

1. Considerados o alto interesse público envolvido, os efeitos prospectivos da medida, os riscos e resultados que conclusões açodadas possam ocasionar desarmonia e desequilíbrio para o setor da saúde suplementar -, deve ser deferido o pedido para suspender a decisão que concedeu o efeito modificativo ativo ao Agravo de Instrumento.
2. Lesão à saúde e à ordem pública administrativa caracterizada, com a **interferência na legítima atividade regulatória desempenhada pela ANS, respaldada em discricionariedade técnica** .
3. Agravo Interno não provido [grifou-se].

²⁹ Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 163 - PE (2005/0128970-7). Corte Especial. STJ. Rel. Ministro Edson Vidigal. Julgado. em 19.12.2005. DOJ 27.03.2006.

De igual forma, cumpre citar relevante decisão da Segunda Turma do STJ³⁰, na qual foi expressamente reconhecida a insindicabilidade judicial da discricionariedade técnica das agências reguladoras:

ADMINISTRATIVO. TELECOMUNICAÇÕES. TELEFONIA FIXA. LEI N. 9.472/97. COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA. SUSPENSÃO. ÁREA LOCAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. A regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei n. 9.472/97 e demais disposições correlatas, visa a favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia, em prol do conjunto da população brasileira. Para o atingimento desse objetivo, **é imprescindível que se privilegie a ação das Agências Reguladoras, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo.**
2. A delimitação da chamada "área local" para fins de configuração do serviço local de telefonia e cobrança da tarifa respectiva leva em conta critérios de natureza predominantemente técnica, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do município. Previamente estipulados, esses critérios têm o efeito de propiciar aos eventuais interessados na prestação do serviço a análise da relação custo-benefício que irá determinar as bases do contrato de concessão.
3. **Ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração das "áreas locais" estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir.**
4. Se a prestadora de serviços deixa de ser devidamente ressarcida dos custos e despesas decorrentes de sua atividade, não há, pelo menos no contexto das economias de mercado, artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. O desequilíbrio, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso no art. 22, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos usuários.
4. Recurso especial conhecido e provido [grifou-se].

E aqui, apenas para ilustrar a complexidade das especificidades técnicas afetas ao regulador, pense-se nas situações de assimetria regulatória, nas quais diferentes agentes de um mesmo setor econômico encontram-se propositalmente submetidos a distintos níveis de regulação como forma de incentivar a concorrência (MARQUES NETO, 2002, p. 23)³¹.

À primeira vista, poder-se-ia entender a aplicação de tal distinção normativa como discriminatória em relação a determinado agente. Porém, a avaliação de

³⁰ Recurso Especial n. 572.070-PR. Segunda Turma do STJ. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Julgado em 16.04.2004. DOJ 14.06.2004.

³¹ Sobre a assimetria regulatória, o autor faz a seguinte observação: "Trata-se de um novo traço da regulação dos serviços públicos, cuja idéia nuclear é de incentivar a concorrência nestas atividades, já que são, ainda hoje, muito concentradas. A idéia é oferecer ao operador entrante um regime de prestação mais brando que aquele dispensado ao operador dominante, com vista a acirrar a disputa pelo mercado, o que é certo, traz inúmeras conseqüências benéficas aos usuários de tais serviços".

certos segmentos sob o prisma econômico revela que tal orientação visa a justamente permitir maior competição e a ampliação do mercado, favorecendo consumidores efetivos e potenciais de bens e serviços.

Dessa forma, deparando-se com determinado ato regulatório, compete ao juiz verificar se o ato preenche todos os requisitos legais e, em se tratando de ato discricionário, analisar a adequação da situação fática à descrição legal e sua conformidade à finalidade instituída em lei, bem como o atendimento aos princípios da razoabilidade, moralidade e proporcionalidade.

Caso constate a ofensa a quaisquer desses pressupostos e princípios, deverá realizar o controle negativo do ato, invalidando-o, e não o denominado controle positivo, em que substitui a decisão do regulador por uma decisão judicial "mais justa", hipótese em que estaria usurpando a competência administrativa da agência, estabelecida por lei para regular determinado setor econômico.

Nessa linha, com fundamento nas precisas observações de Gustavo Binenbojm (2007)³², é preciso chamar a atenção para o denominado risco judiciário em matéria regulatória, resultante das decisões judiciais que, ao atuarem de forma prestacional, sobretudo em relação aos serviços públicos, realizam indevidamente a alocação de recursos públicos, o que, além da falta de legitimidade, acarreta problemas pertinentes à isonomia e à eficiência, tendo em vista que o Poder Judiciário não apresenta, em regra, a necessária visão sistêmica dos setores regulados.

4.3.3 O controle realizado pelo Poder Legislativo

³² Palestra "Direitos Fundamentais das Empresas e dos Usuários de Serviços Públicos", proferida no IV Fórum sobre as Agências Reguladoras, realizado em Brasília nos dias 26 e 27 de março de 2007.

De maneira geral, a doutrina administrativista³³ aponta que o controle legislativo dos atos do Poder Executivo pode ser classificado em controle político e controle financeiro-orçamentário, atingindo a administração direta e indireta (art. 49, X, da CF) mediante os seguintes instrumentos: a) pedidos escritos de informação (art. 50, § 2º, da CF); b) convocação de autoridades para comparecimento (art. 50, *caput*, da CF); c) aprovação e autorização de atos do Poder Executivo; d) sustação de atos normativos do Poder Executivo; e) atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito; f) fiscalização financeira, orçamentária, contábil, patrimonial e operacional da Administração Direta e Indireta, realizada com o auxílio do Tribunal de Contas.

As agências reguladoras, na qualidade de entes integrantes da Administração Indireta do Poder Executivo evidentemente submetem-se também ao controle do Poder Legislativo, que abrange toda a atividade desempenhada por tais entes, desde sua gestão até as decisões regulatórias, em relação as quais poderá o Poder Legislativo exigir as justificativas técnico-científicas das opções adotadas (JUSTEN FILHO, 2002, p. 588).

Considerando os limites deste trabalho, cabe destacar especialmente o controle político previsto no art. 49, incisos V e X, da Constituição Federal³⁴. No item seguinte, será abordado o controle exercido pelos Tribunais de Contas, que têm, dentre suas variadas competências, o auxílio ao Poder Legislativo no controle financeiro da Administração Pública.

O controle previsto no inciso X do art. 49 não oferece maiores dificuldades, pois consagra a competência genérica do Congresso, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para a fiscalização das agências, abrangendo a gestão, as decisões regulatórias e respectivos resultados.

Tal controle é exercido, por exemplo, pelas comissões permanentes, que têm competência para realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil (art.

³³ Veja-se, por exemplo, Odete Medauar (2003, p. 418-421) e Diógenes Gasparini (2003, p. 779). Este autor arrola ainda, como instrumento de exercício do controle, a função jurisdicional exercida pelo Congresso Nacional no julgamento das contas do Presidente (art. 49, IX, da CF), bem como o julgamento de determinadas autoridades pelo Senado Federal.

³⁴ “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

[...]

X – fiscalizar e controlar, diretamente ou por qualquer de suas Casas os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração Indireta”.

58, II, da CF), receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades e entidades públicas (art. 58, IV, da CF) e solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão (art. 58, V, da CF).

Cite-se ainda as atividades investigatórias realizadas pelas comissões parlamentares de inquérito (art. 58, § 3º, da CF) e o controle que ocorre por ocasião da aprovação, pelo Senado, dos dirigentes da agência, após a indicação do Presidente da República (art. 52, III, f, da CF c/c art. 5º da Lei n.º 9.986, de 18 de julho de 2000).

A divergência surge quanto à competência do Poder Legislativo para sustar os atos normativos das agências reguladoras. Para alguns autores, como José Eduardo Martins Cardozo³⁵ (2007), a sustação prevista no art. 49, V, da Constituição Federal - que não implica invalidação ou revogação, mas suspensão da eficácia do ato - não atinge os atos normativos produzidos pelos entes reguladores, uma vez que estes não constituem expressão do poder regulamentar ou da delegação legislativa.

Para Marcos Juruena Villela Souto (2002, p. 354), tal entendimento, embora possível, não é o mais acertado, uma vez que o constituinte não adotou linguagem técnica na redação do dispositivo, desejando, na realidade, em homenagem ao princípio da legalidade, viabilizar o controle dos atos normativos, qualquer que seja sua origem. No mesmo sentido, admitindo a sustação dos atos regulatórios, cite-se o entendimento de Alexandre Santos de Aragão (2003, p. 334) e Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006, p. 161).

4.3.4 O controle realizado pelos Tribunais de Contas

Os Tribunais de Contas exercem a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes federativos e respectivas

³⁵ Palestra "Controle parlamentar sobre as Agências Reguladoras: sustação de atos regulatórios por decreto legislativo", proferida no IV fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras, realizada nos dias 26 e 27 de março de 2007, em Brasília.

entidades, bem como de pessoas físicas ou jurídicas privadas que, de algum modo, respondam por valores e bens públicos. No exercício dessa fiscalização, os aspectos examinados pelas Cortes de Contas são bem abrangentes, envolvendo a legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas.

Cumprе salientar que, embora o art. 71, *caput*, da Constituição Federal estabeleça que o controle externo exercido pelo Congresso Nacional será realizado com o auxílio do Tribunal de Contas da União, as Cortes de Contas não podem ser definidas como órgãos de assessoramento ou auxiliares do Legislativo.

Com efeito, os Tribunais de Contas são órgãos *sui generis* que apresentam autonomia fundada diretamente na Constituição Federal, não integrando a estrutura interna de nenhum outro Poder (FERNANDES, 2003, p. 1807). Assim, não há relação de subordinação em relação ao Poder Legislativo ou aos demais Poderes do Estado, mas sim vinculação finalística ao Legislativo (LAGES, 2004, p. 3350-3351).

Portanto, a atuação dos Tribunais de Contas não se resume a subsidiar a função de controle exercida pelo Poder Legislativo, uma vez que exerce funções próprias, essenciais ao Estado Democrático de Direito, inserindo-se no sistema de freios e contrapesos indispensável ao controle do poder (WILLEMANN, 2005, p. 5590).

As funções exercidas pelos Tribunais de Contas são bastante amplas, podendo ser classificadas, conforme Evandro Martins Guerra (2002-b, p. 778-782), em funções de auxílio do Poder Legislativo e funções exclusivas, de iniciativa do Órgão. Dentre as primeiras incluem-se: a) apreciação das contas anuais do Chefe do Poder Executivo, b) realização de inspeções e auditorias; e c) prestação de informações ao Poder Legislativo.

As funções exclusivas dos Tribunais de Contas são: julgamento das contas de administradores e demais responsáveis por dinheiros, valores e bens públicos; b) apreciação das admissões de pessoal e das concessões de aposentadorias, reformas e pensões; c) realização de inspeções e auditorias, sem a finalidade de auxílio ao Poder Legislativo; d) fiscalização das contas nacionais em empresas supranacionais; e) fiscalização da aplicação da transferência de recursos; f) aplicação de sanções; g) fixação de prazo para adoção de providências, se verificada ilegalidade; h) sustação da execução de ato impugnado; i) representação

sobre irregularidades ou abusos relativos às matérias que não são de sua competência; e i) impugnação e sustação de contratos.

Outra classificação possível apresentada pelo autor (2002-a, p.302-307), de cunho sintético, é aquela que agrupa as funções exercidas pelos Tribunais de Contas conforme a respectiva natureza. Assim, os Tribunais de Contas exercem função: a) consultiva, informadora ou opinativa; b) contenciosa ou jurisdicional³⁶; c) fiscalizadora; e d) sancionadora.

Apresentadas essas breves considerações, cumpre examinar o alcance do controle exercido pelos Tribunais de Contas sobre os atos emitidos pelas agências reguladoras, especialmente em relação à competência discricionária relacionada à atividade-fim, pois, quanto à competência vinculada e à atividade-meio, o reconhecimento de tal controle não encontra maiores questionamentos, inclusive quanto à sua abrangência.

Com efeito, no que tange às atividades finalísticas das agências, a doutrina apresenta divergência, podendo-se identificar duas correntes básicas. A primeira sustenta que as atividades-fim das agências não estão excluídas do controle realizado pelos Tribunais de Contas em razão da competência que é atribuída a tais órgãos para o controle operacional e de eficiência, bem como para o controle dos bens e serviços públicos.

Essa posição é manifestada por Floriano de Azevedo Marques Neto (2005, p. 126-127), para quem o controle dos Tribunais de Contas abrange tanto a atividade-fim quanto a atividade-meio, devendo ser exercido, contudo, apenas em relação aos interesses que afetam o Poder Público, o que exclui outros interesses, como os interesses dos competidores e dos consumidores.

³⁶ Cabe observar que, dentre as funções exercidas pelas Cortes de Contas, aquela que apresenta maior divergência quanto à sua natureza jurídica é o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, valores e bens públicos, como previsto no art. 71, II, da Constituição Federal.

Parcela considerável da doutrina e da jurisprudência sustenta que esse julgamento tem autêntico caráter jurisdicional, que não é afastado pelo princípio da jurisdição una, tendo em vista que a própria Constituição Federal assegura privativamente aos Tribunais de Contas o exercício da jurisdição em relação às contas dos administradores. Logo, ao Poder Judiciário seria vedado decidir acerca da regularidade das contas, cabendo-lhe tão-somente o exame da legalidade do procedimento. Esse é o pensamento de Seabra Fagundes, Pontes de Miranda, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, dentre outros (FERNANDES, 2003, p. 1809-1810). Em sentido contrário, cite-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1999, p. 591), para quem o julgamento consiste, na verdade, no exame técnico prévio realizado pelos Tribunais de Contas, uma vez que o julgamento da responsabilidade do agente público é matéria de competência exclusiva do Poder Judiciário. Na mesma linha, Marçal Justen Filho (2005, p. 752), Flávio de Araújo Willeman (2005, p. 5599) e José dos Santos Carvalho Filho (2006, p. 839).

Na mesma linha, cite-se o pensamento de Alexandre Santos de Aragão:

[...] o Tribunal de Contas pode realmente controlar tais atos de regulação, uma vez que imediata ou mediadamente, os atos de regulação e de fiscalização sobre os concessionários de serviços públicos se refletem sobre o Erário (2003, p. 340-341).

O Ministro do Tribunal de Contas da União Walton Alencar Rodrigues (2005, p. 355) também parece adotar o mesmo entendimento, pois, apesar de sustentar que os Tribunais de Contas não podem estabelecer o conteúdo dos atos regulatórios, nem impor a adoção de medidas que considerar adequadas, "salvo quando verificadas considerações de legalidade, erros, ou a omissão da autarquia em dar fiel cumprimento à lei", refere, quanto às escolhas técnicas do ente regulador, o seguinte:

As "escolhas técnicas" derivadas da "discricionariedade técnica", podem, também, se revelar inteiramente impróprias, inadequadas, desarrazoadas, custosas, contrárias ao interesse público e à finalidade legal, o que ensejaria a adoção de medidas corretivas, exatamente nos mesmos termos da discricionariedade administrativa. (2005, p. 355).

Note-se que na transcrição acima constam aspectos da discricionariedade inegavelmente sujeitos ao controle externo, como a observância à finalidade legal, bem como aspectos que dizem respeito às escolhas legitimamente reconhecidas ao administrador, o que, como dito, parece revelar a orientação do autor de que o controle dos Tribunais de Contas pode abranger as opções técnicas realizadas pelo ente regulador.

Por sua vez, o Ministro do Tribunal de Contas União Benjamin Zymler vai mais além: sustenta a possibilidade de fiscalização direta dos agentes regulados em casos de omissão ou incapacidade da agência:

[...] percebendo o Tribunal omissão ou incapacidade da agência, deve agir a fim de evitar maiores transtornos à sociedade. **Seja expedindo determinação às concessionárias ou permissionárias**, seja cobrando das agências reguladoras o correto cumprimento de seus objetivos (2002, p. 5) [grifou-se].

Contudo, tal medida não se admite nem mesmo na situação acima descrita, cuja solução não reside na usurpação das competências regulatórias, cumprindo

referir, por isso, que cabe às agências o controle direto dos delegatários de serviços públicos e demais agentes econômicos regulados, e não aos Tribunais de Contas.

Além disso, e considerando as finalidades para as quais foram instituídas as agências reguladoras, há que lembrar a insegurança jurídica e a instabilidade regulatória que o estabelecimento direto de medidas pelas Cortes de Contas podem acarretar aos mercados regulados, sujeitando os agentes a determinações muitas vezes díspares, sem a necessária inserção no subsistema regulado e sem atenção aos impactos econômicos decorrentes de tais decisões, o que, ao final, resulta em prejuízos para os agentes e consumidores potenciais e efetivos.

De outra parte, a segunda corrente defende a restrição do controle exercido pelos Tribunais de Contas às atividades administrativas que impliquem gestão de recursos, sob pena de suprimir ou, no mínimo, reduzir a autonomia qualificada das agências reguladoras. Nesse sentido, é bastante pertinente a lição de Marçal Justen Filho:

Observe-se que **esse controle versará, basicamente, sobre a gestão administrativa em sentido próprio**. Não caberá ao Tribunal de Contas investigar o conteúdo das decisões regulatórias emitidas pela agência. O que se deverá verificar serão os dispêndios, licitações e contratações produzidos, os atos atinentes a pessoal e sua remuneração. Enfim, a atuação do Tribunal de Contas envolverá a fiscalização da agência reguladora enquanto autarquia federal, **não como órgão titular de competências regulatórias** (2002, p. 588-589) [grifou-se].³⁷

Marcos Juruena Villela Souto tem a mesma opinião acerca da atuação das Cortes de Contas, asseverando que:

Integrando a Administração Pública, a agência reguladora fica sujeita ao controle financeiro nos termos do art. 70 da Constituição Federal, que submete as pessoas físicas e jurídicas gestoras de bens e recursos públicos ao exame do Tribunal de Contas na apreciação dos valores apresentados.

Isso, contudo, não inclui no controle financeiro o exame de ações ou omissões que não impliquem gestão de recursos, sob pena de substituir-se

³⁷ Marçal Justen Filho (2005, p. 752). ressalta as elevadas competências dos Tribunais de Contas, mas, quanto à análise dos atos discricionários da Administração, é contundente: "Não cabe ao Tribunal de Contas investigar o mérito dos atos administrativos. A discricionariedade consiste na liberdade para avaliar as conveniências e escolher a melhor solução para o caso, diante das circunstâncias. Por isso, o mérito da atuação discricionária não se sujeita à revisão, nem mesmo pelo Poder Judiciário. Se o mérito do ato administrativo pudesse ser revisto pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas, desapareceria a discricionariedade. Não foi casual, por isso, a ausência de referência constitucional à fiscalização quanto ao mérito, ou mesmo à discricionariedade. A Constituição alude a *legitimidade e economicidade*, ângulos complementares da liberdade de atuação do gestor da coisa pública" [grifos do autor].

ao administrador competente, violando o princípio fundamental da Tripartição das Funções do Estado (2002, p. 371).

Não se pode deixar de citar, por seu turno, como síntese do entendimento da segunda corrente antes referida, a posição de Luís Roberto Barroso (2003, p. 51-53) acerca do alcance do controle exercido pelos Tribunais de Contas:

Portanto, em consonância com os ditames constitucionais, é próprio da fiscalização externa examinar as contas das entidades da administração direta e indireta, aos ângulos da legalidade, legitimidade e economicidade. É essencial, todavia, para que se abra a possibilidade de fiscalização, tratar-se efetivamente de *uso de dinheiro público*, quando então até as pessoas privadas estarão sujeitas à prestação de contas. Neste ponto, não há maior divergência, assim na jurisprudência como na doutrina.

Assim sendo, escapa às atribuições dos Tribunais de Contas o exame das atividades dessas autarquias especiais quando elas não envolvam dispêndio de *recursos públicos*. Isto se dá, por exemplo, quando o Tribunal de Contas objetiva obter informações a respeito de deveres dos concessionários, atividades que, a par de não envolverem dispêndio de dinheiro público, constituem a razão de ser da própria agência reguladora. **Não lhe caberá avançar a atividade fiscalizadora sobre a atividade-fim da agência reguladora, sob pena de violação do princípio da separação de Poderes.**

Este, portanto, o limite da atribuição do Tribunal de Contas. **Nada, rigorosamente nada no texto constitucional o autoriza a investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia, menos ainda de uma autarquia com as características especiais de uma agência.** Não pode o Tribunal de Contas procurar substituir-se ao administrador competente no espaço que a ele é reservado pela Constituição e pelas leis. O abuso seria patente. Aliás, nem mesmo o Poder Legislativo, órgão que é coadjuvado pelo Tribunal de Contas no desempenho do controle externo, poderia praticar atos dessa natureza [grifos em itálico do autor; grifos nossos em negrito].

Nesse sentido, é fundamental citar recente acórdão do Tribunal de Contas da União, que, em sede de reexame, reformou decisão anterior, na qual a Corte decidira determinar à ANEEL a alteração de critérios econômico-financeiros para a revisão tarifária de concessionária de energia elétrica de Minas Gerais (CEMIG)³⁸, concluindo que, frente à competência discricionária das agências, o TCU deverá limitar-se a expedir recomendações:

PEDIDO DE REEXAME. ACOMPANHAMENTO DO PROCESSO DE REVISÃO TARIFÁRIA DA CEMIG. PROCESSUAL. COMPETÊNCIA EM RELAÇÃO À FISCALIZAÇÃO DE ATOS DISCRICIONÁRIOS PRATICADOS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS. INADEQUABILIDADE DE DETERMINAÇÃO ANTERIOR. PROVIMENTO PARCIAL.

³⁸ Acórdão 200/2007 – Plenário. Min. Rel. Valmir Campelo. DOU 02.03.2007.

1. Em se tratando de atos discricionários de agência reguladora, o TCU se limita a recomendar a adoção de providências consideradas por ele mais adequadas.

2. Dá-se provimento, no todo em parte (sic) à peça recursal, tornando insubsistentes itens do acórdão recorrido, ou dando-lhes nova redação, quando os interessados em grau de recurso, em face do caso concreto, conseguem demonstrar a inadequabilidade de determinações anteriormente encaminhadas [grifou-se].

Cabe transcrever também, pela clareza do pensamento e correção do entendimento acerca do alcance e limitações do controle do Tribunal de Contas sobre os atos discricionários expedidos pelas agências reguladoras, os seguintes trechos do parecer emitido pelo Ministério Público no processo acima referido, da lavra do Dr. Lucas Rocha Furtado:

[...] as decisões das agências reguladoras, desde que motivadas e destinadas à satisfação do interesse público, não são passíveis de reparação pelo TCU se adotadas dentro dos limites da autonomia e da discricionariedade técnicas conferidas pela lei àqueles entes. No nosso pensar, se avançar sobre esses limites, o TCU abandona sua função de controle e assume, em verdade, o papel de administrador, substituindo-se às agências reguladoras.

[...] o Tribunal de Contas da União não está totalmente impedido de exercer fiscalização sobre os atos das agências reguladoras se que situam no âmbito de discricionariedade técnica daqueles entes. Nesse campo de discricionariedade, o TCU pode exercer uma fiscalização de caráter operacional. [...] Diferentemente do que ocorre nas fiscalizações de conformidade legal, cujas conclusões podem dar ensejo a determinações dirigidas ao fiscalizado, com o fim de que este sane os problemas detectados, **nas fiscalizações de natureza operacional, em que o TCU avalia resultados à luz de parâmetros de eficiência, eficácia e economicidade, as conclusões dão ensejo ao encaminhamento de recomendações.** Cientificado do conteúdo dessas recomendações, poderá o fiscalizado, também no exercício de seu poder discricionário, decidir pela sua implementação.

Advertimos, todavia, **que até mesmo na realização de fiscalizações de natureza operacional acerca de atos circunscritos ao campo discricionário das agências reguladoras, deve o TCU atuar com extrema cautela**, pois, ainda que as agências reguladoras possam decidir discricionariamente sobre a implementação daquilo que lhes recomenda o Tribunal em sede de fiscalização de natureza operacional, as recomendações emanadas do TCU podem, eventualmente, gerar conflitos, de difícil superação e de indesejáveis repercussões, com a linha regulatória adotada pela agência [grifou-se].

Portanto, a competência dos Tribunais de Contas para **determinar** medidas aos entes reguladores limita-se à competência vinculada e aos aspectos financeiros *lato sensu* dos atos regulatórios, cabendo-lhes, no âmbito do controle operacional

dos atos discricionários, recomendar as medidas que entenderem adequadas, sob pena de avançar indevidamente sobre as escolhas técnicas do regulador.

4.3.5 O controle realizado pelo Ministério Público

O Ministério Público é órgão que teve suas competências significativamente ampliadas pela Constituição Federal de 1988, cabendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127), mediante inquérito civil público, ação civil pública, ação coletiva de consumo e compromisso de ajustamento de conduta, dentre outros instrumentos.

Nesse contexto, percebe-se sua importância no controle da atividade regulatória, sobretudo no que tange aos serviços públicos, que constituem uma das principais áreas de atuação das agências, essenciais quer para o atendimento das necessidades individuais e coletivas, quer para o desenvolvimento estratégico da economia.

Convém advertir, no entanto, à semelhança do que foi realizado em relação às demais formas de controle, que o Ministério Público, no exercício de suas elevadas funções constitucionais, não pode desconsiderar que determinada medida, postulada sobretudo no âmbito judicial, poderá repercutir, se acolhida, muitas vezes negativamente em algum aspecto do subsistema objeto da regulação, como, por exemplo, na modicidade tarifária ou na universalização do serviço público regulado.

Por isso, na linha de atuação institucional integrada, bem mais profícua que o exercício isolado de competências constitucionais, torna-se essencial ao Ministério Público aprofundar a interlocução com as agências reguladoras, de modo a evitar, por falta de conhecimento técnico e visão sistêmica dos setores regulados, a adoção de medidas que, não raro, acabam por prejudicar justamente o segmento cuja defesa é pretendida por essa importante Instituição.

4.3.6 O controle social

O controle social das agências reguladoras é modalidade de fiscalização que, em regra, não é institucionalizada, resultando do princípio democrático e, especificamente, da regulação consensuada referida no capítulo anterior. Caracteriza-se pela participação de agentes regulados, consumidores e suas associações, e sociedade em geral na formação dos atos regulatórios, em especial dos atos normativos.

A participação dos diversos interessados confere maior transparência e legitimidade aos atos regulatórios, pois possibilita que o conhecimento, problemas e demandas relativos ao setor regulado sejam levados à Agência, de modo que normas e decisões regulatórias de maior relevo e abrangência possam refletir a realidade do setor e aspirações dos diversos segmentos sociais a ele vinculados.

Tal participação ocorre por diversos meios, sendo os mais conhecidos as ouvidorias das agências reguladoras, as audiências e as consultas públicas. Contudo, pode-se citar também os conselhos de consumidores do setor de energia elétrica, cuja criação está prevista no art. 13 da Lei n.º 8.631, de 4 de março de 1993³⁹ e regulamentada pela Resolução n.º 138, de 10 de maio de 2000, emitida pela ANEEL, e ainda o Cadastro de Usuários Voluntários, instituído no Rio Grande do Sul pela Lei Estadual n.º 11.075, de 06 de janeiro de 1998.

Cabe esclarecer que a formação do Cadastro de Usuários Voluntários é coordenada pela Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS. Tem por objetivo possibilitar a aferição da qualidade desses serviços mediante a consulta direta aos usuários, como previsto na legislação referida:

Art. 5º - É obrigatório facultar a todo cidadão residente no Rio Grande do Sul, maior de idade, fazer parte do Cadastro de Usuários Voluntários interessados em participar dos assuntos de serviços públicos de que trata esta Lei. Estes voluntários receberão periodicamente informações dos andamentos dos trabalhos pertinentes a esta Lei. Em contrapartida, prestarão informações periódicas sobre a qualidade dos serviços de que forem usuários.

Parágrafo 1º - Os usuários voluntários referidos no "caput" deste artigo votarão nos índices e metas estabelecidos neste código, bem como poderão propor para apreciação da AGERGS e da Secretaria da Coordenação e Planejamento a formulação de novos indicadores e metas.

³⁹ "Art. 13. O concessionário de serviço público de distribuição de energia elétrica criará no âmbito de sua área de concessão, Conselho de Consumidores, de caráter consultivo, composto por igual número de representantes das principais classes tarifárias, voltado para orientação, análise e avaliação das questões ligadas ao fornecimento, tarifas e adequações dos serviços prestados ao consumidor final".

Parágrafo 2º - A votação será realizada através do correio ou pessoalmente na AGERGS, na Secretaria da Coordenação e Planejamento ou em locais a serem estabelecidos por estes órgãos [...].

Além disso, cabe citar que a existência de órgãos consultivos e deliberativos integrantes da estrutura das agências, formados por representantes dos diversos segmentos interessados no setor regulado, constituem importante instrumento institucional para possibilitar maior participação social, ainda que indireta.

Nesse sentido, a AGERGS apresenta estrutura organizacional bastante positiva, dado o seu caráter representativo: o Conselho Superior, órgão máximo da Agência, de caráter deliberativo, é formado por sete Conselheiros: três indicados pelo Governo do Estado, um indicado pelos servidores efetivos da Agência, um indicado pelo Conselho de Consumidores (atualmente existente apenas no setor de energia elétrica), um indicado pelo Sistema Estadual de Proteção do Consumidor e um indicado pelos delegatários dos serviços públicos (art. 6º da Lei Estadual n.º 10.931, de 9 de janeiro de 1997).

Não é demais salientar, no entanto, que as contribuições, ponderações e reclamações formuladas pelos agentes econômicos, consumidores e demais interessados nas diversas instâncias de participação devem ser concretamente consideradas pelas agências, o que evidentemente não significa dizer que devam ser acolhidas, mas sim que é necessário respondê-las motivadamente, a fim de que tal participação não se torne algo meramente formal.

Mas não é só: a abertura das agências à sociedade e a efetividade do controle sob exame exige a ampliação do direito à informação em questões técnicas, econômicas e jurídicas, tendo em vista a alta complexidade dos diversos setores sujeitos à regulação, cujo conhecimento é inacessível à grande maioria dos consumidores, que é notadamente vulnerável em relação aos aspectos acima citados.

Nessa perspectiva, ganha relevo a atuação das entidades de defesa do consumidor, pois, apesar de as agências reguladoras não se destinarem exclusivamente à proteção desse segmento, é preciso reconhecer que as agências, em regra, não estão conferindo o tratamento adequado aos consumidores, como exige a Lei n.º 8.078/90, sobretudo no que tange ao direito à informação, indispensável ao conhecimento e defesa de seus direitos.

E, considerando a importância da defesa do consumidor, não é demais lembrar, com apoio na lição de Bruno Miragem (2004, p. 73-74 e 99), que o princípio da legalidade, fundamento de validade da atuação administrativa, compreende também a observância da legislação consumerista, em especial o Código de Defesa do Consumidor, que a um só tempo é direito fundamental e princípio da Ordem Econômica brasileira.

5 CONCLUSÕES

Este trabalho teve por objetivo analisar o controle das agências reguladoras exercido pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, Tribunais de Contas e Ministério Público, bem como o controle social, de modo a definir seu âmbito de atuação.

Esse tema ganha especial relevância no cenário atual, apresentando estreita vinculação com a maior autonomia das agências, característica que é, em muitas situações, indevidamente identificada à inexistência de controle. No entanto, como demonstrado no presente estudo, tal premissa não é verdadeira, pois as agências reguladoras, como autarquias que são, estão sujeitas a uma série de controles, que abrangem as atividades-meio e as atividades-fim, bem como as competências vinculadas e discricionárias.

E, realmente, não poderia ser diferente, pois as agências, ainda que dotadas de autonomia qualificada, são instituições públicas que, como tal, não podem estar imunes ao controle, sobretudo se considerado que tal função é inerente ao Estado Democrático de Direito.

Portanto, o exercício do controle sobre os atos regulatórios é inafastável. Contudo, não é ilimitado, razão pela qual torna-se relevante determinar seu exato alcance, especialmente em relação às competências discricionárias exercidas no âmbito da atividade finalística das agências, uma vez que em relação ao controle das competências vinculadas e da atividade-meio não há maiores divergências.

A pesquisa realizada levou à constatação de que as ações de controle, abrangendo medidas administrativas, decisões judiciais e dos Tribunais de Contas, dentre outras, não podem avançar sobre o mérito dos atos regulatórios, sob pena de, alterando opções técnicas legítimas, implicar invasão de competências asseguradas em lei às agências e causar prejuízos aos agentes econômicos, aos consumidores efetivos e potenciais de serviços e ao setor regulado.

Com efeito, em relação ao Poder Executivo, o controle relaciona-se fundamentalmente à verificação do atendimento das políticas públicas traçadas para o setor regulado, não podendo implicar controle hierárquico das agências reguladoras, sob pena de suprimir a autonomia qualificada de tais entes, que é sua principal característica.

No que tange ao controle realizado pelo Poder Judiciário, a sindicabilidade dos atos regulatórios decorrentes da competência discricionária não alcança as opções técnicas do regulador, restringindo-se aos aspectos de legalidade e à análise dos princípios da moralidade, razoabilidade, proporcionalidade e finalidade.

O Poder Legislativo tem, por sua vez, variados instrumentos para controlar as agências reguladoras, quer política, quer financeiramente, inclusive mediante sustação de seus atos normativos, conforme estabelece a Constituição Federal.

Em relação aos Tribunais de Contas, o controle das agências deve versar basicamente sobre os atos que envolvem despesas públicas, não podendo alcançar as escolhas técnicas do regulador. Desse modo, mesmo no âmbito da fiscalização operacional, as Cortes de Contas não poderão emitir determinações às agências, devendo cingir-se à recomendação das medidas que forem consideradas mais adequadas.

O Ministério Público tem, por seu turno, importante função no controle das agências, em especial no que concerne aos serviços públicos, função essa que, no entanto, deve ser exercida com a devida cautela, a fim de evitar interferências indevidas no setor regulado por falta da necessária visão sistêmica e conhecimento de aspectos técnicos e econômicos que compõem o subsistema objeto da regulação.

Finalmente, cabe destacar a importância do controle social para o aprimoramento da regulação, bem como para a legitimação social das agências reguladoras, razão pela qual a participação da sociedade deve ser promovida por tais entes na formação dos atos regulatórios.

REFERÊNCIAS

AGERGS. História da AGERGS. Os primeiros quatro anos da atividade regulatória. **Marco Regulatório**. Edição Especial, 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **O Contrato de Gestão e a Ouvidoria no Anteprojeto de Lei sobre a Organização e o Controle Social das Agências Reguladoras (parecer)**. Porto Alegre: ABAR, 2004.

_____. **O Parecer AGU n. 51/2006 e as Novas Questões Judiciais e Administrativas sobre a Independência das Agências Reguladoras**. Brasília, 26 e 27 de mar. de 2007. Palestra concedida no IV Fórum das Agências Reguladoras.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. **Direitos Fundamentais das Empresas e dos Usuários de Serviços Públicos**. Brasília, 26 e 27 de mar. de 2007. Palestra concedida no IV Fórum das Agências Reguladoras.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988.

_____. Lei 8.031, de 12 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 de abr. de 1990.

_____. Lei 8.631, 04 de março de 1993. Dispõe sobre a fixação dos níveis das tarifas para o serviço público de energia elétrica, extingue o regime de remuneração garantida e dá outras providências. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 de jan. 1993.

_____. Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 de dez. de 1996.

_____. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 1º de fevereiro de 1999.

_____. Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 de jan. de 2000.

_____. Lei 9.986, de 18 de julho de 2000. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 de jul. de 2000.

_____. Lei 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 de jul. de 1997.

_____. Projeto de EC n. 81/2003, de 03 de jul de 2003. Dê-se ao caput e ao § 14 do art. 40 da Constituição Federal e ao art. 12 da proposta a redação abaixo, suprimindo-se as alterações relativas aos arts. 40, 42 e 149 da Constituição Federal contidas na proposta e substituindo-se pelo artigo adiante transcrito os arts. 2º, 3º, 4º e 8º da proposta. Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/Sileg/Prop_Detalhe.asp?id=122889>. Acesso em: 24 jun. 2007.

_____. Projeto de Lei n. 3.337/2004, de 28 de abr. de 2004. Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis n 9.472, de 16 de julho de 1997, no 9.478, de 6 de agosto de 1997, no 9.782, de 26 de janeiro de 1999, n 9.961, de 28 de janeiro de 2000, n 9.984, de 17 de julho de 2000, n 9.986, de 18 de julho de 2000, e n 10.233, de 5 de junho de 2001, da Medida Provisória n 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências. Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/215170.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2007.

_____. Resolução ANEEL n.º 63, de 12 de mai. de 2004. Aprova procedimentos para regular a imposição de penalidades aos concessionários, permissionários, autorizados e demais agentes de instalações e serviços de energia elétrica, bem como às entidades responsáveis pela operação do sistema, pela comercialização de energia elétrica e pela gestão de recursos provenientes de encargos setoriais. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 de mai. de 2004, Seção: 1, v: 141, n. 91, p. 73.

_____. Resolução ANEEL n.º 138, de 10 de mai. de 2000. Estabelece as condições gerais de formação, funcionamento e operacionalização dos Conselhos de Consumidores de Energia Elétrica. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de mai. de 2000, Seção: 1, v. 138, n. 90-E, p. 22.

_____. Resolução ANEEL n.º 273, de 10 de jul. de 2007. Aprova a revisão da Norma de Organização ANEEL 001, que dispõe sobre os procedimentos para o funcionamento, a ordem dos trabalhos e os processos da Diretoria, nas matérias relativas à regulação e à fiscalização dos serviços e instalações de energia elétrica. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 de jul. de 1998, Seção 1, v. 136, n. 136-E, p. 5.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Telecomunicações. Telefonia fixa. Lei n. 9.472/97. Cobrança de tarifa interurbana. Suspensão. Área local. Ação civil pública. Código de defesa do consumidor. Recurso Especial n. 572.070-PR. Brasil Telecom e PROCON. Relator: João Otávio de Noronha. 16 de abr. de 2004. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 30 jul. 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão liminar e de sentença. Agravo interno. Reajuste de contratos de planos de saúde firmados anteriormente à Lei nº 9.656/98. Função institucional da ANS. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença n. 2005/0128970-7. Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde e ANS. Relator: Edison Vidigal. 19 de dez. de 2005. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 30 jul. 2007.

_____. Tribunal de Contas da União. Pedido de reexame. Acompanhamento do processo de revisão tarifária da CEMIG. Processual. Competência em relação à fiscalização de atos discricionários praticados pelas agências reguladoras. Inadequabilidade de determinação anterior. Provimento parcial. Acórdão 200/2007. ANEEL e CEMIG. Relator: Valmir Campelo. 02 de mar. de 2007. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 03 ago. 2007.

CARDOZO, José Eduardo Martins. **Controle parlamentar sobre as Agências Reguladoras: sustação de atos regulatórios por decreto legislativo**. Brasília, 26 e 27 de mar. de 2007. Palestra concedida no IV Fórum das Agências Reguladoras.

CARVALHO FILHO, José Santos. **Processo Administrativo Federal. Comentários à Lei 9.784, de 29/1/1999**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 1999.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Limites à Revisibilidade Judicial das Decisões dos Tribunais de Contas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, n. 15, p. 1799-1816, mar./2003.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8a. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, n. 22, p. 29-55, nov./dez. 2003.

GUERRA, Evandro Martins. Competências Constitucionais dos Tribunais de Contas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, n. 7, p. 778-782, jul. 2002-a.

_____. Funções e Atividades do Controle Externo. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, n. 3, p. 302-307, mar. 2002-b.

GUERRA, Sérgio. Controle das Agências Reguladoras por meio de supervisão ministerial. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, n. 10, p. 205-221, abr./jun. 2005.

_____. **Controle Judicial dos Atos Regulatórios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LAGES, Marcus Vinicius Paixão. Tribunal de Contas: Órgão Constitucional de Soberania. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, n. 35, p. 3349-3374, jan. 2004.

MARCONI, Marina de Andrade de; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 6a. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, abr./jun. 2002.

_____. **Agências Reguladoras Independentes. Fundamentos e seu Regime Jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 7a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Conrado Hübner. A reforma do Estado e as agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRAGEM, Bruno. A regulação do serviço público de energia elétrica e o direito do consumidor, **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 51, p. 68-100, jul./set. 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, n. 13, p. 147-166, abr./jun. 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Lei 10.931, de 09 de janeiro de 1997. Cria a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legiscomp/arquivo.asp?Rotulo=Lei%20nº%2010931&idNorma=28&tipo=pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2007.

_____. Lei 11.075, de 06 de janeiro de 1998. Institui o código Estadual de Qualidade dos Serviços Públicos. In: **Diário Oficial do Estado**, Porto Alegre, 06 de jan. 1998.

RODRIGUES, Walton Alencar. O Controle da Regulação no Brasil. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, n. 33, p. 345-358, set./out. 2005.

SARAVIA, Enrique. *Regulación em Argentina y Brasil. Análisis comparativo de los modelos institucionales*. **Reforma y Democracia**, Caracas, n. 30, oct. 2004.

SILVA, Fernando Quadros da. Aspectos Institucionais das Agências Reguladoras, **Caderno de Direito Administrativo 2007**, Porto Alegre, TRF – 4ª Região, p. 5-26, 2007.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle judicial dos atos administrativos. As questões técnicas e os limites da tutela de urgência. **Revista Interesse público**, Porto Alegre, n. 16, p. 23-38, out./dez. 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 242, p. 109-124, out./dez. 2005.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. Os tribunais de contas e a responsabilidade patrimonial do Estado. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, n. 42, p. 5590-5603, jun. 2005.

ZYMLER, Benjamin. O Papel do Tribunal de Contas da União no Controle das Agências Reguladoras. **Fórum Administrativo – Direito Público – FADM**, Belo Horizonte, n. 11, jan. 2002. Disponível em:
<http://www.editoraforum.com.br/sit/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=1216>. Acesso em 20 jul. 2007.