

GABRIEL ESCOUTO

**Estudo expositivo sobre o instituto das autoridades administrativas
independentes francesas**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor José Guilherme Giacomuzzi.

Porto Alegre

2016

GABRIEL ESCOUTO

**Estudo expositivo sobre o instituto das autoridades administrativas
independentes francesas**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em 13 de dezembro de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor José Guilherme Giacomuzzi,
Orientador

Professor Lucas Konzen

Professor Rafael Maffini

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, por seu amor incondicional.

À minha parceira, melhor amiga e confidente, Giselle, pelos infindáveis momentos de apoio.

À minha querida amiga Guti, a quem devo enorme gratidão por tudo que me ensinou.

Aos meus fieis amigos de Faculdade, Ana Carolina, Alessandra, Franklin e Thalís, por todos os momentos vividos ao longo destes anos.

Ao Alexandre e à Cécilia, pela paciência que tiveram em nossas conversas em língua francesa.

Ao professor José Guilherme Giacomuzzi, exemplo de docente, pelos ensinamentos jurídicos proporcionados dentro e fora da sala de aula, bem como pela orientação segura e prestativa neste trabalho.

A todos professores, colegas e supervisores de estágio que, com a mais pura benevolência, compartilharam seus conhecimentos, contribuindo para minha formação acadêmica.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo examinar as autoridades administrativas independentes francesas. Para tanto, expõe, por meio de uma abordagem descritiva, os motivos de sua criação, bem como o seu conceito. Em seguida, analisa a sua estrutura orgânica, investigando seus modos de composição, suas garantias estatutárias e seus poderes. Ato contínuo, perscruta a sua constitucionalidade perante o ordenamento francês, sobretudo em face de eventual violação à separação dos poderes. Por último, elenca seus problemas contemporâneos e as propostas de reformas feitas pela doutrina e pelo Poder Público.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Direito Comparado. Autoridades Administrativas Independentes. França.

RÉSUMÉ

Cette étude a pour but examiner les autorités administratives indépendantes françaises. Pour ce faire, elle expose, par une approche descriptive, les raisons de leur création, ainsi que leur concept. Ensuite, elle fait l'analyse de leur structure organique, en enquêtant leur mode de composition, leur garanties statutaires et leur pouvoirs. Par la suite, cette étude sonde leur constitutionnalité en droit français, notamment en ce qui concerne la séparation des pouvoirs. Enfin, elle énumère leurs problèmes contemporains et les réformes proposées par la doctrine e par les Pouvoirs Publics.

SUMÁRIO

Introdução	7
1. Autoridades Administrativas Independentes: o desenvolvimento de um modelo flexível para assegurar as novas missões estatais	10
a) A criação pragmática e por vezes desprovida de definição legal	10
b) Os motivos da criação das AAI	11
b.1) A ascensão do neoliberalismo	11
b.2) A necessidade de organismos independentes em relação ao Governo	14
b.2.1) Influência do Direito Comunitário: a busca por imparcialidade	14
b.2.2) Credibilidade internacional	16
b.2.3) Tutela das liberdades públicas	17
b.3) A busca por órgãos especializados	18
b.3.1) O advento do Estado Democrático de Direito	18
b.3.2) A ampliação do poder regulamentar da Administração	21
b.3.3) A especialização propriamente dita no contexto francês	23
b.4) Uma maior efetividade	24
b.5) Desconfiança em relação ao poder central	25
2. Conceituação das autoridades administrativas independentes	26
a) Síntese da definição	26
a.1) Autoridade	27
a.2) Independência	29
a.3) Natureza administrativa	33
b) Inventário das autoridades administrativas independentes	35
3. Composição das AAI	44
a) Colegiados de dimensões variáveis	45
b) Os modos de designação	47
b.1) Restrições à designação do colegiado	49
c) Duração dos mandatos e estabilidade “ad nutum”	50
4. Os poderes das AAI	53
a) Poder consultativo e de influência	53
b) Poder regulamentar	55
c) Decisões individuais	61
d) Poder de sanção	61
e) Medidas complementares e/ou alternativas ao poder de sanção	64
f) A hermenêutica da separação dos poderes	67
5. Os problemas contemporâneos das AAI	70
a) A racionalização do sistema francês e o controle da multiplicação das AAI	70
a.1) A vontade de racionalização	71
a.1.1) A personalidade jurídica das autoridades públicas independentes	73
a.2) A busca por um denominador comum	74
a.3) O projeto de lei de criação de um estatuto geral	75
b) O reforço da independência das AAI	78
b.1) O reforço da independência funcional	79
b.1.1) Recursos financeiros	79
b.1.2) Recursos humanos	82
b.2) Independência dos membros	83
c) Aumento do controle democrático para sua legitimação	84
Conclusão	90

Introdução

Há tempos a importância do estudo do Direito comparado é percebida não somente pelos “juscomparativistas, como também pelos estudiosos do Direito em geral.”¹ Nas palavras do professor Francisco Ovídio, “a pesquisa jurídica comparativista contribui de forma marcante para a evolução e o alargamento das fronteiras do conhecimento jurídico.”²

Em que pese não se constitua como disciplina jurídica, em breve síntese, pode se definir o ramo do Direito comparado como o estudo dos distintos ordenamentos legais a fim de aprimoramento e completude do próprio Direito pátrio.³ De acordo com Eric Agostini, a análise do direito estrangeiro “é um rasgar de horizontes, o abrir de janelas sobre o mundo, num mundo em que o jurista positivista, esclerosado e estatalista (xenófobo também), julgava acabar na última página de seu Código Nacional.”⁴ Portanto, é pelo seu estudo que se torna possível transcender nossas barreiras, permitindo a incorporação de normas e o aperfeiçoamento de métodos na busca de uma melhor compreensão e definição de nossos valores jurídicos.⁵

Dentro dessa perspectiva é que abordarei a realidade das autoridades administrativas independentes (AAI) na França, instituto similar às agências reguladoras brasileiras. Primeiramente, cabe frisar que não se olvida que a origem da concepção moderna desses organismos remete ao direito norte-americano;⁶ contudo, a relação das agências americanas com o análogo instituto brasileiro já foi exaustivamente abordada por nossos doutrinadores, razão pela qual seria despiciendo, senão tautológico, rediscuti-la.⁷ Ainda assim, após 20 anos da

¹ OVÍDIO, Francisco. **Aspectos do Direito Comparado**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 79, jan. 1984, p. 161.

² OVÍDIO, 1984, p. 161.

³ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Importância do Direito Administrativo Comparado**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 212, abr./jun. 1998, p. 196.

⁴ AGOSTINI, Eric. **Direito Comparado**. Tradução de Fernando Couto. Porto: Resjuridica, p. 6 apud MATTOS, Mauro Roberto Gomes de, op. cit., p. 195-196.

⁵ Mauro Roberto Gomes de, op. cit., p. 197.

⁶ COUTO E SILVA, Almiro do. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 199-200. Ver também: ROSANVALLÓN, Pierre. **La legitimidade democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad**. Buenos Aires: Manatía, 2009, p. 119.

⁷ Para um maior aprofundamento do tema, ver: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua Recepção pelo Direito Brasileiro**. Revista da EMERJ. Rio de Janeiro, v. 12, nº 47, 2009; PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. **Agências Reguladoras: Origem e natureza jurídica**. Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo. vol. 6, nov/2012; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri, SP: Manole, 2004.

instauração das agências reguladoras brasileiras, dúvidas relacionadas à sua legitimidade, eficiência e imparcialidade são recorrentes.⁸

Mostra-se útil, pois, que se procure supedâneo em outros países que, como o nosso, importaram esse instituto administrativo. Afinal, como os países da *civil law* têm adaptado esse instituto peculiar, incipientemente surgido em uma lógica administrativa distinta, típica de países de *common law*?

Embora sabida a forte influência que o direito francês exerceu sob a construção do sistema jurídico brasileiro, sobretudo no que tange ao direito público, não tenho ciência de uma análise percutiente de seu instituto equivalente, *mutatis mutandis*, às *independent regulatory agencies* norte-americanas, o que justifica a minha escolha pelas autoridades administrativas independentes francesas. Nesse diapasão, posto que sem pretensão de esgotamento da matéria, procurarei responder às seguintes perguntas: **a)** como essas autoridades, que escapam ao controle da Administração, têm sido percebidas pela pátria mãe do Direito Administrativo clássico? **b)** de que forma se estruturam e qual seu âmbito de atuação? **c)** quais são seus problemas contemporâneos e as soluções propostas pela doutrina? Para tanto, me aproveitei do acesso a uma vasta bibliografia estrangeira⁹ durante 11 meses de estadia na França, lançando mão, sobretudo, de um estudo realizado em 2001 pelo Conselho de Estado, porquanto elemento de referência à própria doutrina francesa, bem como de três relatórios redigidos pelas Assembleias do país.¹⁰

Objetivo, dessa maneira, construir um alicerce a futuros trabalhos que investiguem eventuais adaptações, à realidade brasileira, das características,

⁸ Já em 2002, o ex-Ministro Joaquim B. Barbosa Gomes dissertava: “Nossas agências configuram, portanto, uma importação de um conceito, de um formato e de um modo específico de estruturação do Estado. Falta-lhe, contudo, e isso poderá lhes ser fatal no curso do seu amadurecimento institucional, um maior rigor na delimitação de seus poderes e na compatibilização destes com os princípios constitucionais.” GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Agências reguladoras: a ‘metamorfose’ do Estado e da democracia: uma reflexão de Direito Constitucional e Comparado**. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. XI, 2002, p. 94.

⁹ Ressalto que todas as citações estrangeiras presentes neste trabalho foram livremente por mim traduzidas.

¹⁰ FRANCE, Conseil d’Etat. **Rapport public 2001, Les autorités administratives indépendantes**. Paris: La documentation française, 2001; GÉLARD, Patrice; FRANCE, Office parlementaire pour l’évaluation de la législation; **Les autorités administratives indépendantes : évaluation d’un objet juridique non identifié**. Assemblée nationale n° 3166/Sénat n° 404, 2006a, tomo 1 - rapport; GÉLARD, Patrice; SÉNAT, Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d’administration générale. **Autorités administratives indépendantes - 2006-2014 : un bilan**. Sénat N° 616, 2014; MÉZARD, Jacques; SÉNAT, Commission d’enquête. **Un Etat dans l’Etat : canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler (compte rendu des commissions)**. Sénat n° 126, 2015, tomo 1 - rapport.

fundamentos ou propostas legislativas peculiares às autoridades administrativas independentes. Ressalto que sua abordagem não é crítica, mas descritiva; isso quer dizer, me limitarei à exposição do tema na perspectiva francesa, complementando-a, quando oportuno, com breves digressões sobre as agências reguladoras brasileiras.¹¹

Assim, a fim de que se bem compreenda as autoridades administrativas independentes, perscrutarei, de início, os motivos que ensejaram a sua criação. Consolidada essa base teórica, passarei à conceituação propriamente dita do instituto, e, posteriormente, à análise de sua estrutura orgânica: modos de composição, garantias estatutárias, poderes inerentes, etc. Por fim, após uma abordagem sobre os fundamentos que justificam sua constitucionalidade, mormente ante a teoria da separação dos poderes, exporei alguns dos problemas que ainda preocupam não só a doutrina, mas também os Poderes públicos, e que são alvo de constantes discussões e distintas proposições reformistas.

¹¹ destaco que este estudo não tem a finalidade de comparar as autoridades administrativas independentes com as agências reguladoras brasileiras. Eventuais menções a estas possuem tão somente o condão de enriquecer a análise, rememorando a sua estrutura organizacional no Direito Brasileiro.

1. Autoridades Administrativas Independentes: o desenvolvimento de um modelo flexível para assegurar as novas missões estatais

a) A criação pragmática e por vezes desprovida de definição legal

Em 1978, quando da criação por lei da Comissão Nacional da Informática e das Liberdades (CNIL), o termo autoridade administrativa independente aparece pela primeira vez,¹² com ele se iniciando o desenvolvimento fluido e desordenado de um conjunto de instituições que se punham à margem da organização tradicional do Estado¹³, este não mais apropriado para responder de modo eficaz às mudanças da sociedade contemporânea, sobretudo ante a ampliação de direitos e a abertura do mercado à concorrência.¹⁴

O fenômeno, de início pontual por escapar à lógica do sistema jurídico francês, se intensificou celeremente no decorrer dos anos. Note-se que em 1991, posto que com divergências, oito era o número de Autoridades Administrativas Independentes identificadas pela doutrina;¹⁵ apenas dez anos depois, a quantidade aumentou mais de quatro vezes, de tal sorte que 34 instituições foram assim classificadas pelo relatório elaborado pelo Conselho de Estado francês, fosse por expressa previsão legislativa, por determinação jurisprudencial, ou então por suas características definidoras.¹⁶ Já em 2005, o Primeiro Ministro francês, ao responder a uma questão do deputado Leonce Déprez, disse existirem, à época, 35 AAI.¹⁷ Atualmente, segundo o site legifrance, o número ultrapassa quarenta.¹⁸

12 AUTIN, Jean-Louis; BREEN, Emmanuel. **Autorités administratives indépendantes**. Jurisclasseur Administratif. Lexisnexis, fascicule 75, 2010. Disponível em: <http://www.lexisnexis.fr/droit-document/fascicules/jcl-administratif/433_EG_ADO_463433CH_1_PRO_074992.htm#.WDXEkMfcPR0> Acesso em: 11 nov. 2016

13 Nesse sentido, o professor emérito da Universidade de Montpellier, Jean Louis-Autin, diz: “ao longo dos anos, as AAI proliferaram sem linha diretriz nem plano de conjunto, e, por uma surpreendente reviravolta da situação, o que tinha aparecido como uma anomalia no nosso dispositivo institucional se tornou uma espécie remédio universal (quase) unânime.” AUTIN, Jean-Louis. **L'intervention des autorités administratives indépendantes**. Jurisclasseur Libertés. Lexisnexis, fascicule 300, 2009. Disponível em: <http://http://www.lexisnexis.fr/droit-document/fascicules/jcl-libertes/943_EG_LI0_438943CH_1_PRO_075677.htm#.WDXDWsfrcPR0> Acesso em: 11 nov. 2016.

14 CHEVALIER, Jacques. **Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes**. La Semaine juridique. Édition générale n° 30. ago., 1986. Disponível em <http://www.lexisnexis.fr/droit-document/article/la-semaine-juridique-edition-generale/30-1986/008_PS_SJG_SJG8630CM00008.htm#.WDXFncfcPR0> Acesso em: 11 nov. 2016.

15 GENTOT, Michel. **Les autorités administratives indépendantes**. Paris: Montchrestien, 1991, p.5

16 CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 306.

17 Journal officiel. **questions écrites**. Assemblée nationale, out. 2005, p. 9173 apud Gélard, 2006a, p. 18.

18 LEGIFRANCE, le service public de la diffusion du droit. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/Sites/Autorites-independantes> Acesso em: 12 jun. 2016.

Esse panorama ratifica seu surgimento pragmático no Direito Francês. Nascidas para resolverem problemas práticos, por vezes as AAI carecem de conceituação legal, não raro detendo poderes e objetivos dos mais diversos. Nessa perspectiva, o Conselho de Estado, em seu parecer de 2001, diz:

o processo de criação não parece obedecer a nenhum plano pré-concebido. Forçoso é constatar que é a necessidade contingente que faz nascer a lei: nenhuma lógica de conjunto pré-estabelecida guia o movimento de criação das autoridades administrativas independentes; o recurso à fórmula apenas responde, a cada vez, a um problema específico.¹⁹

As autoridades administrativas independentes construíram seus contornos de modo tão diverso “[...]quanto podem ser os seus domínios de atividade, suas regras de composição e de funcionamento ou os seus poderes. Essa diversidade resulta da adaptabilidade das AAI a suas missões, que faz de cada uma dentre elas uma entidade original e constitui um de seus principais trunfos.”²⁰

Portanto, se o desenvolvimento desses organismos se concebeu de modo desordenado pela busca de soluções a problemas concretos, para melhor compreendê-los, cabe a análise de quais foram as circunstâncias causais que os consolidaram. Como se observará, muitos dos motivos não foram exclusivos das autoridades administrativas independentes francesas, mas, pelo contrário, foram consequência de uma mudança filosófica na estrutura da economia mundial.

b) Os motivos da criação das AAI

b.1) A ascensão do neoliberalismo

De modo precedente à onda neoliberal, vigorou no mundo ocidental a ordem econômica do Bem-Estar Social; nela, a intervenção do Estado acontecia de maneira direta, fosse por meio da prestação de serviços públicos, da edição de normas protetivas ou da criação de empregos; acreditava-se que o Poder Público era o único capaz de manter condições de vida digna aos cidadãos, uma vez que

¹⁹ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 263.

²⁰ GÉLARD, 2006, p. 21.

não havia empresas privadas com capacidade financeira e infra-estrutura suficientes para suprir suas necessidades.²¹

Entretanto, após a crise econômica mundial dos anos 1970, o modelo intervencionista sucumbe pela sua inadaptação à súbita alteração da dinâmica financeira, social e econômica, oportunizando a ascensão do neoliberalismo.²² Com ele, houve a progressiva retirada do Estado da prestação dos serviços públicos e das atividades econômicas, ampliando-se o mercado concorrencial.²³

Em apertada síntese, Sergio Aragão bem leciona sobre esse período transitório:

Keynes viveu a grande depressão de 30, e, diante de suas catastróficas consequências, sustentou que a tendência natural da economia não é o livre mercado, mas sim o monopólio e que, desta forma, aquele tem que ser criado e mantido por normas e medidas que o protejam, tais como a criação de empregos, mesmo que em obras ou serviços não tão necessários, mas que pudessem recolocar a economia em movimento. [...]Tivemos então o chamado 'consenso social-democrático', adotando-se com entusiasmo a política econômica e social de Keynes, pela qual o Estado deveria estar permanentemente intervindo na economia para manter o pleno emprego, mesmo que para isso fosse necessário emitir moeda sem lastro, correndo risco de gerar inflação.

[...] o fim da guerra fria, com a vitória do bloco capitalista liderado pelos E.U.A., reduziu os gastos militares e a coesão nacional pelo objetivo comum de defesa, não mais existindo as ameaças de mudança para outro sistema político-econômico antagônico. Estes fatores, aliados ao longo período de gastos públicos ineficientes, supérfluos, às vezes demagógicos, e, sobretudo, sem lastro, levaram à insustentabilidade do modelo keynesiano.

[...] Uma das alternativas colocadas foi o neoliberalismo, muito semelhante ao liberalismo clássico, tendo como uma das poucas diferenças o fato de admitir algum controle sobre a concentração do poder econômico que seja prejudicial ao próprio mercado (cartéis, etc.), e, ao contrário dos primeiros liberais, centrar o seu discurso muito mais sobre as liberdades econômicas, deixando para segundo plano as liberdades da pessoa humana como um todo.²⁴

Destarte, por meio de um movimento contínuo o Estado progressivamente se desengajou de suas funções, ampliando a atuação da iniciativa privada. Contudo, salienta-se que a abertura do livre mercado à concorrência não significa absentismo estatal. Marçal Justen Filho, em época em que ainda sustentava a supremacia do interesse público, alertava que “a substituição do Estado por

²¹ MENEZES, Roberta Fragoso de Medeiros. **As agências reguladoras no direito brasileiro**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, v. 227, jan./mar. 2002, p.50

²² TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências Reguladoras, p. 153. In: MORAES, Alexandre de (org). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

²³ MENEZES, 2002, p. 51

²⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 75.

organizações privadas não significa o desaparecimento da supremacia do interesse público nem a intangibilidade de certas garantias essenciais.”²⁵

Há de se considerar que o Estado Democrático de Direito resguarda o cidadão com direitos que, de uma maneira ou outra, devem ser respeitados pela Administração. Se as dificuldades inerentes ao keynesianismo “impedem a atuação direta do Estado, devem fazê-lo rever as suas estratégias regulatórias, não para extingui-las, mas para torná-las mais inteligentes e menos onerosas aos cofres públicos.”²⁶ Em suma, a ideia é que se o Estado não assume ele mesmo determinadas atividades, deverá ao menos controlá-las,²⁷ porquanto impensável “abandonar as conquistas fundamentais atingidas por via do que se poderia denominar Estado Democrático de Direito Social.”²⁸

Ocorre que, com a transferência de parte das atividades públicas para as entidades privadas, há uma mudança na relação entre o público e privado, surgindo a correlata necessidade de acompanhamento do setor por intermédio de regulação.²⁹ Portanto, a privatização do mercado significa mudança de estratégia, mas não abandono do interesse público. Nesse sentido, Paulo Otero diz que:

não há decisão válida de privatizar sem a prossecução directa e imediata de um interesse público. Desde logo, observando a constituição, pode dizer-se que o princípio da privatização tem subjacente o entendimento de que o interesse público na concretização do Estado do bem-estar não envolve sempre, ou, pelo menos, necessariamente, uma intervenção directa pública em termos económicos, sendo passível de obter satisfação através da iniciativa económica privada.³⁰

É nesse panorama que surge, a nível global, a necessidade de criar órgãos da Administração que fossem adequados à boa regulação do mercado; isso quer dizer, que se mostrassem hábeis a estabelecer limites à atuação da iniciativa privada para a manutenção das conquistas alcançadas no sistema económico precedente, qual seja, o Estado do Bem-Estar Social.

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Em prefácio da obra de CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 8

²⁶ ARAGÃO, 2013, p. 75.

²⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras, p. 19. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

²⁸ JUSTEN FILHO, 2001, p.7.

²⁹ TOJAL, 2002, p.154.

³⁰ OTERO, Paulo. **Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado**. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 166-167

No exemplo francês, o Conselho de Estado³¹ disserta que, após o movimento de desestatização, "os governantes, quaisquer que fossem, tiveram consciência do fato que o desengajamento do Estado não podia significar abandono dos setores em causa às forças do mercado ou unicamente aos interesses próprios dos operadores," mas requeria, ao contrário, "garantias de todos tipos (transparência, organização de serviços a toda a população e sobre todo o território, pluralismo...) que necessitem de apelo a mecanismos ditos regulatórios, confiados mais frequentemente a instituições específicas, distintas das autoridades tradicionais do Estado." Por consequência,

a emergência das autoridades administrativas independentes constitui quase o corolário de um desengajamento do Estado, fruto de uma vontade de liberalização que caracterizou estes setores desde os anos 80 na França, como em toda a Europa, de acordo com um movimento contínuo, que vai culminar com a abertura à concorrência de atividades até então monopolizadas, pois dominadas pelo conceito de serviço público nacional, como as telecomunicações ou a produção e distribuição de eletricidade.³²

Pelo exposto, vê-se que, para a proteção dos direitos dos cidadãos, pouco importa o modo de atuação estatal, porquanto

a questão se coloca nos fins sociais do Estado Democrático de Direito, já que as mesmas soluções, os mesmos meios, podem ser empregados com finalidades diversas. Se em determinado momento o absentéismo se revelar consentâneo com os seus fins constitucionais, deverá ser adotado, mas não apenas sob a perspectiva neoliberal de preponderância do valor da liberdade empresarial. No Estado Democrático este é um dos valores em jogo, e, como tal, deve ser preservado, mas [...] não é o único, nem o mais importante.³³

Assim, compreende-se que a onda neoliberal tenha sido a causa da criação de órgãos aptos a corrigir as falhas de mercado e tutelar eventuais violações ao interesse público, mas tal silogismo é incapaz de justificar a necessidade de autoridades independentes. Quais são, afinal, os motivos para a adoção desta estrutura organizacional?

b.2) A necessidade de organismos independentes em relação ao Governo

b.2.1) Influência do Direito Comunitário: a busca por imparcialidade

³¹ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 279.

³² CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 278-279.

³³ ARAGÃO, 2013, p. 76.

Como cediço, a França, como qualquer outro país, bem poderia regular as atividades econômicas por meio de um órgão hierarquicamente subordinado à Administração Pública.

A escolha de conceder independência às AAI, portanto, passa em boa medida por uma opção política, a qual não pode ser justificada, por óbvio, sem a percepção das contingências que a rodeiam. Ocorre que o direito comunitário da União Europeia exerceu forte pressão para a implantação da livre concorrência no continente Europeu, estabelecendo diretivas³⁴ que, além de obrigar a abertura do mercado em setores historicamente monopolizados por operadores públicos, como telecomunicações, energia e correios, determinou a implantação de um sistema imparcial de regulação.³⁵

Isso não significava a obrigatoriedade da implantação de um órgão regulador independente, uma vez que a imparcialidade poderia ser atingida de diversos modos; mas o monopólio público nesses setores dissuadia a sua vinculação à Administração, dada a iminente confusão entre a atividade reguladora e o prestador direto do serviço.

O Conselho de Estado, ao comentar o assunto em seu estudo de 2001, diz que:

Juridicamente, a transposição destas diretivas não importa na obrigação de criar uma nova instituição especializada na regulação do setor em causa, nem mesmo de criar uma instituição organicamente separada das administrações centrais. A maior parte destas diretivas impõem somente, com efeito, a implementação de uma instância independente das partes que permita notadamente o acesso de terceiros aos serviços, independentemente da influência, suposta ou real, das partes predominantes do setor no momento da transposição da diretiva. Uma vasta variedade de escolhas era assim teoricamente ofertada aos governantes quando de suas transposições: criar um regulador no próprio seio do executivo; acordar todos os poderes de regulação à autoridade encarregada de velar pelo respeito da concorrência, deixar para criar, em seu próprio seio, seções especializadas; instaurar um regulador independente. No caso concreto, é o critério do grau de controle econômico que os Estados detêm sobre os operadores históricos que esta ou aquela fórmula se impõe inexoravelmente ao legislador.³⁶

Observa-se que há uma pluralidade de formas de se construir um órgão regulador imparcial, mas o modelo instituído será determinado pelo grau de controle

³⁴ Trata-se das diretivas 96/92 de 19 de dezembro de 1996; 96/67 de 15 de dezembro de 1997; e 96/19 de 13 de março de 1996. CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 272.

³⁵ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 271-272

³⁶ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 272.

econômico que o Estado detém sobre os operadores.³⁷ Por essa razão, no caso francês seria inconcebível outra alternativa que não o estabelecimento de organismos independentes, pois lá o operador histórico ou é uma emanção do Estado ou lhe pertence majoritariamente, sendo sua tutela ou controle econômico confiado a uma direção da administração central; mais que qualquer outro operador europeu, ele se encontra ligado aos poderes públicos em razão de seu estatuto, tendo até mesmo o campo de sua atividade industrial fixado por lei. Sua estratégia, pois, é diretamente controlada pelo Estado em sua qualidade de acionário único.³⁸

Pelo mesmo fundamento, a criação de um ente regulador no seio da administração central encontraria óbice na própria Corte de Justiça das Comunidades Europeias, que considera que “direções diferentes de uma mesma administração não podem ser consideradas como independentes uma da outra.”³⁹

b.2.2 Credibilidade internacional

Outro motivo indutor do estabelecimento de órgãos independentes, juntamente às exigências da União Europeia, foi a busca por credibilidade internacional. Em suma, à época das desestatizações, havia um consenso, inclusive entre os atores do mercado, que a figura das AAI respondia bem às novas necessidades de regulação econômica.⁴⁰

Entendia-se que a sua capacidade de elaborar um conjunto de normas aceitas pelos atores e implementá-las com eficácia e flexibilidade as diferenciava da intervenção tradicional do Estado na economia, sendo uma vantagem sobre a concorrência internacional de centros financeiros sobre bolsa de valores ou mercados.⁴¹

³⁷ Frisa-se que, para a doutrina francesa, o termo “operadores” representa os atores do mercado. Embora pouco usual no vocabulário jurídico brasileiro, optei por sua tradução literal em virtude da ampla variedade de situações em que ele é utilizado no sistema francês. Os atores públicos que exercem atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada, por exemplo, são chamados de “*opérateurs publics*.”

³⁸ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 273.

³⁹ UNION EUROPÉENNE, Cour de Justice de L'Union européenne. **arrêt Taillandier**, 27 out. 1993, *affaire C-92/91*.

⁴⁰ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 268.

⁴¹ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 268.

b.2.3 Tutela das liberdades públicas

Por fim, saliento que a instauração de órgãos independentes da administração central não atendia apenas aos apelos da ordem econômica. Isso porque algumas AAI têm como missão não propriamente a regulação de um setor, mas também, *lato sensu*, a proteção das liberdades públicas.⁴² Esse é o caso, por exemplo, da primeira autoridade independente, a Comissão Nacional da Informática e das Liberdades, criada para responder às ameaças que o desenvolvimento da informática nos setores público e privado poderiam causar aos direitos individuais.⁴³ bem como do Conselho de prevenção e luta contra o doping - CPLD, instituído para proteger a saúde dos atletas.⁴⁴

A valorização da independência nesses setores é tamanha que, como razões para a criação do CPLD, o então deputado Alain Néri justificou que era “sem dúvida necessário evitar toda suspeita em relação a uma administração que corria o risco de ser creditada como parcial em benefício de seus atletas engajados em competições internacionais, caso algum dentre eles tivesse sido investigado por suspeita de dopagem.”⁴⁵

Néri continuou seu raciocínio criticando um parecer no qual o Conselho de Estado defendia que o exercício de um poder de sanção disciplinar em razão de infrações à legislação sobre produtos dopantes não exigia a criação de uma AAI; de acordo com o parlamentar, tal raciocínio desconhecia “de uma parte o sucesso inegável do funcionamento da maioria das autoridades administrativas independentes e de outra parte a necessidade do exercício de um poder disciplinar com toda independência do poder político.”⁴⁶

Observa-se, pois, que, sob a ótica francesa, não apenas a atividade financeira, mas todo setor que por algum motivo mereça uma maior imparcialidade

⁴² CHEVALIER, 1986.

⁴³ Esta autoridade independente foi especificamente criada após uma comissão instituída pelo decreto 74-938 que se encarregou justamente de emitir propostas ao Governo, em um prazo de seis meses, de medidas visando garantir que o desenvolvimento da informática nos setores público, semi-público e privado se realizaria com “o respeito à vida privada, das liberdades individuais e das liberdades públicas”. CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 262.

⁴⁴ GÉLARD, 2006a, p. 28.

⁴⁵ NÉRI, Alain; Commission des affaires culturelles. Rapport sur le projet de loi relatif à la protection de la santé des sportifs et à la lutte contre le dopage. Assemblée nationale, n° 941, 1998, apud GÉLARD, 2006a, p. 28.

⁴⁶ NÉRI, 1998 apud GÉLARD, 2006a, p. 29.

deve receber uma grande autonomia em relação ao poder central. São os considerados domínios sensíveis, cuja influência do poder político seria nociva, como bem explicita o professor Jacques Chevalier:

Trata-se em todos os casos de domínios sensíveis, que devem ser protegidos ao mesmo tempo da pressão de grupos de interesse e da influência do poder político: a intervenção do Estado é necessária para assegurar um controle, uma regulamentação, mas traz, ao mesmo tempo, grandes ameaças potenciais às liberdades individuais; a instituição de uma autoridade administrativa independente é um meio termo que permite reduzir esta contradição e conciliar estas duas preocupações.⁴⁷

Desta feita, a independência intentada justificava-se pelo ganho de imparcialidade daí resultante, sendo esta necessária para a boa regulação de domínios sensíveis. Diz o Conselho de Estado que, "...quase por natureza, o Estado é reputado parcial, enquanto que as autoridades administrativas independentes parecem dotadas, desde o seu nascimento, de uma unção que as faria beneficiar de uma irrefragável presunção de imparcialidade."⁴⁸ Espera-se, portanto, que executem suas tarefas da mesma forma que os magistrados: com "imparcialidade, objetividade e independência."⁴⁹

b.3) A busca por órgãos especializados

Além da independência em relação à Administração central, a criação das autoridades independentes visou responder uma necessidade crescente de especialização técnica. Essa pretensão, longe de ser fruto do acaso, surgiu como reação às mudanças na organização social, conforme observaremos nos sub-tópicos que seguem.

b.3.1) O advento do Estado Democrático de Direito

Anteriormente à sociedade contemporânea, o ideal liberal oitocentista vigorou defendendo a sistematização racional das normas em apenas um diploma legislativo, tendo em vista a crença da igualdade formal de todos perante a lei. Esse modelo refletia um Estado Liberal Burguês, preocupado apenas em proteger o

⁴⁷ CHEVALIER, 1986.

⁴⁸ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 276.

⁴⁹ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 276.

direito à “propriedade, pela qual se assegurava a titularidade, o gozo e a fruição dos bens”, e a liberdade contratual, “veículos da circulação destes bens.”⁵⁰

Para tutelá-los, ampliavam-se as liberdades individuais e se restringia a atuação do Estado, havendo por consequência uma

inteira indiferença ao conteúdo e substância das relações sociais. Ladeava a sociedade do Estado para conservá-la como esfera imune ou universo inviolável de iniciativas privatistas: era uma sociedade de indivíduos e não de grupos, embebida toda numa consciência anti-coletivista. À Constituição cabia tão somente estabelecer a estrutura básica do Estado, a espinha dorsal dos seus poderes e respectivas competências.⁵¹

No Estado burguês, não havia um fim estatal típico e permanente voltado para a sociedade como um todo; a motivação da atividade estatal se limitava a propiciar à classe burguesa governante, até então única eleitora, os meios necessários para a obtenção de seus fins particulares.⁵² Assim, segundo o autor francês Charles-Albert Morand, as ações do Estado careciam da ideia de justiça distributiva, planejamento de políticas públicas, ou coordenação das forças estatais para persecução de determinados objetivos, fossem educacionais, sociais, econômicos, etc.⁵³ Seus interesses sendo reflexo dos interesses burgueses, sua atuação restringia-se à construção de estradas, meios de transporte ou de comunicação para o fortalecimento dos negócios, à concessão de subsídios ou ao protecionismo alfandegário.⁵⁴

Por conseguinte, restava ao direito perenizar os valores da única classe que detinha o poder político. Este ordenamento monocêntrico, entretanto, esvaiu-se com a propulsão do sufrágio universal, o qual deu origem ao Estado Democrático de Direito, exigindo a conciliação de uma pluralidade de valores, muitos dos quais contraditórios, porque pertencentes a distintos grupos.⁵⁵

Sergio Aragão, ao citar o doutrinador italiano Massimo Giannini, bem descreve essa transição:

⁵⁰ ARAGÃO, 2013, p. 53.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 203-204.

⁵² ARAGÃO, 2013, p. 57.

⁵³ MORAND, Charles-Albert. **Le Droit Néo-Moderne des Politiques Publiques**. Paris: L.G.D.J., 1999, p. 71.

⁵⁴ ARAGÃO, 2013, p. 55.

⁵⁵ MORAND, 1999, p. 29-30.

O Estado burguês, como ordenamento jurídico fundado sobre o princípio de atribuições de direitos eleitorais a apenas uma classe, à burguesia, é em sua substância estrutural um Estado oligárquico, no sentido de que atribui o poder a apenas uma classe política. [...] Ora, é indiscutível que a luta pelo sufrágio universal caracterizou em toda a parte o último período dos estados burgueses, para terminar, indistintamente, com a introdução do sufrágio universal, e da mesma forma, com o conseqüente alargamento da base eleitoral – todos os cidadãos são eleitores –, e a conseqüente introdução do princípio pelo qual todas as classes sociais tornaram-se classe política. Nasce o estado pluriclasse, como tipo de Estado novo, integrado por quase todos os países importantes da terra.⁵⁶

A partir desse momento caberia à Constituição agregar os princípios das diferentes classes, conforme explicita o italiano Gustavo Zagrebelsky:⁵⁷

a Constituição pluralista revela a estrutura de um pacto sobre o qual cada uma das partes demanda e obtém a inscrição de princípios que correspondem às suas próprias aspirações de justiça. Estes são, assim, extraídos do domínio pré-jurídico e inseridos enquanto tais e inteiramente no direito. Esta inserção não deve de maneira alguma ser negligenciada para as concepções jurídicas: ela é a condição imediata do sucesso da obra constituinte como obra de todos, e não como ditame unilateral de uma parte em relação a outra. Contrariamente ao que dizem os partidários de soluções constitucionais simples e isentas de compromissos, ela é um sinal da força da constituição, e não da sua fraqueza, na medida em que estes fundamentos consensuais são alargados.

Surge, assim, um Estado pluriclasse, de modo que a adoção de um modelo único pela Constituição não é mais adequado, porquanto exclui os interesses sociais das outras classes de indivíduos.

Daí também advém a mudança da atuação estatal de uma política negativa, de respeito às liberdades, para uma política positiva, de concretização dos direitos sociais.⁵⁸ Isso porque durante o Estado liberal o momento era de tamanha prosperidade aos burgueses que bastava ao Estado que deixasse “eles

⁵⁶ GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Pubblico dell'Economia**. 2.ed. Mulino, 1995, p. 31-32, apud ARAGÃO, 2013, p. 58.

⁵⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Le Droit em Douceur – Il Diritto Mite**. Ed. Econômica, Paris, 2000, trad. Michel Leroy, p. 91 apud ARAGÃO, 2013, p. 61.

⁵⁸ "Nada mais natural, já que em um Estado liberal abstencionista o poder legislativo bastava em grande parte para estabelecer as regras abstratas de proteção às liberdades individuais. Já em um Estado participante da dinâmica e fluida realidade social, preocupado com a melhoria das condições concretas de vida das pessoas e com o equilíbrio econômico-social do mercado, a mera edição de normas gerais e abstratas seria insuficiente." ARAGÃO, 2013, p. 69.

trabalharem”; já as demais classes, que à época sofriam de grande penúria, com o advento do Estado Democrático de Direito passaram a exigir condições dignas de saúde, educação, moradia, etc. Por representarem a maior parte da população, para “alguma agremiação partidária ter sucesso eleitoral teria que ser por elas constituída, ou, pelo menos, com elas entrar em acordo.”⁵⁹

Com efeito, “com o Estado Democrático de Direito a Constituição assumiu um novo contorno, introjetada com conteúdos socioeconômicos que alteraram o seu entendimento: “de garantia dos limites do Poder e do respeito à liberdade individual transforma-se num programa normativo de realizações.”⁶⁰

b.3.2) A ampliação do poder regulamentar da Administração

Esta nova configuração social tornou o sistema jurídico mais complexo; primeiramente, “para não petrificar a vida política o conteúdo da lei perdeu o caráter unívoco que possuía quando decorria de um equilíbrio imutável entre os princípios burgueses, que continuam a existir, mas não mais de forma exclusiva.”⁶¹ A lei, nesse diapasão, “toma a forma de um direito particular e contingente, a saber um direito que traduz o ponto de vista dos atores políticos que ocasional e temporariamente se impõem no processo legislativo em virtude do princípio majoritário.”⁶²

Em um segundo momento, a redução do caráter geral e abstrato da norma culminou na ampliação do poder regulamentar da Administração, haja vista sua maior adequação para a tomada de decisões conjunturais e específicas.

Nesse sentido, Bernard Chantebout afirma que:

as técnicas das quais o poder legislativo dispõe são totalmente inapropriadas para conduzir uma política conjuntural. [...] As medidas a serem tomadas para a direção da atividade econômica são voltadas para certos setores de atividade, às vezes mesmo a certas empresas, e devem ser essencialmente temporárias. Elas são desenvolvidas a partir de uma série de decisões cotidianas, que são manifestamente insuscetíveis de serem tomadas por uma Assembleia, podendo ser adotadas apenas pelo Executivo.⁶³

Houve, pois, um declínio da lei, com a preponderância da Administração e a insurgência de políticas públicas concretas, regulamentadas somente em seus

⁵⁹ ARAGÃO, 2013, p. 64-65.

⁶⁰ ARAGÃO, 2013, p. 63.

⁶¹ ARAGÃO, 2013, p. 65.

⁶² ZAGREBELSKY, 2000, trad. Michel Leroy, p. 91 apud ARAGÃO, 2013, p. 65.

⁶³ CHANTEBOUT, Bernard. **Droit Constitutionnel**. 13.ed. Paris: Armand Colin, 1996, p. 305.

aspectos gerais. “A democratização do Estado, com a sua crescente participação nas relações sociais e econômicas, acarretou uma considerável mudança do polo do poder real do Legislativo para o Executivo,” consequência da rapidez que devem ser editados atos concretos com efeitos na realidade social.⁶⁴

Nada obstante, a mutação social não estagnou nesse ponto. Em verdade, a cada momento a pluralidade de grupos aumenta, hoje não mais organizados em relação à classe econômica, mas por afinidades de interesses. Aliado a isso, agregase o progresso científico, que torna cada área do saber mais complexa.

Como resultado, percebeu-se que não bastava a ampliação da competência normativa da Administração Pública sem a concomitante especialização de seus entes, os quais deveriam estar livres das ingerências das políticas parciais para o exercício satisfatório de suas prerrogativas no seio da sociedade contemporânea.⁶⁵

Ao comentar o assunto, Aragão diz que a evolução tecnológica e complexização do sistema social têm feito com que a especialização em determinado setor do Direito seja acompanhada de profundos estudos técnicos da matéria regulada, sendo cada vez mais comuns e necessários os “juristas-biólogos”, “juristas-sanitaristas”, “juristas-economistas”, etc. Assim, sobretudo em novos ramos gerados pelo progresso científico, tais como direito aeronáutico, de patentes, industrial ou de energia, prevalece um campo fértil para a atuação de ordenamentos setoriais, já que apenas uma

regulação ágil, levada a cabo por agentes independentes, versados sobre os diferentes aspectos da atividade a ser controlada e com liberdade de atuação face ao dinamismo social e tecnológico, pode obter sucesso ao lidar com expressões normativas como medição da intensidade dos sinais acústicos dos veículos, com princípios de defesa bromatológica, ao fixar-se a quantidade de certos produtos químicos que uma conserva pode ter, etc.⁶⁶

Igualmente, em apertada síntese, o mesmo autor cita Vital Moreira, que bem explicita o exposto ao relacionar o alargamento das tarefas estatais e a criação de órgãos e entidades autônomas:

VITAL MOREIRA, citando BREUER, considera o surgimento de órgãos e entidades públicas autônomas em relação ao Poder estatal central como a 'resposta necessária do moderno Estado social ao alargamento das suas tarefas. A autonomização de organismos administrativos é, portanto uma consequência, em termos de diferenciação e especialização,

⁶⁴ ARAGÃO, 2013, p. 68-69.

⁶⁵ ARAGÃO, 2013, p. 413- 414.

⁶⁶ ARAGÃO, 2013, p. 344. (grifo nosso)

da ampliação e diversificação das tarefas administrativas'. Caracterizando a administração pública do Estado pluriclasse como 'policêntrica', afirma, desta vez valendo-se de BROHM, que 'quanto mais a colectividade se especializa e diferencia técnico-profissionalmente e se pluraliza ético-culturalmente, tanto menor se torna aquilo que é comum a todos e tanto maior necessidade existe de diferenciação político-administrativa para corresponder à diversidade dos apelos feitos aos poderes públicos'."⁶⁷

É nessa seara, pois, que aparecem as autoridades administrativas independentes, assim como as agências reguladoras, como instituições autônomas especializadas.⁶⁸

b.3.3) A especialização propriamente dita no contexto francês

Conforme supra-expendido, a especialização técnica de órgãos autônomos perante a Administração central foi decorrência natural do processo de pluralização social. Na realidade francesa, o Conselho de Estado, em uma tentativa de melhor explicitar os benefícios da especialização das AAI, elenca dois argumentos: inicialmente, a participação de profissionais em setores de matérias técnicas como a bolsa de valores, o sistema bancário ou financeiro, ao mesmo tempo em que garantiria a plena consciência das vantagens e desvantagens da implementação de uma determinada ação, asseguraria a sua adaptação às circunstâncias concretas, reagindo com flexibilidade aos movimentos de fundo do mercado. Além disso, suscita o aumento da legitimidade da atuação estatal, porquanto o exercício do poder de regulação e sanção seria melhor aceito se exercido por um organismo comportando profissionais de qualidades incontestáveis.⁶⁹

Já Marie-Anne Frison-Roche acresce que a tecnicização de um setor pode conduzir o legislador a criar uma autoridade administrativa independente para assegurar sua regulação, pois uma autoridade separada dos serviços centralizados do Estado tem mais facilidade de se aproximar das empresas reguladas, seja para melhor lhes fiscalizar, sancionar ou para cooperarem mutuamente.⁷⁰

⁶⁷ MOREIRA, Vital. **Administração Autônoma e Associações Públicas**. Coimbra: Editora Coimbra, 1997, pp. 30, 31 e 35 apud ARAGÃO, 2013, p. 207-208.

⁶⁸ Aragão diz que "com o avanço da pluralidade e complexidade, inclusive tecnológica, da sociedade, este processo fragmentário da administração pública chegou a um ponto ótimo com o surgimento, por imposições práticas, teoricamente elaboradas, dos órgãos e entidades independentes, ou seja, dotados de uma verdadeira autonomia." ARAGÃO, 2013, p. 204.

⁶⁹ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 276.

⁷⁰ GÉLARD, 2006a, p. 28.

Como se nota, os motivos elencados pelos doutrinadores franceses complementam e reforçam a ideia da especialização de órgãos independentes em virtude da complexidade técnica dos setores regulados, atendendo a um anseio de adaptação às mudanças sociais.

b.4) Uma maior efetividade

Nada do dissertado importaria se as AAI não almejassem, em última instância, um ganho de efetividade. A busca pela independência, bem como pela especialização técnica nada mais foram do que ferramentas consideradas hábeis para a modificação de uma estrutura administrativa clássica incapaz de atender às necessidades da modernidade, mormente em termos de rapidez nas edições de atos.

Nesse sentido, o Conselho de Estado, novamente por meio de seu relatório de 2001, expõe o tema com salutar sapiência:

Por numerosas razões, a autonomia conferida às autoridades administrativas independentes permite a tomada de decisões de forma mais rápida que em uma Administração central. As autoridades administrativas independentes são desligadas de toda uma série de regras procedimentais que permanecem sobre os modos tradicionais de elaboração das decisões administrativas: nenhuma arbitragem interdepartamental pode alongar os prazos procedimentais, nenhum gabinete exerce sua influência ou seu direito de vista; e sabe-se bem a que ponto os gabinetes tendem a remeter a si mesmos o menor ato regulamentar ou individual, o que torna a Administração central incapaz de tomar uma decisão rápida. A autoridade administrativa independente tem a imensa vantagem de poder decidir a partir do momento em que ela se sente suficientemente esclarecida, fora de toda consideração exógena ao setor regulado, oferecendo assim uma continuidade na ação indispensável à atividade dos operadores. Por outro lado, as regras de funcionamento simplificadas das autoridades administrativas independentes permitem resolver os litígios e aplicar as eventuais sanções mais rapidamente que as jurisdições penais de direito comum, sobrecarregadas de dossiers e submetidas às múltiplas regras procedimentais próprias a esta matéria. Esta capacidade de reação rápida das autoridades administrativas independentes em matérias extremamente mutáveis que exigem a ação imediata, explica as razões pelas quais lhes são confiados poderes cada vez maiores dentro do quadro definido pelo Conselho Constitucional: numerosos

setores tinham necessidade desta regulação flexível que se inscreve dentro de prazos curtos e se exprime de modo polimorfo.⁷¹

Em outras palavras, o acúmulo de poderes e a flexibilização procedimental das AAI ensejaria a tomada de decisões com rapidez, permitindo a efetividade das medidas dentro de setores que, por natureza, exigem agilidade nas ações.

b.5) Desconfiança em relação ao poder central

Por fim, destaco que todos os motivos supra-expostos desaguardam, em última análise, na desconfiança existente sobre o poder administrativo central e o poder político.⁷²

De um lado, pela perda de confiança em sua imparcialidade,⁷³ ocasionada em boa medida pelo caráter transitório da política, uma vez que “os objetivos de regulação [...] e de proteção dos direitos e das liberdades não devem conhecer nenhuma solução de continuidade nem serem marcados pelos efeitos eleitorais.” As “AAI, assim como as jurisdições, escapam a essas incertezas, gerando uma fonte estável de confiança”. De outro, pelo descrédito na sua eficiência, inclusive no que toca à justiça, pois “a desconfiança em relação às estruturas tradicionais, diretamente colocadas sob a autoridade do Governo, pode tocar não somente os ministérios, julgados ‘distantes das realidades que precisam administrar’, mas também a justiça.”⁷⁴

Portanto, a “desconfiança e suspeita em relação ao Estado tradicional, contestado em toda sua potência e questionado quanto à sua imparcialidade e sua eficácia”,⁷⁵ enseja a criação das autoridades administrativas independentes, que se beneficiam de regras simplificadas de funcionamento a fim de que possam resolver os litígios de maneira célere.⁷⁶ Restaura-se, por consequência, a confiança social em um organismo novo e sem ligação com um sistema mal visto.⁷⁷

⁷¹ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 276-277.

⁷² CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 275.

⁷³ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 275.

⁷⁴ GÉLARD, 2006a, p. 29.

⁷⁵ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 257-258.

⁷⁶ GÉLARD, 2006a, p. 29.

⁷⁷ GÉLARD, 2006a, p. 30.

Por todo o exposto neste capítulo, apreende-se que os motivos que levaram à criação das autoridades administrativas independentes na França foram a: **a)** busca por independência em relação à Administração Central, com ganho de imparcialidade para o cumprimento das exigências da comunidade europeia, o aumento da credibilidade internacional e a regulação de domínios considerados sensíveis; **b)** necessária especialização técnica de órgãos em razão do pluralismo da sociedade contemporânea; e **c)** procura por uma maior eficácia das medidas governamentais. Reitero, ademais, a interrelação de todas esses fatores, os quais derivam, em última análise, da desconfiança no Estado tradicional.

2. Conceituação das autoridades administrativas independentes

Apresentado os motivos que conduziram à instituição das autoridades administrativas independentes, passo, neste tópico, a analisar as características que as definem.

a) Síntese da definição

O desenvolvimento das AAI, conforme já mencionado, careceu de racionalização, ocorrendo desordenadamente por razões conjunturais.⁷⁸ Algumas, nasciam do acaso momentâneo, outras, por intenções políticas, por vezes após um escândalo político que obrigava o Governo a trazer uma resposta legislativa. Por consequência, essas instituições se estabeleceram com objetivos, poderes e organização dos mais variados, o que dificulta um contorno preciso, mormente ante a ausência de um estatuto jurídico geral.

Esta pluralidade de AAI levou a muitos doutrinadores entenderem pela inexistência de uma definição completa e consensual do instituto, alguns sendo céticos a ponto de defenderem a inexistência de uma conceituação própria às autoridades administrativas independentes.⁷⁹

⁷⁸ AUTIN, Jean-Louis. **Le devenir des autorités administratives indépendantes**. Revue Française de Droit Administratif. Paris: Dalloz, ano 26, n°5, set./out., 2010. Disponível em: <<http://www.dalloz.fr/documentation/lien?famille=revues&doctype=RFDA/CHRON/2010/0133>> Acesso em 11 nov. 2016

⁷⁹ SABOURIN, Paul. **Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle?** Actualité juridique. Droit administratif (AJDA). Paris: Dalloz, ano 39, n°5, maio 1983, p. 275.

Destarte, seu contorno é algo que ainda inquieta os franceses, de modo que Patrice Gélard, quando elaborou um novo relatório para analisar as evoluções das AAI desde 2006, expressou os seguintes questionamentos sobre o tema:

o que é uma AAI, senão um objeto administrativo não identificado que exerce funções provenientes da competência do Governo, e que advém portanto de um abandono das atribuições deste último? Não há definição; o legislador é hesitante: há 'autoridades administrativas' que não são 'independentes' e 'autoridades independentes' que não são administrativas'. Por que algumas AAI são dotadas de personalidade jurídica e outras não? Mistério.⁸⁰

Por suas distintas características e seus variados espectros normativos, mostrava-se imprescindível encontrar características que unissem o conjunto das AAI a uma única categoria jurídica. Perante a inexistência de definição legal, coube essa tarefa à doutrina e à jurisprudência, pelo que o Conselho de Estado, enfrentando a questão em seu relatório de 2001, mencionava que a

ausência de um estatuto unificado das autoridades administrativas independentes definitivamente não impediu um consenso sobre a abordagem geral e sobre os elementos essenciais que permitem identificar as autoridades administrativas independentes, mesmo se o debate subsiste sobre a aceção a dar a cada um destes elementos.⁸¹

Em seu trabalho, o Conselho de Estado primeiramente identificou elementos negativos, ou seja, o fato dessas instituições não serem nem jurisdições, pois suas decisões não são revestidas da autoridade de coisa julgada, nem possuem personalidade jurídica⁸² distinta à do Estado.⁸³

Após, precisou a conceituação das AAI por meio das características imanentes a todas elas, quais sejam, a autoridade, a função administrativa e a independência.

a.1) Autoridade

O termo autoridade significa que se trata de organismos que não se limitam a um papel puramente consultativo.⁸⁴ Em outras palavras, significa que eles possuem,

⁸⁰ GÉLARD, 2014, p.12-13.

⁸¹ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 288.

⁸² Conforme se abordará em momento oportuno, tal elemento negativo não se mostra mais hábil para caracterizar as AAI, porquanto desde 2001 autoridades independentes contendo personalidade jurídica foram criadas.

⁸³ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 290.

⁸⁴ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 289.

-normalmente - o poder de criar normas e emitir decisões individuais, ainda que frequentemente necessitem da homologação ministerial.⁸⁵

Se com a presença dessas prerrogativas é fácil de identificar a autoridade das respectivas instituições, a questão se torna mais delicada quando os organismos não possuem propriamente poderes decisórios, mas tão somente um poder de influência (poder de instrução, de opinião, de proposição, de recomendação ou de emitir observações).⁸⁶ Para muitos autores, “a categoria das autoridades administrativas independentes não pode ter especificidade (e o termo de autoridade não pode ser justificado) se elas não compreenderem apenas organismos detendo, para o cumprimento de suas missões, um poder de decisão.”⁸⁷

Porém, o próprio legislador conceituou expressamente determinados organismos que não detêm poderes decisórios como AAI,⁸⁸ de tal sorte que uma interpretação mais genérica parece aconselhada. Nesse sentido, é possível considerar como autoridades as instituições

onde o poder de influência é latente e se traduz seja pela constatação que as recomendações, mesmo não tornadas públicas, são de fato seguidas pelos destinatários, seja por um poder de ofício com publicidade do parecer emitido, seja ainda pela elaboração de um relatório público periódico que evidencie os desfuncionamentos do setor.⁸⁹

Esta forma de autoridade, segundo o Conselho de Estado, é o que os anglo-saxões chamam de *sunshine regulation*, isso quer dizer, a busca por resultados efetivos apenas com a exposição das práticas contrárias ao interesse público.⁹⁰ Ainda que não possuam força coercitiva, suas ações detêm a mesma força motriz de mudança/regulação da respectiva realidade social em que atuam. Essas AAI lançam mão, portanto, de um poder de influência e persuasão que culmina no mesmo resultado das decisões executórias. Nas palavras do professor francês Georges Vedel, “é a conjunção de suas organizações particulares e de seus poderes próprios que as fazem verdadeiras autoridades.”⁹¹

⁸⁵ FRIER, Pierre-Laurent. **Précis de droit administratif**. 3.ed. Paris: Montchrestien, 2004, p. 120.

⁸⁶ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 289.

⁸⁷ CHAPUS, René. **Droit Administratif Général**. 13.ed. Paris: Montchrestien, 1999, tomo I, p. 217-218.

⁸⁸ Esse é o caso, por exemplo, da Comissão nacional de controle das interceptações de segurança, bem como do Conselho nacional de avaliação das universidades. CONSEIL D'ETAT, 2001, p.

⁸⁹ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 290.

⁹⁰ CONSEIL D'ETAT, 2001, p.290.

⁹¹ VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit administratif**. Paris: PUF, 1990, tomo 2, p. 448 apud GENTOT, 1991, p. 48.

Pierre-Laurant,⁹² exemplificando o exercício do poder de influência, diz que algumas AAI o têm:

[...] pelos numerosos pareceres que emitem à título geral quando não possuem um poder regulamentar direto (parecer do Conselho da Concorrência sobre qualquer texto que tenha consequência nesse domínio, parecer do CSA sobre os decretos que concernem o patrocínio e a publicidade, parecer sobre os textos de regulação dos mercados de telecomunicações ou de eletricidade), pelo diálogo constante que conduzem com os atos dos respectivos setores, ou à ocasião da implementação de decisões específicas (parecer do CADA sobre a recusa de acesso aos documentos administrativos ou aos arquivos públicos). Esse poder resulta também das recomendações ou proposições que formulam, assim como pela publicação de seus relatórios anuais de atividade.

Esse poder de influência, repiso, é frequentemente seguido pelos responsáveis aos quais é direcionado, de modo que se considera como o exercício de "...uma verdadeira autoridade, a qual é reforçada pela relevância moral de seus membros e pela publicidade de seus pareceres."⁹³

a.2) Independência

A busca por independência é, como já visto, um dos motivos justificadores da criação das autoridades administrativas independentes, servindo outrossim como característica determinante para sua conceituação.⁹⁴ Em suma, a independência se traduz pela ausência de poder de tutela e hierárquico por parte do poder executivo. Uma autoridade independente não deve receber "nem ordem, nem instrução do Governo,"⁹⁵ de modo que consiga executar suas tarefas da mesma forma que os magistrados, ou seja, com imparcialidade e objetividade.⁹⁶

Nada obstante, tal previsão, por si só, não basta para a obtenção de uma autoridade independente. Para tanto, é necessária a implementação de métodos que garantam a efetividade do preceituado, tutelando a independência em relação ao poder político, mas também em frente aos setores profissionais regulados. Essa questão, considerada sensível no direito francês, leva muitos juristas a se indagarem: "independentes, talvez, mas de quem?"⁹⁷

⁹² FRIER, 2004, p. 121.

⁹³ GÉLARD, 2006a, p. 34.

⁹⁴ CONSEIL D'ÉTAT, 2001, p. 290.

⁹⁵ GÉLARD, 2006a, p. 34.

⁹⁶ CHAPUS, 1999, p. 215.

⁹⁷ AUTIN e BREEN, 2010.

O discurso, como se percebe, reproduz o debate no Direito Brasileiro sobre a captura das agências reguladoras, seja pela própria administração central ou pelas empresas reguladas.⁹⁸ Da mesma maneira que no Brasil, intenta-se evitá-la ao reforçar a independência do órgão, a qual, sob a ótica francesa, pode ser subdividida em independência orgânica e funcional.⁹⁹

A independência orgânica, em suma, se traduz por uma ampla autonomia estrutural,¹⁰⁰ isso quer dizer, pelo estabelecimento de um estatuto reforçado que torne as autoridades administrativas independentes imunes às influências exteriores. Em termos jurídicos, pois, ela corresponde à “situação de um órgão público na qual seu estatuto lhe garante a possibilidade de tomar decisões com toda a liberdade e ao abrigo de todas instruções e pressões.”¹⁰¹

O autor René Chapus, ao explicar o assunto, preleciona o seguinte:

o estatuto pessoal destas autoridades é geralmente construído de modo a assegurar a efetividade de sua liberdade de apreciação. Isso quer dizer, notadamente, que a determinação das pessoas suscetíveis de serem investidas do exercício desta liberdade de apreciação e do modo de sua designação, o regime da cessação de seus mandatos, assim como a instituição de casos de incompatibilidade, tendem a prevenir ou tornar vãs as pressões e as influências de todas ordens que poderiam se manifestar perante às autoridades.¹⁰²

Na prática, a independência orgânica é assegurada, dente outras coisas, pela natureza normalmente colegial das autoridades. De acordo com o Conselho de Estado, esse elemento satisfaz, ao mesmo tempo, as exigências de “...equilibrar as influências das diferentes instâncias de designação dos membros do colégio e assegurar uma deliberação coletiva sobre sujeitos sensíveis ou questões complexas, o que representa uma garantia de objetividade e seriedade.”¹⁰³

⁹⁸ BAGATIN, Andreia Cristina. **Captura das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁹⁹ No Brasil, Arnoldo Wald e Luiza Rangel dividem a independência das agências reguladoras em 4 dimensões: **a)** decisória, **b)** de objetivos, **c)** de instrumentos e **d)** financeira. Moreira Neto, por sua vez, apesar de também a segmentar em 4 partes, as define como: **a)** decisional, **b)** financeira e orçamentária, **c)** normativa e **d)** de política dos gestores. WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel. **Agências reguladoras**. Revista de Informação Legislativa, v. 36, n° 141, jan./mar. 1999, p. 145. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A Independência das Agências reguladoras**. Boletim de Direito administrativo. São Paulo: NDJ, v. 16, n° 6, jun. 2000, p. 416-418.

¹⁰⁰ CUÉLLAR, 2001, p. 95-96.

¹⁰¹ CORNU, Gérard. **Vocabulaire Juridique**. 8.ed. Paris: PUF, 2007, p. 482 apud DEBAET, Emilie. **Les autorités administratives indépendantes et le principe démocratique: recherches sur le concept d'indépendance**. México: 8° Congresso mundial da Associação internacional de Direito Constitucional, 6-10 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/14/254.pdf>> Acesso em: 25 ago. 2016.

¹⁰² CHAPUS, 1999, p. 215.

¹⁰³ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 291.

Além disso, outras normas previstas em seus estatutos, à semelhança do direito brasileiro, são a irrevogabilidade do mandato,¹⁰⁴ sua duração fixa e suficientemente longa, seu caráter em regra não renovável e, ainda, um regime jurídico sobre incompatibilidades funcionais.¹⁰⁵

As diferenças em relação ao nosso Direito passam a aparecer na formação do colegiado das autoridades administrativas independentes. Para melhor garantir a independência, os franceses entendem que boa parte dos membros do colégio devem ser de altas jurisdições (Conselho de Estado, Corte de Cassação, Corte de Contas), de Universidades, ou de grandes corpos administrativos e técnicos do Estado, porquanto menos afeitos a pressões externas. Ademais, a fim de que a instituição não reproduza apenas uma parcela de correntes de pensamento, não vêem incongruência na presença - no seio da autoridade mas não dela integrante - de um representante do Ministério, tendo em vista que a posição do Governo é essencial para a tomada de decisão do órgão, sendo preferível sua manifestação quando da deliberação realizada que sua mera comunicação acerca do feito. Por fim, visando o equilíbrio entre os poderes, não se percebe violação principiológica na indicação de representantes pela Assembleia Nacional e pelo Senado, uma vez que simboliza que as pessoas escolhidas para integrar a autoridade não constituem monopólio do executivo (v. capítulo 3, tópico b).¹⁰⁶

Por sua vez, a independência funcional revela um teor pragmático, sendo frequentemente associada com a sua autonomia real. Isso porque nada adianta um conjunto de garantias estatutárias se a autoridade não dispuser de meios adequados para cumprir suas missões. Em outras palavras, trata-se das ferramentas outorgadas às AAI para que concretizem seus objetivos sem dependerem de terceiros.¹⁰⁷

Com o desiderato de torná-la efetiva, discute-se na França a dispensa do controle financeiro preventivo às AAI, bem como a necessidade de recursos econômicos não vinculados ao orçamento da administração central (que se obteria

¹⁰⁴ Essa garantia é tão valorizada que levou ao Conselho de Estado declarar a impossibilidade do governo pôr fim ao mandato do presidente de uma autoridade administrativa independente em razão de ter atingido, em seu órgão de origem, o limite de idade. FRANCE, Conseil d'Etat. **Arrêt Ordonneau**, 7 jul. 1989 apud CONSEIL D'ETAT, p. 291.

¹⁰⁵ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 290-291; GÉLARD, 2006a, p. 34.

¹⁰⁶ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 291

¹⁰⁷ GÉLARD, 2006a, p. 34; CONSEIL D'ETAT, 2001, p.292.

por meio da criação de uma personalidade jurídica própria),¹⁰⁸ não obstante alguns entendam, dentre eles o próprio Conselho de Estado, que isso não é imprescindível para a atuação autônoma da autoridade, tendo em vista que o caráter orçamentário vinculado dos recursos financeiros dos tribunais não impede a independência da magistratura (v. capítulo 5, tópico a.1.1).¹⁰⁹

Outra ferramenta importante para se assegurar a independência funcional seria a disposição de meios humanos - em qualidade e quantidade - adequados à consecução de suas finalidades. Isso porque, nas palavras do Conselho de Estado:

se nada se opõe, em direito, a que uma autoridade administrativa independente possa ter recursos - para investigações ou inquéritos - a pessoal vinculado sob a autoridade de uma administração central ou até mesmo a *experts* externos, ainda assim é conveniente assegurar que a instituição disponha de um mínimo de meios humanos subordinados à sua autoridade direta, podendo assim equilibrar o peso constituído por um corpo do Estado colocado sob uma outra autoridade que não a sua.¹¹⁰

Por derradeiro, pertinente ressaltar que, rigorosamente, o termo independente não condiz propriamente com a realidade das AAI. É um termo mal escolhido, porquanto elas não detêm, em regra, personalidade jurídica, podendo inclusive ter seus estatutos modificados por meio de alteração legislativa;¹¹¹ configuram-se, assim como as agências reguladoras brasileiras,¹¹² com uma maior autonomia em relação à Administração central, mas não independência. Esse termo possui, “entretanto, um valor simbólico para mostrar a que ponto elas são presumidas como existentes fora da administração tradicional.”¹¹³

Destaca-se, a título exemplificativo, que a Administração central pode intervir na gestão das AAI pelos poderes de demandar uma segunda deliberação (à exceção das decisões em matéria de sanção), homologação dos regulamentos e controle do bom uso do dinheiro público, nos limites do direito comum.¹¹⁴ O Conselho Constitucional até mesmo reconheceu, em uma decisão de 1986, a possibilidade do Governo promover ação perante a jurisdição administrativa para

¹⁰⁸ FRIER, 2004, p. 121.

¹⁰⁹ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 292.

¹¹⁰ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 292-293.

¹¹¹ FRIER, 2004, p. 121.

¹¹² ARAGÃO, 2013, p. 16.

¹¹³ FRIER, 2004, p. 121.

¹¹⁴ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 293.

fins de controle da legalidade dos atos das AAI, tendo em vista que estas não possuíam personalidade jurídica distinta à do Estado.¹¹⁵

Todas essas prerrogativas atribuídas ao Poder central levou o Conselho de Estado a declarar que a garantia de independência dessas instituições impõe “somente que não se possa ter veto governamental às [suas] decisões [...]”¹¹⁶

a.3) Natureza administrativa

Embora não submissas ao poder hierárquico do ministério, as AAI agem em nome do Estado, engajando sua responsabilidade.¹¹⁷ Essa característica impõe, por si só, uma ambiguidade em sua natureza, já que, enquanto independente, não se interliga às estruturas hierárquicas da Administração central, mas ainda assim não é exterior ao Estado. Ademais, o problema se alonga a nível constitucional, pois o art. 20 da Constituição Francesa preceitua que o Governo dispõe da Administração, responsabilizando-se perante o Parlamento;¹¹⁸ mas se as autoridades administrativas independentes escapam ao poder de tutela, como poderia o Governo delas dispor?

Não obstante jamais tenha enfrentado diretamente a questão, o Conselho Constitucional sempre reconheceu a constitucionalidade das AAI, tendo como precedente uma decisão de 1984.¹¹⁹ Para a doutrina, por sua vez, a ligação entre as AAI e a Administração central se perfectibiliza em razão dos poderes que esta ainda detém perante aquela, tais como, conforme exposto no tópico supra, a dependência orçamentária, a ausência de personalidade jurídica e o modo de designação de seus membros.¹²⁰ O professor Jacques Chevalier¹²¹ enfrenta o problema com maestria, razão pela qual se colaciona seus argumentos:

A qualificação jurídica destas autoridades trouxe grandes dificuldades: elas não entravam em nenhuma das rubricas tradicionais, não somente de organização administrativa, mas também do Estado. Tal como concebido pela teoria jurídica francesa, o Estado, pessoa jurídica de direito público, comporta um conjunto de autoridades dotadas

¹¹⁵ FRANCE, Conseil Constitutionnel. **Decisão nº86-217 DC**, 18 set. 1986 apud CONSEIL D'ETAT, 2001, p.367.

¹¹⁶ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 293.

¹¹⁷ GÉLARD, 2006a, p. 34.

¹¹⁸ AUTIN, 2009.

¹¹⁹ FRANCE, Conseil Constitutionnel. **Decisão nº 84-173 DC**, 28 jul. 1984 apud AUTIN, 2009.

¹²⁰ CHAPUS, 1999, p. 214-219; FRIER, 2004, p. 119-122; GÉLARD, 2006a, p. 34.

¹²¹ CHEVALIER, 1986.

da capacidade de falar e agir em seu nome: algumas destas autoridades (Parlamento, Governo, Tribunais) beneficiam de um estatuto constitucional e as normas que elas editam (leis, atos de governo, julgamentos) são definidos de maneira limitativa pela conjugação de critérios orgânicos e materiais; por outro lado, Administração e ato administrativo constituem categorias puramente residuais, englobando tudo o que, no Estado, não provém de uma das categorias precedentes: do mesmo modo que a Administração é a fisionomia ordinária do Estado, o ato administrativo não pode ser definido, no seio dos atos jurídicos estatais, por aquilo que o Estado não é. Do Estado se distinguem, como crescimentos autônomos, as coletividades locais, os estabelecimentos públicos, as empresas públicas e os gestores privados de serviços públicos, dotados de uma personalidade jurídica própria; mas estes órgãos autônomos permanecem vinculados à Administração, a qual eles pertencem, e, por consequência, ao Estado, que decide unilateralmente e soberanamente suas configurações, atribuições e modalidades de gestão. Em todos os casos, ligações orgânicas - hierarquia, tutela, controle administrativo - garantem a coesão do aparelho administrativo e asseguram a manutenção do caráter unitário do Estado. No entanto, as autoridades administrativas independentes aparentemente não entram em nenhuma destas figuras. Entretanto, ao mesmo tempo que ela impunha este problema de qualificação, a teoria jurídica dava o fio condutor a seguir para resolvê-lo: órgãos do Estado, estas autoridades só podiam ser consideradas, sob pena de inserção em uma outra categoria, como uma nova variante das estruturas administrativas.

A inserção das autoridades administrativas independentes como pertencentes ao Estado não deixa dúvidas. De uma parte, elas não têm nenhum caráter privado: fruto de uma iniciativa pública, elas são alimentadas por dinheiro público, geridas por agentes públicos e regidas pelo direito público. De outra parte, elas são desprovidas de personalidade jurídica: elas representam juridicamente o Estado, em nome do qual elas agem, regulamentando, decidindo, controlando; e o Estado é responsável por seus atos. Mais ainda, elas não dispõem de nenhum patrimônio próprio: elas se beneficiam de uma dotação anual, inscrita no orçamento do Estado e vinculada aos créditos de um Ministério. As autoridades administrativas independentes são portanto incontestavelmente autoridades estatais; o problema restante é saber qual posição elas ocupam no seio do Estado.

O caráter administrativo das autoridades independentes se deduz por via de eliminações sucessivas. Essas autoridades, primeiramente, não são órgãos constitucionais: ignoradas pela Constituição, elas são criadas por lei; se não é inconcebível imaginar no futuro um processo de constitucionalização visando a colocar ao menos algumas ao abrigo das maiorias políticas circunstanciais, o legislador permanece, no momento, o único mestre de sua sorte. Isso não significa por outro lado que elas provém da esfera parlamentar: diferentemente das instituições estrangeiras comparáveis, tais como o *Ombudsman* nos países nórdicos, as autoridades independentes não possuem ligações orgânicas com o Parlamento; mesmo se este intervém frequentemente em suas composições, é competente para a análise de seus relatórios de atividades e tem por vezes um papel a jogar em seu modo de funcionamento, estes relatórios não culminam em nenhuma dependência de direito ou de fato. Como estas autoridades não têm, além disso, nenhum caráter jurisdicional, e foram, positivamente, subtraídas do controle governamental, elas só podem entrar na categoria residual de autoridades administrativas. Entretanto, no seio desta categoria, elas dispõem de um estatuto específico, na medida onde, escapando à subordinação hierárquica, elas se situam fora da organização usual; trata-se de autoridades administrativas isoladas, as quais encontram em si próprias uma lógica de funcionamento.

Se esse texto bem elucidada a questão da natureza administrativa dessas instituições, também impõe uma dúvida ao jurista brasileiro, haja vista que, em nosso ordenamento jurídico, a concessão de personalidade jurídica às agências reguladoras é considerada característica essencial à sua independência.¹²² Seria possível, pois, garantir a independência de um organismo que não possui

¹²² PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 540-546.

personalidade jurídica? Foi a experiência francesa que levou o autor Sergio Aragão a constatar sua prescindibilidade “para a concepção de organismos autônomos, dado o próprio relativismo da importância da personalização jurídica no Direito Público.”¹²³

Nessa esteira, ademais, o próprio Conselho de Estado reconhece que, por serem entidades autônomas, podem as AAI, ainda que careçam de personalidade jurídica, ingressar em juízo sem serem representadas por um Ministro.¹²⁴

Recentemente, todavia, o celeuma ganhou novo capítulo. Isso porque - a fim de reforçar a independência em setores ditos “peculiares” - o legislador outorgou personalidade jurídica e recursos financeiros próprios a algumas das autoridades administrativas independentes, de modo que a inexistência de personalidade jurídica não pode mais ser considerado como um elemento definidor de sua natureza administrativa.¹²⁵

Jean Louis Autin,¹²⁶ ao comentar o assunto, diz que a expressão autoridade independente induzia à “[...]privar o sujeito de personalidade jurídica. Era uma das únicas certezas doutrinárias, pois, por definição em direito público, uma autoridade representa uma pessoa jurídica administrativa - no caso o Estado.” Mas eis que em 2003 surge uma nova variedade de instituições:

as autoridades públicas independentes, que apresentam a característica de serem dotadas de personalidade jurídica. Esse é o caso da [entre outras] [Autoridade dos mercados financeiros] AMF, da [Alta Autoridade de saúde] HAS, da [já extinta] Autoridade de controle de seguros e mútuos (ACAM) e da Agência francesa de luta contra o doping. Essas quatro instituições já eram antes consideradas como AAI, das quais não se distinguem muito, nem por suas composições, nem pelas missões que lhes são confiadas.¹²⁷

Cria-se, assim, um subgrupo de AAI, as chamadas autoridades públicas independentes, o que torna ainda mais difícil sua definição e classificação, conforme abordarei doravante.

b) Inventário das autoridades administrativas independentes

¹²³ ARAGÃO, 2013, p. 239.

¹²⁴ CHAPUS, 1999, p. 218.

¹²⁵ GÉLARD, 2006a, p. 64.

¹²⁶ AUTIN, 2009.

¹²⁷ AUTIN, 2009.

O âmbito de atuação das autoridades administrativas independentes é dos mais diversos. Suas intervenções podem variar da regulação econômica do mercado (ex. Autoridade dos mercados financeiros; Autoridade de regulação das comunicações eletrônicas e de serviços postais), perpassar pela defesa de grupos específicos (ex. Comissão da segurança dos consumidores; Agência nacional de luta contra o doping) e culminar em um controle da própria atuação estatal (ex. Alto conselho das finanças públicas; Comissão consultativa do segredo da defesa nacional).

Logo, os graus de independência e de poderes também se apresentam em diferentes níveis, revelando-se uma tarefa árdua classificar as AAI existentes com base nos critérios supra expostos; já em 1986, Jacques Chevalier dizia que de acordo com a extensão interpretativa concedida aos critérios, a lista poderia variar de “seis ou sete autoridades a uma vintena”.¹²⁸

Isso ocorre, em partes, porque a criação das AAI não se limita à intenção consciente do legislador. Como já relatado, o termo autoridade administrativa independente foi criado pelo Parlamento em 1978, quando do estabelecimento da Comissão nacional da informática e das liberdades (CNIL), a qual teve como justificativa “responder a um equilíbrio original desejado pelo legislador: órgão do Estado, a CNIL não era posicionada nem sob autoridade, nem sob a tutela de um Ministério.”¹²⁹ Nascida sem contornos precisos, ou seja, sem a consciência de que se construía uma nova categoria jurídica, apenas com o decorrer dos anos se consolidou a ideia de autoridade administrativa independente, ocorrendo uma rápida expansão do fim da década de 80 ao final da década de 90 com a criação de instituições como o Conselho da Concorrência, em 1986, a Comissão Nacional da comunicação e das liberdades, em 1988, e a Comissão Nacional de controle das interceptações de segurança em 1991.¹³⁰

Mas além dos organismos que o legislador intencionalmente qualificou como autoridade administrativa independente, muitas foram assim classificadas pelo juiz administrativo ou constitucional, que identificavam sobre uma série de indícios presentes em seus estatutos jurídicos a intenção parlamentar de as posicionar entre

¹²⁸ Já em 1986, Jacques Chevalier afirmava que, de acordo com o caso, a lista de autoridades administrativas independentes poderia variar de seis ou sete a uma vintena. CHEVALIER, 1986.

¹²⁹ MÉZARD, Jacques; SÉNAT, Commission d'enquête. **Un Etat dans l'Etat : canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler (compte rendu des commissions)**. Sénat n° 126, 2015, tomo 1 - rapport, p. 10.

¹³⁰ MÉZARD, 2015, p. 11.

as AAI; já outras foram como tal conceituadas em razão da opinião comum consagrada pela doutrina oficial, a qual tem como fato marcante o relatório público de 2001 do Conselho de Estado, que tentou distinguir os traços característicos que dão coerência às autoridades administrativas independentes, propondo uma lista com base nas qualificações legislativas ou no método de indícios de pistas nos estatutos das instituições analisadas.¹³¹ Tal engenho, todavia, ainda assim se mostrou delicado, de modo que o vice presidente do Conselho de Estado afirmou, à época, que a classificação das AAI não foi feita “sem hesitação.”¹³²

Dessa forma, “a noção de autoridade administrativa independente possui um poder atrativo. Numerosos organismos, pelos quais essa qualificação não havia sido vislumbrada quando de sua criação, são posteriormente posicionados nesta categoria sob o motivo de uma suposta vontade do legislador.” O “[...] parlamento descobre que ele criou, sem saber, autoridades administrativas independentes.”¹³³

Porém, o movimento não cessa com a classificação intentada pelo Conselho de Estado; a década de 2000 é marcada seja pela criação de novas AAI, seja pela ampliação de suas competências.¹³⁴ Em consequência desta evolução tortuosa e da falta de definição precisa, ainda hoje não há uma lista exata dos organismos que podem ser considerados como autoridades administrativas independentes.¹³⁵

Para se ter uma ideia, em 2001, 34 instituições foram consideradas como autoridades administrativas independentes pelo Conselho de Estado;¹³⁶ já em 2006, quando do relatório elaborado pelas Assembleias da França, identificava-se 39 organismos sob essa qualificação.¹³⁷ Por sua vez, no último estudo elaborado pelo Senado,¹³⁸ o qual data de 29 de outubro de 2015, onze novas autoridades foram classificadas como AAI, das quais: **a)** duas sucederam outras em seguida extintas; **b)** outras duas resultaram da cisão de uma então existente; e **c)** mais duas, o defensor de direitos e a autoridade de controle prudencial, foram fruto, respectivamente: **1)** da fusão do Mediador da República, da Alta Autoridade de luta contra as discriminações e pela igualdade, do Defensor das crianças e da Comissão

¹³¹ MÉZARD, 2015, p. 11

¹³² MÉZARD, 2015, p. 12

¹³³ MÉZARD, 2015, p. 11

¹³⁴ MÉZARD, 2015, p. 12

¹³⁵ MÉZARD, 2015, p. 14.

¹³⁶ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 306.

¹³⁷ GÉLARD, 2006a, p. 41.

¹³⁸ MÉZARD, 2015, p. 14-15.

nacional de deontologia da segurança; e **2)** do Controle do banco e do seguro e da Autoridade de acordo.

Hoje, pois, o comitê do Senado qualifica 42 organismos como autoridades administrativas independentes. Para fins didáticos, colaciono abaixo a lista atualizada de todas as AAI, a qual foi construída com base nas informações presentes no endereço eletrônico legifrance e nos estudos parlamentares sobre o assunto.¹³⁹

Denominação	Domínio de intervenção
Agência francesa de luta contra o doping (AFLD) - Autoridade Pública Independente	luta contra o doping nas atividades físicas e esportivas
Alta autoridade de saúde (HAS) - Autoridade Pública Independente	apreciação da utilidade medical do conjunto dos atos, prestações e produtos de saúde implementados pelo seguro de saúde. concessão de certificação aos estabelecimentos de saúde. promoção das boas práticas e da correta utilização dos cuidados de saúde pelos profissionais e pelo grande público.
Alta autoridade para a difusão de obras e a proteção dos direitos sobre Internet (HADOPI) - Autoridade Pública Independente	regula a difusão de obras e a proteção de direitos autorais sobre a internet
Alta autoridade para a transparência da vida pública (HATVP)	controle dos eleitos políticos e dirigentes de organismos públicos
Alto conselho das finanças públicas	apreciar o realismo das previsões macroeconômicas do Governo e verificar a coerência da trajetória de retorno ao equilíbrio das finanças públicas com os engajamentos a nível europeu.
Alto conselho de avaliação da pesquisa e do ensino superior (HCERES)	avalia os estabelecimentos de ensino superior, bem como assegura a qualidade das avaliações realizadas por outras instâncias
Alto conselho do comissariado de contas (H3C) - Autoridade Pública Independente	monitoramento da função e da profissão do comissário de contas.
Autoridade de controle das perturbações aeroportuárias (ACNUSA)	controle das perturbações sonoras ligadas principalmente ao desenvolvimento dos transportes aéreos e da atividade aeroportuária

¹³⁹ GÉLARD, 2006a, p. 35-41; MÉZARD, 2015; LEGIFRANCE, le service public de la diffusion du droit. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/Sites/Autorites-independantes> Acesso em: 12 jun. 2016.

Denominação	Domínio de intervenção
Autoridade de contole prudencial e de resolução (ACPR)	cuida da preservação da estabilidade do sistema financeiro e da proteção dos clientes, segurados, aderentes e beneficiários das pessoas submetidas a seu controle: organismos de setores de banco e de seguros.
Autoridade de regulação da distribuição de imprensa (ARDP)	vela pelo respeito da concorrência e dos princípios de liberdade e imparcialidade da distribuição.
Autoridade dos mercados financeiros (AMF) - Autoridade Pública Independente	regulação das operações e da informação financeiras, dos produtos coletivos de poupança; dos mercados e suas infraestruturas; e dos profissionais (estabelecimentos de crédito autorizados a prestar serviços de investimento, empresas de investimento, sociedades de gestão, conselheiros em investimento financeiro, vendedores).
Autoridade da concorrência (antigo Conselho da Concorrência)	controle dos mercados, qualquer que seja a atividade prestada ou o regime, privado ou público, dos operadores
Autoridade de regulação das atividades ferroviárias e rodoviárias (ARAFER) - Autoridade Pública Independente	regula a abertura à concorrência dos setores ferroviário e rodoviário.
Autoridade de regulação das comunicações eletrônicas e de serviços postais (ARCEP)	regulação do setor das telecomunicações e das atividades postais
Autoridade de regulação de jogos online	regulação dos jogos de azar online, garantindo a proteção do consumidor e das pessoas vulneráveis.
Autoridade de segurança nuclear (ASN)	controle da segurança nuclear e da radioproteção, responsável pela informação do público nesses domínios.
Comitê consultativo nacional de ética para as ciências da vida e da saúde (CCNE)	problemas éticos e questões sociais ocasionadas pelo progresso do conhecimento nos domínios da biologia, da medicina e da saúde
Comitê de indenização das vítimas de ensaios nucleares (CIVEN)	decide sobre a concessão de indenizações a possíveis vítimas de ensaios nucleares realizados pela França no Saara algeriano e na Polinésia Francesa entre 1960 e 1998.
Comissão de acesso aos documentos administrativos (CADA)	acesso a todo documento que esteja sob posse de um serviço do Estado, uma coletividade territorial, um estabelecimento público ou um organismo encarregado da gestão de um serviço público, seja este público ou privado.

Denominação	Domínio de intervenção
Comissão Central permanente competente em matéria de benefícios agrícolas	fixação dos elementos necessários para o cálculo do benefício agrícola monetário quando eles não são fixados pela comissão departamental
Comissão consultativa do segredo da defesa nacional (CCSDN)	desclassificação e comunicação de informações, documentos, procedimentos, dados informatizados ou arquivos que tenham sido classificados com sigilo de segredo de Estado.
Comissão das infrações fiscais	queixas tendendo à aplicação de sanções penais em matéria de tributos.
Comissão nacional de contas de campanha e de financiamentos políticos (CCFP)	controle das contas de campanha.
Comissão nacional de controle da campanha eleitoral relativa à eleição do Presidente da República	controle das candidaturas à eleição do Presidente da República. Controle do respeito dos procedimentos em matéria de eleição do Presidente da República.
Comissão nacional consultativa dos direitos do homem (CNCDH)	combate as violações às liberdades públicas e aos direitos fundamentais. exerce um papel de conselho e proposição no domínio dos direitos humanos.
Comissão nacional de controle das técnicas de informação (CNCTR)	vela para que as técnicas de coleta de informações sejam realizadas dentro da legalidade.
Comissão nacional do debate público (CNDP)	modalidades de organização do debate público (dispositivo de participação do público no processo decisório no que concerne as grandes operações públicas de interesse nacional).
Comissão nacional de planejamento comercial (CNA Commercial)	análise de recursos contra decisões autorizativa ou de recusa de projetos de lojas de varejo ou de redes hoteleiras pelas comissões departamentais de planejamento comercial.
Comissão nacional de planejamento cinematográfico (CNA cinematográfico)	examina os recursos contra as decisões das comissões departamentais de planejamento cinematográfico relativos a projetos de criação, ampliação ou reabertura de estabelecimentos cinematográficos.
Comissão nacional da informática e das liberdades (CNIL)	controle do tratamento automatizado dos dados pessoais.
Comissão paritária das publicações e agências de imprensa (CPPAP)	organização do regime econômico específico da imprensa (jornais e publicações periódicas). Determinação dos organismos que constituem agências de imprensa nos termos da lei.

Denominação	Domínio de intervenção
Comissão das participações e das transferências	avaliação dos ativos das empresas em vias de privatização transferidas ao setor privado e determinação das modalidades de cessão.
Comissão de regulação de energia (CRE) - antiga comissão de regulação de eletricidade	regulação dos setores de eletricidade e do gás natural.
Comissão da segurança dos consumidores (CSC)	controle de todos tipos de produtos e serviços que apresentem riscos aos consumidores
Comissão de sondagens	estudo e proposição de regras que visam assegurar, no domínio da previsão eleitoral, a objetividade e a qualidade das sondagens publicadas ou difundidas.
Conselho superior da agência France-Press	controle da agência France Presse, das informações que ela divulga e de sua independência de todo grupo político, econômico e ideológico.
Conselho superior de audiovisual (CSA) - Autoridade Pública Independente	garante do exercício da liberdade de comunicação audiovisual.
Controlador geral dos lugares de privação de liberdade	assegurar o respeito dos direitos fundamentais das pessoas aprisionadas.
Defensor de direitos (fusão do Defensor das crianças, da Alta autoridade de luta contra as discriminações e pela igualdade, do Mediador da República e da comissão nacional de deontologia da segurança)	proteger as pessoas físicas ou jurídicas em caso de violação de seus direitos, sobretudo em razão de discriminação, abuso de autoridade, mau funcionamento do serviço público e desrespeito dos direitos infantis
Escritório central de tarifas (BCT)	fixação de preços da garantia de responsabilidade civil obrigatória
Mediador nacional da energia	propor soluções amistosas a conflitos envolvendo as empresas do setor de energia e informar os consumidores sobre seus direitos
Mediador do cinema	intervém em caso de litígios relativos à difusão de filmes que oponham os operadores aos distribuidores. realiza uma conciliação prévia, respeitando as regras de concorrência

Evidencia-se assim, com maior clareza, a diversidade de autoridades administrativas independentes que existem. Em linhas gerais, a doutrina francesa costuma dividi-las em dois domínios de intervenção: em matéria de proteção das liberdades, dando garantias de imparcialidade aos cidadãos, e na regulação

econômica, fruto em grande parte da abertura dos serviços públicos à concorrência, conforme já exposto.¹⁴⁰

Por intervirem também em qualquer domínio que haja relação com liberdades públicas, o âmbito de atuação das autoridades administrativas independentes parece muito mais amplo que o das agências reguladoras brasileiras, cujas ações se restringem à regulação econômica.¹⁴¹ Nesse sentido Aragão disserta que “nem todas as autoridades administrativas independentes francesas podem ser incluídas no conceito de autoridades reguladoras, o que pressupõe a elaboração de regras e/ou aplicação de sanções incidentes sobre setores não integrantes do próprio Estado”, pelo que “poderíamos dizer que o conceito das nossas agências reguladoras independentes está contido no conceito de autoridades administrativas independentes francesas.”¹⁴²

Esta diferença de conceituação pode ser justificada pela existência, no Direito brasileiro, de órgãos de controle externo, ou seja, do Ministério Público e do Tribunal de Contas, que apreendem boa parcela das atribuições de algumas AAI, tais como as do Defensor de Direitos e a da Alta autoridade para a transparência da vida pública.

Entretanto, ainda assim a intervenção das autoridades administrativas independentes permanece muito mais vasta; como já mencionado, sua atuação acontece inclusive contra ações inerentes a funções típicas do Estado (funções regalianas),¹⁴³ do que é exemplo a Comissão consultativa do segredo da defesa nacional, que possui acesso a todos documentos classificados como secretos, podendo, em considerando pertinente, emitir um parecer opinando por sua publicidade, o qual é normalmente acatado pelo Governo.¹⁴⁴

Indago, dessa maneira, se a definição das agências reguladoras não mereceria também uma maior amplitude. Afinal, o domínio econômico não é o único “setor sensível” que necessita de uma regulação imparcial, especializada e independente da estrutura estatal clássica. Nessa perspectiva, seria possível

¹⁴⁰ FRIER, 2004, p. 119-120; GÉLARD, 2006a, p. 42.

¹⁴¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 245.

¹⁴² ARAGÃO, 2013, p. 244.

¹⁴³ Nesse sentido, Jean-Louis diz que “por ondas sucessivas, as AAI ganharam novos territórios que se pensavam inacessíveis, intervindo até mesmo nos setores da ação pública correspondentes às funções regalianas do Estado.” AUTIN, 2009.

¹⁴⁴ AUTIN, 2009.

modificar a conceituação, de modo que em seu centro não esteja mais a regulação dos setores econômicos, mas a proteção dos direitos fundamentais.

É isso que propõe o professor emérito da Universidade de Montpellier, Jean-Louis Autin. Em sua opinião, é descabida a diferenciação existente no Direito Francês entre autoridades que protegem liberdades públicas e outras que regulam o mercado econômico. Para o autor, todas podem ser consideradas como protetoras das liberdades. Em suas palavras:¹⁴⁵

pode-se dizer, de modo atenuado, que a implementação das AAI responde frequentemente às necessidades de proteger as liberdades em uma perspectiva onde a intervenção do Estado é ao mesmo tempo temida e realizada por métodos não-convencionais. Esquemáticamente, e, tendo em mente a ideia de que a proteção das liberdades também é contra os poderes econômicos e a iniciativa privada, o campo de intervenção das AAI concerne a esfera administrativa, a vida política e a economia de mercado.¹⁴⁶

Assim, a ação de todas as autoridades administrativas independentes seriam suscetíveis “de interessar, a um título ou outro, às diferentes liberdades públicas”, razão pela qual, para o desenvolvimento de seu trabalho, o autor descartou “o emblema da doutrina dominante que tende a dividir as AAI entre aquelas que protegem as liberdades e as que se encarregam de favorecer a economia de um setor.”¹⁴⁷

Por conseguinte, Jean Louis as reclassificou de acordo com as diferentes liberdades tuteladas, dividindo-as em três grupos: **1)** direito dos administrados, o qual visa **1.1)** o respeito à intimidade da vida privada (ex: Comissão Nacional da informática e das liberdades); **1.2)** a transparência administrativa (ex: Comissão de acesso aos documentos administrativos, Comissão consultativa do segredo da defesa nacional e Comissão das infrações fiscais); **1.3)** a segurança dos administrados (ex: autoridade de segurança nuclear); **1.4)** a proteção das pessoas vulneráveis (ex. Defensor de direitos e Controlador geral dos lugares de privação de liberdade); e **1.5)** a avaliação e expertise dos serviços públicos (ex: Alta autoridade da saúde e Agência nacional de avaliação do ensino superior); **2)** expressão pluralista de opiniões, que, por sua vez, protege **2.1)** a liberdade de comunicação (ex. Conselho superior de audiovisual); e **2.2)** a legalidade da atividade política (ex. Comissão nacional para a transparência financeira da vida política); e **3)** liberdades

¹⁴⁵ AUTIN, 2009.

¹⁴⁶ AUTIN, 2009.

¹⁴⁷ AUTIN, 2009.

econômicas e direitos dos usuários, que procura garantir **3.1)** a proteção dos consumidores (ex. Comissão de segurança dos consumidores); **3.2)** a organização da liberdade econômica (ex. Autoridade da concorrência); e **3.3)** a regulação setorial (ex. Autoridade dos mercados financeiros e Autoridade de regulação das atividades ferroviárias e rodoviárias).¹⁴⁸

Contrói-se, destarte, uma visão integralizada do fenômeno das AAI; seu fim precípua é, em *última ratio*, os direitos fundamentais, de tal sorte que a regulação do mercado econômico passa a ser apenas uma parcela de sua conceituação. Como se percebe, esse raciocínio parece muito apropriado ao nosso ordenamento pátrio, porquanto reinterpreta o conceito colocando em seu âmago os direitos fundamentais, o que vai ao encontro da valorização da pessoa humana como centro e fim do Direito.¹⁴⁹

O mais relevante, porém, é a percepção de que os órgãos com autonomia reforçada em relação à Administração central não se restringem necessariamente à regulação do mercado. Cabe aos legisladores, administradores, operadores do direito e à sociedade brasileira em geral a reflexão acerca do tema, para que se identifique outros eventuais domínios sensíveis que, ante a evolução contemporânea, não se adequam mais à atividade da Administração central, necessitando de maior independência.

3. Composição das AAI

Como já relatado, os estatutos jurídicos das autoridades administrativas independentes estão longe de possuírem uma unidade normativa. Isso se reflete,

¹⁴⁸ Autin, 2009.

¹⁴⁹ Segundo Agenor Casaril, "a pessoa humana é o fundamento primeiro do direito. Com efeito, o homem é o ser que, dentro do tempo e do espaço, se apresenta e deve ser considerado como 'centro e fim' de tudo o que existe, pois ele é pessoa, isto é, o ser em consciência e em liberdade. Esta sua identidade o torna o valor absoluto - o único valor absoluto - a que tudo se refere. O absolutismo do homem, dentro da realidade do mundo, afirma-lhe o primado ontológico e finalístico: ele é o ser supremo, não podendo, por isso, ser instrumentalizado." CASARIL, Agenor. **A pessoa humana como centro e fim do direito**. Disponível em: <http://www.academus.pro.br/implementos/artigos/visualiza_arquivo.asp?nome=A%20pessoa%20humana_Casaril.doc&codigo=1302> Acesso em: 11 nov. 2016.

Não é outro o motivo, ademais, que muitos autores começam a reinterpretar conceitos clássicos de direito público, a exemplo do poder de polícia, que Marçal Justen Filho retira o interesse público do centro da definição para colocar os direitos fundamentais: "o poder de polícia administrativa é a competência administrativa de disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo princípios de legalidade e da proporcionalidade". JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 393.

por exemplo, em seus modos de composição, de tal sorte que alguns órgãos são até mesmo desprovidos de organização colegiada; casos do Defensor de direitos, do Mediador de cinema e do Mediador de eletricidade.¹⁵⁰

Observa-se, nessa esteira, que, contrariamente às agências reguladoras,¹⁵¹ o órgão colegiado não é considerado como característica essencial à independência dessas instituições. Nada obstante, a composição de colégios continua sendo a regra, o que “constitui, ao lado de seus poderes, um dos parâmetros que maior expressam a grande adaptabilidade dessas instâncias” a seus objetivos.¹⁵² Com efeito, “de acordo com o domínio de intervenção e suas missões, uma AAI dispõe de um colégio mais ou menos numeroso, composto de acordo com regras que lhes são próprias.”¹⁵³

Destarte, as autoridades administrativas independentes que não possuem colegiado constituem exceções justificadas, “ao mesmo tempo, pela reprodução do modelo escandinavo de *ombudsman*¹⁵⁴ e pela vontade de facilitar a identificação de seus representantes.”¹⁵⁵ Por outro lado, para que tenham a independência garantida, é necessário que seus estatutos prevejam regras reforçadas de autonomia, tais como uma alta duração do mandato e uma série de incompatibilidades funcionais.¹⁵⁶

Feita a ressalva do caso particular dessas autoridades, analisarei, neste capítulo, as diferentes regras de composição do colegiado das autoridades administrativas independentes.

a) Colegiados de dimensões variáveis

¹⁵⁰ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 312.

¹⁵¹ Sergio Aragão qualifica como características essenciais às agências reguladoras “a atribuição de competências regulatórias, a impossibilidade de exoneração ad nutum dos seus dirigentes, a organização colegiada, a formação técnica, e a impossibilidade de recursos hierárquicos impróprios”. ARAGÃO, 2013, p. 317.

¹⁵² GÉLARD, 2006a, p. 45.

¹⁵³ GÉLARD, 2006a, p. 45.

¹⁵⁴ Originária da Suíça, essa autoridade nasceu em um contexto em que se procurava limitar o poder monárquico, tornando-se, pouco a pouco, um instrumento cidadão gratuito de defesa contra ilegalidades ou negligências cometidas pela Administração em face da pessoa reclamante, detendo o poder de ingressar em juízo em caso de falta grave de um funcionário, bem como propor reformas legislativas. BOUSTA, Rhita. **Contribution à une définition de l'Ombudsman**. Revue française d'administration publique. Paris: ENA, n° 123, mar. 2007, p. 387-397.

¹⁵⁵ GÉLARD, 2006a, p. 107.

¹⁵⁶ GÉLARD, 2006a, p. 108.

Em consonância à lógica de adaptabilidade das autoridades administrativas às suas missões, a formação dos colegiados variam consideravelmente. Assim, em atividades onde se exige o respeito a garantias de confidencialidade e uma rápida capacidade de decisão, a sua formação será restrita.¹⁵⁷ É o caso da Comissão consultativa do segredo da defesa nacional, que possui 5 membros, bem como da extinta Comissão nacional de controle das interceptações de segurança, que, antes de ser substituída pela Comissão nacional de controle das técnicas de informação,¹⁵⁸ era composta por 3 integrantes.¹⁵⁹

Por outro lado, a fim de garantir o respeito ao pluralismo, outras autoridades administrativas independentes possuem um colegiado numeroso, de modo que se integre, dentro do órgão, o máximo de correntes de pensamentos, de profissionais expertises e de representantes dos distintos interesses envolvidos.

O Conselho de Estado, ao discorrer sobre o tema em seu relatório de 2001, exemplificou algumas das AAI então existentes que continham um grande número de integrantes:

[...]Podemos estimar, de modo geral, que é a mesma exigência de associar o máximo de partes interessadas, em termos, seja de correntes de pensamento, seja de capacidade de expertise, seja de representação dos interesses envolvidos, que explica os colégios numerosos como aqueles da CNIL (17), do Conselho de mercados financeiros (15) e do Comitê de avaliação dos estabelecimentos públicos a caráter científico, cultural e profissional (15) [...]¹⁶⁰

Atualmente, o Comitê de avaliação dos estabelecimentos públicos a caráter científico, cultural e profissional e o Conselho de mercados financeiros não mais existem. Este, foi sucedido pela Autoridade dos mercados financeiros, que detém em seu colégio 16 membros;¹⁶¹ aquele, pelo Alto conselho de avaliação da pesquisa e do ensino superior, que possui 30 membros igualmente divididos entre homens e

¹⁵⁷ GÉLARD, 2006a, p. 45.

¹⁵⁸Atualmente, a Comissão nacional de controle das técnicas de informação detém 9 membros. FRANCE, code de la sécurité intérieure, art. L831-1. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=56E1E60E179804C32AF9EE1FFAA8DE3B.tpdila16v_2?idArticle=LEGIARTI000030935078&cidTexte=LEGITEXT000025503132&dateTexte=20161112&categorieLien=id&oldAction=&nbResultRech=>> Acesso em: 12 nov. 2016.

¹⁵⁹ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 313.

¹⁶⁰ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 313.

¹⁶¹ AMF, Autorité des marchés financiers. Disponível em: <<http://www.amf-france.org/L-AMF/College/Presentation.html>> Acesso em 12 nov. 2016.

mulheres.¹⁶² Outro exemplo a se destacar, ademais, é o da Comissão de infrações fiscais, composta por 28 conselheiros.¹⁶³

Afora esses extremos, a maior parte das AAI possui um colégio entre 7 e 11 membros. São exemplos a Comissão de regulação de energia e a Autoridade de regulação das comunicações eletrônicas e de serviços postais, com 7 membros cada; o Conselho superior de audiovisual e a Agência francesa de luta contra o doping, com 9 integrantes; e a Comissão de acesso aos documentos administrativos, que detém 11 conselheiros.¹⁶⁴

Destoa-se, pois, dos colegiados de nossas agências reguladoras, que possuem entre 3 e 5 membros; porém, ressalto que não encontrei fundamentos na doutrina brasileira que explicitem os motivos para a adoção desse número pelo legislador.¹⁶⁵

b) Os modos de designação

Em regra, os membros das autoridades administrativas independentes são nomeados por decreto.¹⁶⁶ Todavia, há de se esclarecer que, no direito francês, esse ato normativo não é privativo do Presidente da República, podendo ser, em razão de seu sistema parlamentar, de competência do Primeiro Ministro, embora não raro seja expedido pelo próprio Presidente da República a fim de que seja simbolizada a independência da respectiva autoridade. É o que ocorre, por exemplo, com a nomeação do presidente da Autoridade do mercado financeiro, dos 9 membros do Conselho superior de audiovisual e do presidente do Comitê consultativo nacional de ética para as ciências da vida e da saúde.¹⁶⁷

¹⁶² HCERS, Haut conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur. Disponível em: <<http://www.hceres.fr/PRESENTATION/Conseil-du-HCERES>> Acesso em: 12 nov. 2016.

¹⁶³ FRANCE, code général des impôts, art. 1741 A. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/a f f i c h C o d e A r t i c l e . d o ? cidTexte=LEGITEXT000006069577&idArticle=LEGIARTI000006312988&dateTexte=&categorieLien=ci d>> Acesso em: 12 nov. 2016.

¹⁶⁴ GÉLARD, 2006a, p. 45. Frisa-se que, para confirmar se o número de membros das instituições mencionadas permaneceram inalterados desde 2006, consultou-se o endereço eletrônico oficial de cada uma delas.

¹⁶⁵ ANATEL, lei 9472, art. 20; ANAC, lei 11.182, art. 10; ANEEL, lei 9.427, art. 4; ANVISA, lei 9782, art. 10; ANCINE, decreto 8283, art. 5; ANP, lei 9478, art. 11; ANA, lei 9961, art. 6; ANTT e ANTAQ, lei 10.233, art. 53. Disponíveis em: <www.planalto.com.br> Acesso em 11. nov. 2016.

¹⁶⁶ GÉLARD, 2006A, p. 45.

¹⁶⁷ FRANCE, **Constitution de la République Française**, arts. 13 e 21. Disponível em <<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>> Acesso em: 12 nov. 2016; CHAPUS, 1999, p. 65.

Em não sendo este o caso, a nomeação será feita por decreto do Primeiro Ministro - do que são exemplos os 11 membros do Conselho de acesso a documentos administrativos - ou, ainda, por meio de um “*arrêté*”¹⁶⁸ de algum ministro.¹⁶⁹

Nada obstante, a nomeação por agentes do executivo não significa que os membros sejam por eles indicados. “[...] Por conseguinte, em numerosas nomeações dos colégios das autoridades administrativas independentes o Presidente da República e o Primeiro ministro não estão habilitados para efetuarem uma escolha.”¹⁷⁰

De fato, as fontes de designação são das mais diversas. Em algumas situações, o membro nomeado será designado por lei;¹⁷¹ em outras, os designados farão parte de órgãos jurisdicionais, sendo eleitos no seio da respectiva instituição a qual pertencem.¹⁷²

Há, ainda, designações realizadas pelos presidentes das duas Assembleias, podendo ou não os escolhidos fazerem parte do Parlamento. Isso é o que acontece no seio do CADA, onde os presidentes do Senado e da Assembleia Nacional designam o deputado e o senador que dela serão membros, bem como no colégio da CNIL, que possui um profissional *expert* por eles escolhido.¹⁷³

Ademais, instituições que sequer fazem parte da Administração direta também têm competência para a designação de membros de algumas AAI. Assim, a Agência francesa de luta contra o doping possui seis membros com especializações técnicas, sendo um no domínio de farmacologia indicado pelo presidente da Academia nacional de farmácia, um toxicólogo escolhido pelo presidente da Academia de ciências, um médico designado pelo presidente da Academia nacional de medicina e três pertencentes à área do esporte, os quais são nominados pelo

¹⁶⁸ Ato regulamentar hierarquicamente inferior ao decreto. VIE PUBLIC, au coeur du débat public. Disponível em: <<http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/administration/action/voies-moyens-action/qu-est-ce-qu-arrete.html>> Acesso em: 12 nov. 2016.

¹⁶⁹ GÉLARD, 2006a, p. 46.

¹⁷⁰ GÉLARD, 2006a, p. 46.

¹⁷¹ O vice-presidente do Conselho de Estado, o primeiro presidente da Corte de cassação e o primeiro presidente da Corte de contas são membros da comissão nacional do controle da campanha eleitoral relativa à eleição do Presidente da República por expressa previsão legal. France, decreto 2001-213, art. 13. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000769091>> Acesso em: 12 nov. 2016.

¹⁷² Cabe ao Conselho de Estado, à Corte de Cassação e à Corte de Contas designar, cada um, dois conselheiros de seu respectivo órgão à Alta autoridade para transparência da vida pública. FRANCE, lei 2013-907, art. 19. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028056315&categorieLien=id>> Acesso em: 12 nov. 2016.

¹⁷³ GÉLARD, 2006a, p. 46.

Comitê nacional olímpico e esportivo francês (2) e pelo Comitê consultativo nacional de ética (1).¹⁷⁴

Por fim, destaco que existem raras autoridades administrativas independentes cujos alguns dos membros são eleitos; tal é o caso já mencionado da Alta Autoridade para transparência da vida pública, que possui 6 membros eleitos pelas três altas jurisdições,¹⁷⁵ mas também da Agência France Presse¹⁷⁶ e da Comissão Nacional de informática e liberdade.¹⁷⁷

Ante o exposto, constata-se que, “diversamente das nossas agências reguladoras, o Poder Executivo não é o único órgão a indicar os membros dos seus respectivos colegiados...”,¹⁷⁸ o que, segundo Sergio Aragão, “...não seria admissível no nosso sistema presidencialista.”¹⁷⁹

No direito francês, entretanto, a diversificação dos meios de designação é vista como essencial para que a autoridade administrativa independente contenha uma pluralidade de pensamentos, sendo ainda garantia da sua autonomia perante os três poderes.¹⁸⁰

b.1 Restrições à designação do colegiado

Por óbvio, a competência para designação de membros das AAI não pode ser exercida arbitrariamente. “De modo geral, as pessoas nomeadas devem ser escolhidas em razão dos mandatos (parlamentares) ou funções que elas exercem (no seio de uma jurisdição ou de uma autoridade definida), das categorias sócio-profissionais as quais elas pertencem ou das competências que elas detêm.” Esta condição pode ser reforçada “por uma obrigação de consulta a organismos representativos.”¹⁸¹

¹⁷⁴ GÉLARD, 2006, p.47.

¹⁷⁵ Frisa-se que os eleitos devem ser integrantes dos respectivos órgãos jurisdicionais, quais sejam: o Conselho de Estado, a Corte de Cassação e a Corte de contas. FRANCE, lei 2013-907, art. 19. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028056315&categorieLien=id>> Acesso em: 12 nov. de 2016.

¹⁷⁶ A Agência france presse possui dois eleitos: um pela assembleia geral do Conselho de Estado e outro pela assembleia da Corte de Cassação. GÉLARD, 2006a, p. 47.

¹⁷⁷ A CNIL conta com oito membros eleitos: dois pelo Conselho econômico e social e os outros seis, respectivamente, pela três altas cortes já referidas. GÉLARD, 2006a, p.47.

¹⁷⁸ ARAGÃO, 2013, p. 244.

¹⁷⁹ ARAGÃO, 2013, p.244.

¹⁸⁰ CONSEIL D’ETAT, 2001, p. 291-293.

¹⁸¹ GÉLARD, 2006a, p. 47.

No que toca às competências requeridas, ela é específica a cada setor de atividade:

[...] Se esta regra é uma constante, a precisão das competências é variável. A fórmula mais geral prevê que devem ser designadas 'pessoas qualificadas' pelo conhecimento da atividade que é objeto da regulação ou da mediação praticada pela autoridade administrativa independente em questão.¹⁸²

A consulta a organizações profissionais, ademais, quando prevista, “tem também por objeto selecionar os membros das autoridades administrativas independentes em razão de seus conhecimentos acerca do respectivo meio profissional.” É por essa razão que o Ministro da economia, competente para a escolha de seis dos membros da Autoridade dos mercados financeiros, deve consultar previamente as organizações representativas das sociedades industriais e comerciais para a designação de especialistas em matéria financeira e jurídica e que detenham experiência na área de poupança pública e investimento.¹⁸³

Além disso, outra restrição por vezes imposta diz respeito ao limite de idade para investidura no cargo. De maneira exemplificativa, cito o Conselho superior de audiovisual, a Comissão de regulação de energia e a Autoridade de regulação das comunicações eletrônicas e de serviços postais, cujos membros não podem ser nomeados com idade superior a 65 anos.¹⁸⁴

c) Duração dos mandatos e estabilidade “ad nutum”

O mandato dos integrantes das autoridades administrativas independentes são definidos por 4 parâmetros: sua duração, seu caráter renovável ou não, a exigência de dedicação exclusiva e o estabelecimento de incompatibilidades, fixadas por lei, entre o seu exercício e outras funções.¹⁸⁵

Como no Direito Brasileiro, tais critérios visam garantir a independência de seus membros em relação ao poder político e aos setores profissionais regulados.¹⁸⁶

¹⁸² CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 318.

¹⁸³ FRANCE, **Code Monétaire e Financier**, art. L621-2, II, 8. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSectionTA=LEGISCTA000006170920&cidTexte=LEGITEXT000006072026&dateTexte=20161013>> Acesso em: 12 nov. 2016.

¹⁸⁴ GÉLARD, 2006a, p. 48.

¹⁸⁵ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 318.

¹⁸⁶ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 319.

Nessa senda, a irrevogabilidade do mandato é vista como essencial à independência, porquanto evita “uma captura da autoridade pela política”,¹⁸⁷ de tal sorte que um integrante só será deposto nos casos previsto em lei ou eventualmente em decreto, quando o Parlamento delegar ao poder Executivo o regulamento das hipóteses.¹⁸⁸

É a conhecida vedação de revogação do mandato “ad nutum”, a qual muitos doutrinadores brasileiros consideram como característica crucial à autonomia das agências reguladoras. Nesse sentido, Carlos Ari Sunfeld disserta que :

na realidade, o fator fundamental para garantir a autonomia da agência parece estar na estabilidade dos dirigentes. Na maior parte das agências atuais o modelo vem sendo o de estabelecer mandatos. O Presidente da República, no caso das agências federais, escolhe os dirigentes e os indica ao Senado Federal, que os sabatina e aprova (o mesmo sistema usado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal); uma vez nomeados, eles exercem mandato, não podendo ser exonerados ‘ad nutum’; isso é o que garante efetivamente a autonomia.¹⁸⁹

Quanto ao caráter não renovável dos mandatos, este é visto como redutor dos riscos de pressão pela autoridade competente para a nomeação, embora ela não esteja presente em todas as autoridades administrativas independentes;¹⁹⁰ há aquelas que, por possuírem um mandato mais curto, possuem previsão de iteração.¹⁹¹ Isso porque se entende que o mandato exíguo que não possibilitasse a renovação prejudicaria a “memória” da instituição, uma vez que a renovação pela metade ou por terços também não parece adequada para esses casos. Nas palavras de Marie-Anne Frison-Roche, trata-se de manter “a permanência de uma certa doutrina, permanência requerida pela segurança jurídica.”¹⁹²

Portanto, eventual renovação do mandato é apreciada de diferentes maneiras. De um ponto de vista teórico, pode-se considerar que, a depender do caso, ela restringiria a independência dos membros do colégio, mas em outros representaria “[...] uma marca de confiança em direção às pessoas que bem

¹⁸⁷ GÉLARD, 2006a, p. 108.

¹⁸⁸ AUTIN e BREEN, 2010.

¹⁸⁹ SUNDFELD, 2000, p. 24-25.

¹⁹⁰ GÉLARD, 2006a, p. 108.

¹⁹¹ Esse é o caso da Comissão de acesso a documentos administrativos e da Comissão de segurança dos consumidores, que possuem mandato de 3 anos renováveis uma vez por igual período. Disponível em: <<http://www.securiteconso.org/la-csc/composition>> e <<http://www.cada.fr/composition.6076.html>> Acesso em: 12 nov. 2016.

¹⁹² GÉLARD, Patrice; FRANCE, Office parlementaire pour l'évaluation de la législation. **Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié**. Assemblée nationale n° 3166/Sénat n° 404, 2006, tomo 2 - anexos, p. 71.

cumpriram as exigências de suas missões.”¹⁹³ De todo modo, no silêncio do texto normativo entende-se que o mandato é renovável, sabendo que a não prorrogação é prevista normalmente para as AAI que detêm seis anos de mandato, as quais devem ainda se submeter ao renovamento parcial do colégio a cada dois ou três anos.¹⁹⁴

Por fim, destaco que a dedicação exclusiva é exceção no direito gaulês,¹⁹⁵ mas não impede um rígido controle de incompatibilidades, este considerado imprescindível em virtude da estreita relação entre os membros das AAI e as empresas reguladas, necessária para que se tome conhecimento dos interesses setoriais. Assim, as incompatibilidades proíbem, por exemplo:

o pertencimento à Comissão Nacional da informática e das liberdades e a detenção de uma participação em uma empresa de fabricação de materiais utilizados em informática ou em telecomunicações, ou de fornecimento de serviços em informática ou em telecomunicações; igualmente, o pertencimento à Autoridade de controle das perturbações sonoras aeroportuárias e a detenção direta ou indireta de interesses em uma empresa dos setores aeronáuticos ou aeroportuários [...]¹⁹⁶

Entretanto, a falta de normas uniformes sobre as incompatibilidades funcionais não passa batido pela doutrina; Autin e Breen bem sintetizam a crítica sobre esse sujeito:

Em se tratando dos regimes de incompatibilidades e inelegibilidades, prevalece a mais grande heterogeneidade. De um organismo a outro, as regras diferem sem que seja possível identificar o princípio explicativo. Logicamente, a vontade de preservar a independência da autoridade aos olhos da esfera política poderia ter conduzido à edição de um regime draconiano de proibição de cumulação de funções. Tal não é o caso em prática. Certamente a incompatibilidade entre a função governamental e o exercício de um emprego público se aplica às autoridades administrativas independentes. Mas, por outro lado, parlamentares por vezes fazem parte do colegiado das AAI e apenas excepcionalmente a incompatibilidade é enunciada com a posse de um tal mandato [...] A independência das novas autoridades deveria ser igualmente assegurada em relação aos setores submetidos ao controle delas. É o caso da CSA, da CNIL, da Autoridade da concorrência [...] Mas para outras autoridades, nenhuma regra foi editada. ‘Só podemos ficar perplexos em face da diversidade dos casos que se figuram: por que às vezes um regime de incompatibilidades e outras vezes não? a conclusão é sem dúvida que a independência é sempre presumida mas que em alguns casos se pensou ser melhor assegurar garantias para a sua consolidação por meio de um processo que não tem nada de sistemático nem de uniforme.’¹⁹⁷

¹⁹³ AUTIN e BREEN, 2010.

¹⁹⁴ GÉLARD, 2006a, p. 108.

¹⁹⁵ Em nosso ordenamento pátrio, por sua vez, a dedicação exclusiva é regra e não exceção, conforme previsão expressa do art. 23, II, c, da lei 10871/2004. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.871.htm> Acesso em: 11 nov. 2016.

¹⁹⁶ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 318.

¹⁹⁷ AUTIN e BREEN, 2010.

Este assunto, em verdade, se insere dentro do debate acerca da necessária racionalização dos estatutos jurídicos das autoridades administrativas independentes, o qual abordarei em tópico específico, quando da apresentação de seus problemas contemporâneos.

4. Os poderes das AAI

Consequência lógica da diversidade de missões confiadas às autoridades administrativas independentes, os poderes a elas conferidos são dotados de enorme heterogeneidade em sua natureza e extensão,¹⁹⁸ podendo cumular funções quase-jurisdicionais, quase-administrativas e quase-legislativas.¹⁹⁹ Esse panorama, “ [...] ao mesmo tempo que por vezes põe em dúvida a natureza de autoridade administrativa dessas instituições, testemunha o embaraço da doutrina para dar conta de tal mistura de gêneros.”²⁰⁰

Constata-se que as autoridades administrativas independentes estão em ruptura com a organização tradicional do Estado. Nos dizeres de Marie-Anne Frison Roche, “as AAI são instituídas como espécies de pequenos Estados setoriais, em quase-levitação em relação ao Estado tradicional, ao mesmo tempo unificado e concebido sobre a separação dos poderes,” sendo “pelo exercício de seus poderes que elas recolocam em discussão o sistema político francês.”²⁰¹

É perceptível, pois, que a busca por fundamentos legitimadores de instituições com alta concentração de poderes também preocupa os doutrinadores franceses; neste tópico, exporei os diferentes poderes que as autoridades administrativas independentes podem acumular, e, concomitantemente, se transcorrerá sobre os debates existentes no direito gaulês acerca de uma eventual violação ao princípio da separação dos poderes.

a) Poder consultativo e de influência

Embora os poderes de império das AAI frequentemente sejam mais lembrados, elas também detêm poderes não coercitivos. O significado desta função

¹⁹⁸ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 308.

¹⁹⁹ DEBAET, 2010.

²⁰⁰ AUTIN e BREEN, 2010.

²⁰¹ GÉLARD, 2006b, p. 54.

é mal conhecido, devendo ser revalorizado em virtude de sua grande importância;²⁰² configuram-se, de modo genérico, como poderes de influência, os quais podem se manifestar pela emissão de proposições ou de pareceres aos poderes públicos sobre projetos de lei ou de reformas visadas em seus setores de intervenção.²⁰³

Por ser inexigível o cumprimento dessas recomendações, elas não se caracterizam como um poder decisório, mas, ainda assim, por vezes fazem parte da essência da missão da autoridade administrativa, na medida em que a sua intervenção sobre o setor controlado não comporte outro meio que não aquele de orientar, modificar ou corrigir as práticas dos atores do sistema.²⁰⁴ As AAI, dessa forma, emitem recomendações e editam instruções, exercendo uma espécie de magistratura moral, a qual pode incidir sobre um ato concreto e individual ou geral e abstrato. Sobre o plano procedimental, ademais, essas medidas podem ser cogentes ao estabelecerem prazos de resposta, o que não altera o fato que elas são insuscetíveis de recurso por consistirem em meras recomendações.²⁰⁵

Há, entretanto, uma espécie de parecer conforme que vincula a administração; são casos em que a proteção do cidadão está mais intimamente em jogo sem que esteja em causa, ao mesmo tempo, um interesse público. É o que ocorre, por exemplo, com a persecução penal por fraude do contribuinte, que só pode ser iniciada após um parecer de conformidade da Comissão de infrações fiscais.²⁰⁶

Outro exercício do poder de influência se manifesta a nível jurisdicional, porquanto existem previsões normativas que autorizam as autoridades judiciárias a requererem um parecer a uma AAI à ocasião de um litígio em sua área de atuação. De igual forma mas em sentido inverso, as autoridades administrativas independentes podem requerer ao juízo competente medidas cautelares a fim de conservar certos bens ou consignar uma soma em dinheiro, ou, até mesmo, solicitar a instauração de um procedimento penal em virtude de investigações por ela

²⁰² GUÉDON, Marie-José. **Les autorités administratives indépendantes**. Paris: L.G.D.J., 1991, p. 103.

²⁰³ AUTIN e BREEN, 2010.

²⁰⁴ Em termos gerais, quanto mais as autoridades intervenham em um domínio de ação tipicamente estatal, menos terão poderes de império. Cita-se, como exemplo, a Comissão consultativa do segredo da defesa nacional e a Comissão nacional de controle das interceptações, que não possuem outro poder senão o de emissão de pareceres, cuja conformidade não vincula o Governo. CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 309.

²⁰⁵ AUTIN e BREEN, 2010.

²⁰⁶ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 309.

realizadas que indicam o cometimento de infrações pela empresa regulada. Esse é o caso para a Autoridade de mercados financeiros, o Conselho superior de audiovisual e a Autoridade da concorrência.²⁰⁷

Enfim, o poder de influência pode também ser exercido por meio do direito de obter informações de interesse da autoridade independente, tendo o condão de afastar os segredos profissionais para a persecução de sua finalidade. O relatório das Assembleias de 2006 estima que “a capacidade de obter informações por parte da administração e de pessoas físicas ou jurídicas condiciona o exercício da missão da AAI, e, por consequência, sua utilidade.” Evidentemente, esse privilégio deve ser ponderado com a obrigação de confidencialidade que pesa sob os ombros dos membros dessas instituições.²⁰⁸

b) Poder regulamentar

A minoria das autoridades administrativas independentes, em geral aquelas encarregadas da regulação de um setor econômico ou da proteção de liberdades fundamentais em um domínio onde se utilizam técnicas ablativas de direitos, possuem um poder regulamentar.²⁰⁹ De uma maneira geral, constata-se que por razões jurídicas ou políticas “apenas quando o domínio é técnico e necessita - como no setor [financeiro] de ações - da associação de profissionais para que a norma pareça legítima, que a lei confia um tal poder a um regulador independente, e, ainda assim, muitas vezes sob reserva de homologação ministerial.”²¹⁰ Esse é o caso, por exemplo, da Autoridade de mercados financeiros e da Autoridade de regulação das comunicações eletrônicas e de serviços postais.²¹¹

Nada obstante, a baixa frequência não pôs ao abrigo a discussão sobre a própria constitucionalidade desse poder. A controvérsia se manifesta em razão da previsão do artigo 21 da Constituição da República Francesa que reserva ao

²⁰⁷ AUTIN e BREEN, 2010.

²⁰⁸ GÉLARD, 2006a, p. 52-53.

²⁰⁹ A título exemplificativo, menciona-se a CNIL, que emite normas simplificadas para as categorias de tratamentos automatizados de dados pessoais; a comissão de sondagens, que define as cláusulas que devem figurar nos contratos de venda de pesquisas estatísticas; o conselho superior de audiovisual, cuja regulamentações se aplica às comunicações políticas e ao uso de frequências de telecomunicações; e a autoridade de regulação das comunicações eletrônicas e de serviços postais, que regulamenta a tarifa dos serviços regulados. AUTIN e BREEN, 2010; GÉLARD, 2006a, p. 53.

²¹⁰ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 310.

²¹¹ AUTIN e BREEN, 2010.

Primeiro Ministro o exercício do poder regulamentar, sendo possível a sua delegação apenas em proveito dos ministros.²¹²

Por não haver previsão constitucional, a entrega do poder regulamentar a algumas autoridades administrativas independentes por meio de leis levanta questionamentos; o Conselho Constitucional já há muito tempo apreciou o assunto em decisão de 1986,²¹³ na qual concluiu que o artigo 21 da Constituição não obsta que sejam legisladas outras hipóteses de exercício do poder regulamentar que não pelo Primeiro Ministro. Esse poder, todavia, é passível de um rígido controle de constitucionalidade, porquanto limitado “tanto em seu campo de aplicação quanto por seu conteúdo.”²¹⁴ Em suma, a competência regulamentar das AAI deve se restringir a **a)** dar fiel execução às leis; e **b)** atuar em um domínio pré-determinado pelo quadro legislativo e pelo quadro regulamentar do Primeiro Ministro; isso quer dizer que a ela cabe tão somente detalhar os elementos essenciais regulamentados a nível nacional. Seu regulamento é, “por consequência, subordinado e secundário” ao poder regulamentar geral do primeiro ministro.²¹⁵

Fazendo jus a esses pressupostos, o Conselho Constitucional já censurou “habilitações julgadas excessivas, como por exemplo as que conferiram ao Conselho superior de audiovisual o cuidado de ‘fixar, unicamente por via regulamentar, não somente as regras deontológicas que concernem a publicidade, mas igualmente o conjunto de regras relativas à comunicação.’”²¹⁶ Outrossim, a mesma corte declarou inconstitucional uma disposição legislativa que subordinava as normas definidas por decreto às regras gerais fixadas pela então existente Comissão nacional da comunicação e das liberdades.²¹⁷

Não menos importante se torna o tema quando analisado sob a ótica brasileira. Permeada por dúvidas, a doutrina do Brasil não chega a um consenso quanto à natureza e constitucionalidade do poder normativo conferido às agências reguladoras. O celeuma se inicia perante o princípio da legalidade genérica, que assegura, no art. 5, II da Constituição Federal, que ninguém será obrigado a fazer ou

²¹² AUTIN e BREEN, 2010.

²¹³ FRANCE, Conseil Constitutionnel. **Decisão nº 86-217 DC**, 18 set. 1986 apud AUTIN e BREEN, 2010.

²¹⁴ FRANCE. Conseil Constitutionnel. **Decisão nº 88-248 DC**, 17 jan. 1989 apud GÉLARD, 2006a, p. 54.

²¹⁵ GÉLARD, 2006a, p. 53-54.

²¹⁶ FRANCE. Conseil Constitutionnel. **Decisão nº 86-248 DC**, 17 jan. 1986 apud AUTIN e BREEN, 2010.

²¹⁷ GÉLARD, 2006a, p. 53-54.

deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Se assim a CFRB estabelece, então seria incabível a delegação normativa ao poder Executivo, à exceção das hipóteses expressamente previstas no art. 68 da Carta Magna.²¹⁸

Nessa linha, Marçal Justen Filho sustenta a impossibilidade das agências reguladoras editarem regulamentos normativos, já que o fenômeno conhecido como deslegalização²¹⁹ consistiria em “intencional, consciente e voluntária transferência pelo Legislativo da competência normativa para disciplinar certa matéria.”²²⁰ Deslegalização, pois,

[...] não se confunde com a previsão legal de regulamentação pelo Executivo. A delegação do art. 68 faz-se caso a caso, a propósito de questões específicas e determinadas. Não é possível o art. 68 ser o fundamento para a transferência a outro órgão de um poder legiferante permanente e estável. A delegação legislativa versa sobre o poder de elaborar um conjunto de normas sobre certo tema. Tendo a Constituição determinado os limites e a forma para a delegação legislativa, seria inválido que o Congresso Nacional editasse uma lei transferindo para o Poder Executivo a competência para criar direitos e obrigações por meio de um regulamento.²²¹

Por outro lado, há quem defenda que a deslegalização não ofende a ordem constitucional por não consistir em verdadeira delegação legislativa, mas tão somente em transferência de regulação de determinada matéria.²²² Isso quer dizer, o papel de “preencher a moldura com conhecimentos técnicos e à luz da realidade em que a lei vai ser aplicada.”²²³ Em outras palavras, o legislador entrega à agência reguladora um poder normativo sem margem de escolhas; caberá ao órgão, por sua especialidade técnica e em virtude das circunstâncias que se apresentem, revelar o conceito jurídico indeterminado, ou seja, a única norma possível de ser editada.

Trata-se da discricionariedade técnica, a qual, segundo Maria di Pietro, não constitui

discricionariedade propriamente dita, porque a Administração não tem liberdade para apreciar a oportunidade e conveniência do ato; aparecem, então, como inconciliáveis, os vocábulos discricionariedade e técnica. Por outras palavras, a distinção entre discricionariedade

²¹⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, art. 68, caput: As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. In VADE MECUM COMPACTO. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 32.

²¹⁹ teoria importada justamente do direito francês na qual se preconiza uma “retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei passando-as ao domínio do regulamento.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 166.

²²⁰ JUSTEN FILHO, 2014, p. 241-242.

²²¹ JUSTEN FILHO, 2014, p. 242.

²²² ARAGÃO, 2013, p. 454-455.

²²³ SOUTO, 2005, p. 51.

administrativa e discricionariedade técnica ou imprópria está em que, na primeira, a escolha entre duas ou mais alternativas válidas perante o direito se faz segundo critérios de oportunidade ou conveniência (mérito) e, na segunda, não existe propriamente liberdade de opção, porque a Administração tem que procurar a solução correta segundo critérios técnicos.²²⁴

Portanto, se o poder normativo das agências reguladoras não inova na ordem jurídica, em sentido lato ele serviria como um modo de dar fiel execução à lei, ou seja, configuraria verdadeira função administrativa. Mas ainda que assim se entenda, a deslegalização não se encontra imune a críticas em nosso arcabouço jurídico, visto que para muitos o poder regulamentar é competência específica do Presidente da República²²⁵ - art. 84, IV da CFRB²²⁶ - e dos Ministros de Estado - art. 87, II da CFRB²²⁷ - sendo em princípio indelegável em virtude de interpretação *contrario sensu* do parágrafo único do artigo 84 da CFRB.²²⁸

Desta feita, a solução encontrada para justificar o poder normativo das agências reguladoras encontra duas vertentes. Alguns, como Maria di Pietro, entendem que as normas editadas pelas Agências, por seu caráter técnico, não constituem verdadeiro regulamento, porquanto ausente a discricionariedade inerente ao poder regulamentar. Vejamos *in verbis*:

Em resumo, o exercício do poder regulamentar só existe quando a lei deixa ao Poder Executivo certa margem de discricionariedade para decidir como a lei vai ser cumprida. É o Poder Executivo que vai fazer a escolha da melhor solução diante do interesse público a atingir. Aí, sim, trata-se de discricionariedade administrativa propriamente dita, porque envolve a possibilidade de opção entre alternativas igualmente válidas perante o direito. No caso da discricionariedade técnica essas alternativas não existem, porque o conceito utilizado é de natureza técnica e vai ser definido com base em critérios técnicos extraídos da ciência. Daí a importância da especialização própria das agências reguladoras.²²⁹

²²⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 9, fev./mar./abr., 2007, p. 6. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

²²⁵ PIETRO, 2014, p. 94.

²²⁶ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, art. 84: Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução. In **VADE MECUM**, 2016, p. 34.

²²⁷ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, art. 87: Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos. Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei: [...] II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos; In **VADE MECUM**, 2016, p. 35.

²²⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, art. 84, Parágrafo único: O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações. In **VADE MECUM**, 2016, p. 34.

²²⁹ PIETRO, 2007, p. 15.

Por sua vez, há quem defenda que a previsão do parágrafo único do art. 84 da CFRB não é exaustiva, de modo que é possível que lei autorize outras entidades da Administração Pública a emitirem regulamentos. Essa é a posição, dentre outros doutrinadores, de San Tiago Dantas, que expõe o seguinte sobre o tema:

O poder de baixar regulamentos, isto é, de estatuir normas jurídicas hierarquicamente inferiores e subordinadas à lei, mas que nem por isso deixam de reger coercitivamente as relações sociais, é uma atribuição constitucional do Presidente da República, mas a própria lei pode conferi-la, em assuntos determinados, a um órgão da Administração Pública ou a uma dessas entidades autônomas que são as autarquias; Não só a elaboração de regulamentos, mas a própria atividade legislativa, não se acha hoje enclausurada na competência de um só órgão do governo, mas se desloca, por força da delegação de poderes, para outros órgãos, eventualmente mais aptos por se acharem em contacto imediato com a matéria regulada, ou disporem de maior rapidez de decisão.²³⁰

Note-se que enquanto a doutrina francesa tão somente contesta a constitucionalidade do poder normativo das AAI em razão da competência constitucional exclusiva do Primeiro Ministro na matéria, a doutrina brasileira, além de manter discussão semelhante sobre eventual competência privativa do Presidente da República para a edição de atos regulamentares, questiona o poder conferido às agências reguladoras por possível ofensa ao princípio da legalidade, ou seja, por violação ao artigo 5º, II da CFRB.

Afinal, o que justifica essa indiferença francesa no que diz respeito a esse ponto? Será que o poder regulamentar das autoridades administrativas independentes é de tal maneira delimitado que afasta o receio de que elas, sob pretexto de especificar uma norma existente, acabem inovando no ordenamento jurídico, criando direitos ou deveres não previstos em lei?

A irrelevância da discussão talvez se justifique pela própria configuração do sistema normativo francês. É que ao lado dos regulamentos de execução das leis existem os regulamentos autônomos, que divergem dos do direito brasileiro,²³¹ porque como nos ensina René Chapus, são “definidos negativamente (isto é, tudo

²³⁰ DANTAS, F. C. San Tiago. Poder regulamentar das autarquias. In **Problemas de Direito Positivo**. Rio de Janeiro: Forense, p. 203-204, apud MOREIRA, Egon Bockmann. **Agências Administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v.218, out./dez., 1999, p. 93-112.

²³¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, art. 84: Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VI – dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; In **VADE MECUM**, 2016, p. 34.

aquilo que não é reservado à lei);²³² o princípio [para que haja competência regulamentar] é que não deve existir leis. Por consequência, os regulamentos não são editados em virtude de uma lei ou tendo em vista sua aplicação. Ao mesmo tempo, eles não são submissos ao respeito das leis."²³³

Logo, percebe-se que as leis e os regulamentos autônomos possuem cada um seu campo de competência, os quais, segundo Chapus, são “diferentes e separados”; não há, dessa forma, subordinação às leis, mas apenas “às normas constitucionais, jurisprudenciais e aos princípios gerais do direito”,²³⁴ o que amplia consideravelmente o grau discricionário da administração nas matérias que a ela compete regulamentar e justifica a inexistência de debate sobre eventual regulação de matéria reservada à lei: não há, no ordenamento francês, uma norma equivalente ao artigo 5º, II da CRFB.

Ademais, é comum haver no seio das autoridades administrativas independentes detentoras do poder regulamentar um comissário do Governo. Este, embora não participe das deliberações da autoridade, pode, de acordo com o caso: **a)** assistir às sessões da autoridade e apresentar observações; **b)** solicitar a inscrição de uma questão de ordem à pauta do dia das sessões do colegiado; e **c)** requerer, exceto em matéria de sanções, uma segunda deliberação ao colégio da autoridade. Essa intromissão não é concebida como violadora do princípio da independência, sendo vista como uma maneira de permitir que o Estado faça valer seus interesses fundamentais, sobretudo pelo poder de requerer uma nova deliberação. Portanto, a presença de um comissário do Governo é outro ponto que parece atenuar a preocupação doutrinária com o poder regulamentar das AAI, uma vez que, de modo geral, ela “pode facilitar a conciliação dos poderes regulamentares das AAI e do poder Executivo, favorecendo a valorização, pelos primeiros, dos interesses nacionais ou de considerações de política geral.”²³⁵

De todo modo, não obstante as diferenças estruturais dos sistemas, é notório que o direito francês melhor pacificou as contradições de seu ordenamento, muito

²³² Conforme o art. 37 da Constituição Francesa: "Outras matérias que não aquelas que são do domínio da lei possuem caráter regulamentar [...]" FRANCE. **Constitution de la République Française**, 1958. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur.5074.html> Acesso em: 11. nov. 2016

²³³ CHAPUS, 1999, p. 630.

²³⁴ CHAPUS, 1999, p. 631.

²³⁵ GÉLARD, 2006a, p. 54-55.

em razão da força normativa outorgada à jurisprudência do Conselho de Estado, que, conforme visto, há muito referendou o poder regulamentar das AAI.

Seria interessante, nessa senda, que o nosso direito pátrio fizesse o mesmo. Em suma, a concessão de poderes normativos às agências reguladoras se mostram, antes de tudo, uma necessidade prática decorrente da ausência de técnica e da falta de proximidade do legislador com o setor regulado;²³⁶ o reconhecimento jurídico desse poder, por consequência, lhes dá maior legitimidade para a consecução de suas missões.

c) Decisões individuais

Uma decisão individual representa uma norma que tenha como destinatários uma ou mais pessoas nominalmente determinadas. Trata-se de espécie de ato administrativo, o qual se subdivide, no direito francês, em decisões individuais e decisões regulamentares (concretas e abstratas).²³⁷ No caso das autoridades administrativas independentes, suas decisões individuais se revelam de maneira multiforme. Pode-se tratar tanto de uma autorização para o exercício de uma atividade (AMF), da emissão de licenças para prestação de serviços de rádio e televisão (Conselho Superior de Audiovisual), quanto de medidas conservatórias para a cessação de práticas ilícitas (Autoridade da Concorrência).²³⁸

d) Poder de sanção

Surgido em razão da necessidade de reprimir com rapidez os atos ilícitos praticados nos setores sujeitos à regulação,²³⁹ compreende-se como poder de sanção a capacidade de afetar unilateralmente pessoa física ou jurídica sobre o plano funcional ou patrimonial.²⁴⁰ Tal poder, característico de órgãos jurisdicionais, não foi facilmente aceito na ótica das autoridades administrativas independentes, uma vez que parece violar o artigo 16 da declaração dos direitos do homem e do

²³⁶ SOUTO, 2005, p. 49

²³⁷ CHAPUS, 1999, p. 499-500.

²³⁸ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 310; AUTIN e BREEN, 2010.

²³⁹ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 311.

²⁴⁰ AUTIN e BREEN, 2010.

cidadão de 1789, isto é, a garantia da separação dos poderes,²⁴¹ a qual vedaria, “de uma parte, que uma autoridade administrativa possa exercer um poder jurisdicional, de outra, que os poderes de regulamentação e de sanção sejam reunidos nas mesmas mãos.”²⁴²

Foi apenas após uma lenta evolução jurisprudencial que, por meio de duas decisões,²⁴³ o Conselho Constitucional reconheceu a legalidade da atribuição de um poder de sanção a uma autoridade administrativa, à condição que **a)** ele se situe dentro do limite necessário ao cumprimento de suas missões; **b)** seja exercido por uma instituição independente da Administração central; **c)** não comporte sanção privativa de liberdade; e **d)** que o legislador modere o seu exercício por meio de medidas que garantam a proteção dos direitos e das liberdades constitucionais.²⁴⁴

Sendo o poder de sanção de nítido caráter ablativo, era imprescindível a construção de um sistema jurídico que protegesse o cidadão de eventuais abusos. Desta feita, no que nos importa, o ponto de maior interesse dentre os requisitos mencionados é aquele a que se refere o item **d)**, dele decorrendo o dever de respeito às garantias procedimentais. Em virtude do receio do mal uso deste poder pelo poder Executivo, as garantias foram concebidas em grau quase tão elevado quanto às existentes em um processo penal, sendo inclusive superiores às preconizadas pela Corte Europeia de direitos do homem. Isso porque enquanto a Corte Europeia entende que o parágrafo 1º do artigo 6º da Convenção Europeia dos direitos do homem - CEDH, que preconiza o direito a um julgamento equitável perante tribunal imparcial e independente, só é exigível em face de organismos de jurisdição plena, isto é, verdadeiros órgãos jurisdicionais, o Conselho de Estado, por meio da jurisprudência “Didier,”²⁴⁵ antecipou essas garantias já para a fase administrativa, quando da aplicação da sanção por autoridades administrativas.²⁴⁶

²⁴¹ FRANCE, **Déclaration des droits de l’homme et du citoyen**, 1789, artigo 16: “toda sociedade na qual a garantia de Direitos não é assegurada, nem a separação de Poderes determinada, não tem alicerce na Constituição.” Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789> Acesso em 11 nov. 2016; GÉLARD, 2006a, p. 55.

²⁴² CONSEIL D’ETAT, 2001, p. 295.

²⁴³ FRANCE, Conseil Constitutionnel. **Decisão nº 248 DC**, “considerando” nº 32, 18 jan. 1989 e decisão 260 DC, 28 jul. 1989 apud GÉLARD, 2006, p. 55.

²⁴⁴ GÉLARD, 2006a, p. 55-56.

²⁴⁵ FRANCE, Conseil d’Etat. **Arrêt Didier**, 3 dez. 1999, apud AUTIN e BREEN, 2010.

²⁴⁶ AUTIN e BREEN, 2010.

Para tanto, o órgão de cúpula da jurisdição administrativa lançou mão de uma antiga corrente jurisprudencial ilustrada pelo *arrêt "De Bayo,"*²⁴⁷ no qual entende que "a natureza repressiva das atribuições de um organismo determina sua qualificação de 'jurisdição, muito mais que de organismo administrativo'" Concebe-se, assim, uma concepção mais orgânica do que material da noção de jurisdição, se valorizando a natureza colegial e as garantias de independência das AAI.²⁴⁸

Nessa esteira, à vista do direito interno, as autoridades administrativas pertencem à Administração, de modo que os recursos contra as sanções por elas aplicadas serão aqueles típicos contra decisões administrativas, não tendo natureza de apelação²⁴⁹; já aos olhos do direito da Convenção Europeia dos direitos do homem, elas são enxergadas como verdadeiros tribunais que julgam o mérito de acusações em matéria penal, aplicando-se, por conseguinte, o artigo 6º da convenção supramencionada.²⁵⁰ Portanto, as autoridades administrativas são "às vezes órgãos da administração, às vezes órgãos jurisdicionais, variando com base no tipo de poder que, no caso concreto, elas exercem. [...] é enquanto tribunal no sentido europeu do termo que elas devem possuir as garantias ligadas ao processo equitável e à jurisdição imparcial".²⁵¹

Na prática, as garantias processuais preconizadas pelo artigo 6º da CEDH torna obrigatório, além dos já aplicados princípios da irretroatividade das sanções penais,²⁵² da proporcionalidade das penas²⁵³ e da proibição de *bis in idem*,²⁵⁴ a separação entre as funções de persecução e julgamento; esta separação, por sua vez, culmina que seja **a)** proibida a participação nas deliberações sancionatórias daquele que conduz a investigação (*rappporteur*); e **b)** estabelecida, no caso de algumas autoridades administrativas, a separação estrita entre uma comissão incumbida da persecução e outra - organicamente distinta e funcionalmente independente - da aplicação das sanções, sendo exemplos a Autoridade dos

²⁴⁷ FRANCE, Conseil d'Etat. **Arrêt De Bayo**, 12 dez. 1954.

²⁴⁸ AUTIN e BREEN, 2010.

²⁴⁹ AUTIN e BREEN, 2010.

²⁵⁰ AUTIN e BREEN, 2010.

²⁵¹ GÉLARD, 2006b, p. 102.

²⁵² FRANCE, **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen**, 1789, art. 8: "A lei só pode estabelecer penas estritamente e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido a não ser que em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada."

²⁵³ FRANCE, Conseil Constitutionnel. **Decisão n° 237**, 30 dez. 1987.

²⁵⁴ FRANCE, Conseil Constitutionnel. **Decisão n° 97-395 DC**, 30 dez. 1998.

mercados financeiros, a Comissão de regulação de energia e a Autoridade de controle prudencial.²⁵⁵

Mas se a jurisdicionalização das autoridades administrativas independentes dotadas de poderes de sanção ensejam uma maior proteção ao cidadão, também colaboram para um processo decisional menos célere, fazendo com que o "prazo médio de julgamento das lides não esteja sempre em consonância com a realidade do mercado." Por consequência, a busca por métodos alternativos ao poder de sanção é iminente, privilegiando-se figuras como a mediação e a transação, conforme exporei doravante.²⁵⁶

e) Medidas complementares e/ou alternativas ao poder de sanção

Dentro do contexto citado, e, visando garantir o respeito às disposições normativas, por vezes o legislador confiou prerrogativas alternativas aos poderes de sanção pecuniária. Em última análise, são métodos que contribuem a um maior respeito das competências da autoridade judiciária, vindo a reforçar a legitimidade das autoridades administrativas independentes.²⁵⁷

Destarte, instituições como a Autoridade de regulação das comunicações eletrônicas e de serviços postais e a Comissão de regulação de energia dispõem de um poder que permite dirimir conflitos entre os agentes regulados, isto é, possibilita a criação de um Tribunal arbitral no seio do próprio órgão.²⁵⁸

Outrossim, o poder de injunção se apresenta como outra medida alternativa. Como cediço, ele consiste em ordenar que o interessado adote um determinado comportamento. Utilizado como ferramenta prévia ao poder de sanção, a injunção se reveste de grande eficácia, reduzindo a necessidade do uso de meios ainda mais restritivos. Como parâmetro, o estudo realizado pelo Conselho de Estado apontou que, em 1999, de 80 injunções proferidas pelo Conselho Superior de Audiovisual apenas 17 não foram obedecidas, 11 delas sendo seguidas por uma medida suspensiva e 6 por uma medida de sanção.²⁵⁹

²⁵⁵ GÉLARD, 2006a, p. 57-59; AUTIN e BREEN, 2010.

²⁵⁶ GÉLARD, 2006a, p. 59.

²⁵⁷ GÉLARD, 2006a, p. 60-61.

²⁵⁸ GÉLARD, 2006a, p. 60.

²⁵⁹ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 309.

Entretanto, por seu peso menos coercitivo, poderes como o de mediação se destacam, sobretudo nas autoridades que protegem diretamente os direitos e liberdades do cidadão. Coadunando com esse ponto de vista, já em 2006 Marie-Anne Frison-Roche considerava que esse poder deveria ser atribuído a todas as autoridades administrativas independentes. No tocante às autoridades que regulam um setor econômico, porque permitiria reconciliar as partes que litigam devido às transformações do setor, notadamente em se tratando da mudança de uma organização de monopólio para uma economia de concorrência. Em relação aos setores de regulação social, do que é exemplo o Defensor de Direitos,²⁶⁰ porque possibilitaria restaurar uma ligação entre as pessoas ou grupo de pessoas. O poder de mediação se destaca, dessa forma, por seu inerente papel pedagógico e não coercitivo.²⁶¹

Do mesmo modo, o poder de transação é outro que, se não substitui o poder de sanção, ao menos para com ele se articula, ao passo que possibilita a negociação das penas ou dos comportamentos a serem respeitados. A extinta Alta autoridade de luta contra as discriminações e pela igualdade, por exemplo, detinha um poder de transação penal ao invés do poder de sanção de delitos de discriminação, e a Autoridade dos Mercados Financeiros concilia seu poder de sanção direto com poderes complementares de transação.²⁶²

Em debate análogo, doutrinadores brasileiros pregam a flexibilização das funções decisórias das agências reguladoras, incentivando a consecução de seus objetivos por meios consensuais. Diogo Moreira Neto, por exemplo, entende que, anteriormente a uma decisão unilateral, deve ser possibilitada a “admissão dos administrados e de terceiros ao debate e negociação, abrindo espaço jurídico ao ajuste de interesses entre Administração e administrados e uma nova alternativa à via contenciosa”. Tal iniciativa, frisa-se, vai ao encontro do que preceitua o art. 23, XV da lei 8987, que estabelece como cláusula essencial do contrato de concessão a composição amigável de conflitos.²⁶³

²⁶⁰ Como já mencionado, essa autoridade é resultado da fusão do Defensor das crianças, da Alta autoridade de luta contra as discriminações e pela igualdade, do Mediador da República e da Comissão nacional de deontologia da segurança.

²⁶¹ GÉLARD, 2006b, p. 96.

²⁶² GÉLARD, 2006a, p. 61.

²⁶³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Consideraciones sobre la Participación en el derecho Comparado Brasil-España**. Revista de Administración Pública. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, vol. 152, mai./ago. 2000, p. 81.

De igual modo, Floriano de Azevedo Marques defende a possibilidade da ANEEL substituir o poder de sanção pecuniária por acordos que estipulem o aumento das metas de expansão dos serviços prestados pela empresa infratora, reduzindo assim a exorbitância e a unilateralidade do poder da autoridade pública. O fim da atividade regulatória estatal, em suas palavras, "não é a aplicação de sanções e sim a obtenção das metas, pautas e finalidades que o Legislador elegeu como relevantes alcançar. Para atingimento destas finalidades primaciais pode lançar mão, dentre outros instrumentos, do poder de sancionar." Nessa senda, o artigo 5º, § 6 da lei da Ação Civil Pública autoriza a celebração de termo de ajustamento de conduta para a defesa de interesses difusos pelas autarquias, dentre as quais se encontram as agências reguladoras.²⁶⁴

O uso da função arbitral, por outro lado, divide os juristas. Como cediço, uma lide em determinado setor regulado pode envolver **a)** duas empresas; **b)** prestadoras de serviços e usuários; ou então **c)** concessionárias do serviço público e o Poder concedente. Nesse último caso, tendo em vista a competência de algumas agências reguladoras para realizar processo licitatório a fim de firmar contrato de concessão, haveria potencial conflito de interesses. Sobre o assunto, Arnold Wald aponta que:

é importante observar, ainda, que a arbitragem é meio de composição de controvérsias instaladas apenas entre as partes do contrato, não se encontrando à disposição do usuário dos serviços concedidos, quando este pretender exigir determinado direito ou arguir qualquer divergência a respeito da gestão do contrato de concessão. No sentido de evitar a ocorrência desses conflitos de interesse, o mais adequado seria separar tais funções, retirando do agente regulador a função de arbitragem ou criando condições para que possa exercê-las com independência e imparcialidade. Examinando a lei que institui a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), verifica-se que essa Agência tem a seu cargo duas funções aparentemente conflitantes: a de agente do poder concedente, realizando licitações, celebrando e fiscalizando contratos de concessão, e a de arbitrador das divergências entre os agentes do mercado elétrico e entre estes e o poder concedente, o que, potencialmente, gera um eventual conflito de interesses e, conseqüentemente, uma espécie de risco regulatório, especialmente no tocante à fixação de tarifas, em que o interesse do Poder Público está por ela representado no contrato.²⁶⁵

Assim, em se tratando de conflitos entre o Poder concedente e a concessionária do serviço público, a instauração de um Tribunal arbitral não se mostraria conveniente. A esse limite, Sergio Aragão acrescenta que os interesses tutelados pelas agências reguladoras são indisponíveis, de tal sorte que a arbitragem só seria possível com expressa previsão legal, "requisito que, pelo

²⁶⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Parecer: Aspectos jurídicos do exercício do poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, v. 221, jul./set. 2000, p.355-357.

²⁶⁵ WALD e RANGEL, 1999, p. 160-161.

menos no caso das agências reguladoras de serviços públicos, está [...] atendido pelo art. 23-A da Lei 8.987/95, inserido pela Lei 11.196/2005.2.”²⁶⁶ Percebe-se, portanto, que, assim como no cenário francês, nosso ordenamento tem se preocupado em mitigar, na medida do possível, os poderes de sanção das agências reguladoras ao estender suas possibilidades de resolução de litígios por meios consensuais.

Finda a explanação sobre os poderes das AAI, cabe ressaltar, mais uma vez, que cada autoridade possui uma combinação variável deles, não sendo possível, na visão do Conselho de Estado, estabelecer uma tipologia significativa, mas apenas uma linha de divisão entre as autoridades de regulação - que em razão de suas missões dispõem de uma gama de poderes mais extensa - e as outras autoridades.²⁶⁷

f) A hermenêutica da separação dos poderes

O princípio da separação dos poderes, em sua concepção clássica, sempre foi compreendido como a divisão das funções estatais a fim de evitar o excesso de poder nas mãos de um único indivíduo. Nas palavras de Montesquieu, “estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de príncipes ou nobres, ou do Povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares,”²⁶⁸ porquanto “todo homem que tem poder tende a dele abusar.”²⁶⁹

Porém, como já visto, o Conselho Constitucional da França, ainda que com certas restrições, ratificou a constitucionalidade dos poderes regulamentar e de sanção das autoridades administrativas independentes. Ainda que tal atitude possa ser justificada por questões pragmáticas, parece ir exatamente de encontro ao clássico princípio preceituado. Afinal, como conceber um tal acúmulo de poderes sem ferir a sua separação constitucional? E, ainda, como evitar que essa concentração não seja usada de modo abusivo e arbitrário?

²⁶⁶ ARAGÃO, 2013, p. 340-343.

²⁶⁷ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 312.

²⁶⁸ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *De l'esprit des lois*, p. 200. Disponível em: <http://bibliothequenumerique.tv5monde.com/livre/365/De-l-esprit-des-lois> Acesso em 11 nov. 2016.

²⁶⁹ MONTESQUIEU, pg. 36.

Este celeuma, compartilhado por brasileiros e franceses, procura solução, ao menos sob a ótica francesa, na reinterpretação do princípio em comento. Isso ocorre a partir da obra de Einsenmann,²⁷⁰ na qual o autor realiza uma releitura do livro “Do espírito das leis” de Montesquieu e constata que este jamais pretendeu conceber uma separação absoluta entre os três poderes. Isso quer dizer, na teoria do filósofo francês não há menção a três órgãos que exerçam funções especializadas e exclusivas, mas sim uma ideia de balança dos poderes.

Nas palavras de Einsenmann, “nenhuma das três autoridades é ao mesmo tempo competente à integralidade de uma função, dona desta função e especializada nesta função.”²⁷¹ É o que se observa, por exemplo, na função de veto ou de proposição de leis do Presidente da República, bem como, no sistema parlamentar, da possibilidade do Parlamento censurar o chefe de Governo, obrigando-o a se demitir.²⁷²

Com efeito, o que quis Montesquieu, é que “não se possa reunir duas de quaisquer das três funções nas mesmas mãos.”²⁷³ Em outras palavras, a sua doutrina é puramente negativa, ele “apenas recusa o monopólio dos três poderes.”²⁷⁴

Desta feita, no entendimento de Carlos Miguel Pimentel, professor da Universidade de Versaille-Saint Quentin, a releitura de Einsemann permite “fundar a legitimidade de uma análise facilitada da separação dos poderes: no momento em que a independência dos órgãos não supõe uma estrita especialização das funções, é possível multiplicar as exceções sem questionar o próprio princípio da separação dos poderes.”²⁷⁵

Nesse ponto, por consequência, encontra-se a pedra angular que pode justificar o acúmulo de funções pelas autoridades administrativas independentes. Émile Debaets, corroborando o prelecionado, explana:

²⁷⁰ EISENMANN, Charles. L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs. In **Mélanges Carré dealberg**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1933.

²⁷¹ EISENMANN, 1933, p. 179.

²⁷² BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, arts. 61 e 66. In **VADE MECUM**, 2016, p. 30 e 32; FRANCE, Constitution de la République Française, 1958, arts. 49 e 50.

²⁷³ EISENMANN, 1933, p. 178.

²⁷⁴ BARBERIS, Mauro. **Le futur passé de la separation des pouvoirs**. Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques, n°143, nov. 2012, p. 7. Disponível em: <<http://www.revue-pouvoirs.fr/Le-futur-passe-de-la-separation.html>> Acesso em: 11 nov. 2016

²⁷⁵ PIMENTEL, Carlos Miguel. **Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique?**. Pouvoirs: revue française d'études constitutionnelles et politiques. n°102, p. 119. Disponível em: <<http://www.revue-pouvoirs.fr/Chronique-Le-sanctuaire-vide-la.html>> Acesso em: 11 nov. 2016.

Dispondo de poderes quase-legislativos, quase-executivos e quase-jurisdicionais, as AAI violariam o princípio da separação dos poderes e seriam contrárias ao artigo 16 da Declaração dos direitos do homem e do cidadão. Entretanto, a contradição existe apenas se concebermos este como um princípio de especialização. Podendo receber numerosas interpretações, o princípio da separação dos poderes se reveste, tanto no pensamento de Montesquieu como no artigo 16 da DDHC, de um outro significado, se aparentado mais a um princípio de não cumulação de todos os poderes no seio de um mesmo órgão. [...] uma tal concepção do princípio da separação permite, como afirma o Conselho Constitucional Francês, a conciliação com as autoridades administrativas independentes.²⁷⁶

Outra corrente doutrinária, por sua vez, centraliza o enfoque na evolução da teoria da separação dos poderes, de modo que complementa os argumentos supramencionados sustentando que as competências das autoridades administrativas independentes são adaptadas ao espírito do tempo e à realidade da vida política contemporânea.

Nesse sentido, o professor Jean Louis Autin:

A ação delas se insere em diagonal aos três poderes classicamente distintos: dotadas pelo legislador de um largo mandato para regular os setores que lhes são confiados, elas são habilitadas a exercer uma fração do poder regulamentar e dotadas de prerrogativas quase-jurisdicionais. Apresentam-se, assim, em conflito ao princípio da separação de poderes, portadoras de um novo modelo de ação que combina consenso, persuasão, incitação e procura por equidade, sendo frequentemente estigmatizadas por isso.

Ao todo, esta configuração institucional chama atenção a duas coisas. Enquanto ela revela diferenças consideráveis de uma autoridade a outra, a disparidade de competências exercidas é um elemento que não favorece a unidade e a coerência da categoria estudada. Mas ela possui um caráter heurístico, pois, juntamente a outras considerações, ela conduz a reconsiderar a teoria da separação dos poderes, muito frequentemente assimilada à ideia de uma simples tripartição que não é condizente com o pensamento de Montesquieu e que desconsidera, além disso, as evoluções constitucionais e políticas recentes. Sem constituir um quarto poder nem um contra-poder, e, desprovida de legitimidade democrática, as AAI podem exercer um papel útil de equilíbrio e estabilização no vasto projeto de adaptação da teoria da separação ao espírito do tempo e à realidade da vida política contemporânea.²⁷⁷

Igualmente, Michel Troper ratifica essa posição afirmando que “se não há essência eterna da separação dos poderes, forçoso é admitir que as instituições contrárias a este princípio mas que são legalmente válidas não violam nenhum princípio, mas se fundam sobre uma concepção nova e diferente de poderes.”²⁷⁸

Portanto, desde que cumpra o seu papel de balanceador das funções, a teoria dos poderes poderia ser construída de infinitas maneiras, o que justificaria a

²⁷⁶ DEBAETS, 2010.

²⁷⁷ AUTIN, 2010.

²⁷⁸ TROPER, Michel. Les nouveaux usages de la séparation des pouvoirs, in BAUME, Sandrine; FONTANA, Biancamaria. **Les usages de la séparation des pouvoirs**. Paris: Michel Houdiard, 2008, p. 17.

existência válida das autoridades administrativas independentes. Dentro dessa lógica, as AAI são submetidas ao controle das jurisdições administrativa e judiciária, às quais competem a análise da legalidade de seus atos e a revisão de suas decisões.²⁷⁹ Entretanto, por sua natureza particular, “o controle pelos tribunais não as exoneram de um controle democrático,”²⁸⁰ tarefa exercida principalmente pelas Assembleias Parlamentares;²⁸¹ em que pese a extensão de suas competências na matéria ainda seja um problema do sistema gaulês, conforme veremos, em momento oportuno, no capítulo derradeiro deste trabalho.

5. Os problemas contemporâneos das AAI

Apesar de seus quase 40 anos de existência, pudemos constatar que as autoridades administrativas independentes ainda impingem muitos problemas no ordenamento francês, mormente devido à sua heterogeneidade. Neste capítulo, abordarei algumas das questões ainda em aberto e suas eventuais soluções suscitadas pela doutrina.

a) A racionalização do sistema francês e o controle da multiplicação das AAI

Como visto, o número das AAI aumenta continuamente. Em concomitância, o leque de poderes, as formas de intervenções e as diversidades de suas missões se multiplicam. Segundo Vincent Lamanda, ex-primeiro presidente da Corte de Cassação, “a disparidade dessas instituições é evidente. Se a maior parte dentre elas tem o poder de editar normas, algumas não fazem mais que emitir recomendações, enquanto que as mais poderosas tomam inclusive decisões individuais e são dotadas de um poder de sanção.”²⁸² Demais disso, seus estatutos jurídicos são consideravelmente diferentes: o caráter pessoal ou colegial, o modo de nomeação e a duração do mandato dos membros, as condições de designação do presidente, o grau de autonomia administrativa e financeira, o número e o estatuto

²⁷⁹ AUTIN e BREEN, 2010.

²⁸⁰ MÉZARD, 2015, p. 32.

²⁸¹ MÉZARD, 2015, p.32.

²⁸² LAMANDA, VICENT. *L'essentiel*. Revue Française de Droit Administratif. Paris: Dalloz, ano 26, n° 5, set./out., 2010. Disponível em: <<http://www.dalloz.fr/documentation/lien?famille=revues&doctype=RFDA/CHRON/2010/0132>> Acesso em: 11 nov. 2016.

dos agentes, a presença ou não de personalidade jurídica, todos são exemplos de variações que demonstram a enorme heterogeneidade dessas instituições.²⁸³

Dentro desse desenvolvimento desordenado e desequilibrado, é possível de fato qualificá-las como uma única categoria jurídica?²⁸⁴ Em outras palavras, é possível racionalizar “um conjunto constituído de uma quarentena de unidades, de dimensões variáveis, missões fragmentadas, atribuições distintas e métodos de controle controversos”?²⁸⁵ Esse é um desafio que inquieta não somente a doutrina e a jurisprudência, mas os próprios Poderes públicos e seus corpos constituídos.²⁸⁶

Ao enfrentá-lo, Jacques Chevallier sugere que, antes de resolvê-lo deve-se fazer uma outra pergunta: é desejável tal sistematização do instituto? de acordo com a resposta, podemos ter dois caminhos a serem seguidos: **a)** por um esforço de racionalização, tentar reagir contra o que se percebe como uma deriva às intenções originais do instituto; ou **b)** reconhecer as diversificações que progressivamente aumentaram no decorrer dos anos como um processo de evolução contra o qual seria vão e ilusório pretender lutar. No primeiro caso, a ambição é dar novamente à categoria das autoridades independentes um alcance jurídico que ela perdeu; na segunda alternativa, o denominador comum da categoria se centra mais sobre a ordem político-administrativa que sobre o terreno jurídico.²⁸⁷

a.1) A vontade de racionalização

O Conselho de Estado, em seu relatório de 2001, bem como o Poder Legislativo, no relatório de 2006, claramente se inscrevem na perspectiva de racionalização das autoridades administrativas independentes. Almejam eles, para tanto, a criação de um estatuto geral, o qual deverá ser precedido de um mecanismo que trave a proliferação das AAI, pois “toda tentativa de harmonização de seus estatutos seria um fracasso” se elas continuassem a se multiplicar na mais alta desordem.²⁸⁸

²⁸³ CHEVALIER, Jacques. **Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification?**. Revue Française de Droit Administratif. Paris: Dalloz, ano 26, n°5, set./out., 2010. Disponível em: <<http://www.dalloz.fr/documentation/lien?famille=revues&doctype=RFDA/CHRON/2010/0136>> Acesso em: 11 nov. 2016.

²⁸⁴ LAMANDA, 2010.

²⁸⁵ LAMANDA, 2010.

²⁸⁶ AUTIN, 2010.

²⁸⁷ CHEVALIER, 2010.

²⁸⁸ CHEVALIER, 2010.

Como método de controle, o Conselho de Estado propõe um enquadramento dos princípios que regem e determinam a criação de autoridades independentes, de tal sorte que se evite a sua proliferação despicienda. Em sua visão, o caráter derogatório dessas instituições ao Direito Administrativo clássico aconselha que sejam intentadas outras soluções antes de se recorrer a elas. Assim, “quando a necessidade concerne a proteção da liberdade individual ou das liberdades públicas”, a “solução natural é o recurso jurisdicional”. Da mesma forma, em se tratando de uma missão econômica ou social cujo legislador outorgou a competência ao Estado, a forma normal de intervenção deve ser aquela da Administração clássica. Caberia às AAI, dessa forma, assegurar apenas a “regulação ou evitar conflitos de interesses entre o Estado operador econômico, ao menos indiretamente, e o funcionamento de um mercado concorrencial.”²⁸⁹

Em um sentido semelhante, mas sem desconsiderar a importância das missões de proteção das liberdades públicas, o relatório de 2006 apregoa que a redução da multiplicação das autoridades administrativas independentes deveria passar **a)** por um exame regular de suas atividades, a fim de fazer emergir possibilidades de fusão ou incorporação - da forma como ocorreu, posteriormente, com as 4 autoridades que se fusionaram para dar origem ao Defensor de direitos; e **b)** pela realização de uma análise aprofundada da necessidade de criação de uma nova AAI, verificando-se se as missões correspondentes não podem ser confiadas a uma outra preexistente, sendo um exercício menos perigoso que a fusão propriamente dita, que obriga a reconciliar dialeticamente duas culturas, dois corpos de profissionais.²⁹⁰

Essa racionalização da paisagem das AAI supostamente permitiria a harmonização de seus estatutos, a qual, por sua vez, não teria o condão de revogar as disposições que dão a cada autoridade poderes adaptados a suas missões, mas sim reduzir as diferenças quando elas não têm fortes razões para existirem. O objetivo, portanto, seria de uma maior legibilidade, isto é, compreensibilidade das normas, e não uma padronização integral.²⁹¹

Sobre as proposições elencadas pelos dois relatórios, destaca-se, em linhas gerais: **1)** a duração do mandato dos membros do colegiado; **2)** as condições do

²⁸⁹ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 377.

²⁹⁰ GÉLARD, 2006a, p. 75-77.

²⁹¹ GÉLARD, 2006a, p. 83.

exercício do mandato (renovação, normas de conflitos de interesse e de incompatibilidades); **3)** regras aplicáveis ao procedimento de sanções (em suma, trata-se de consolidar o desenvolvimento jurisprudencial realizado pelo Conselho de Estado, mormente no que toca à aplicação do artigo 6º da Convenção Europeia de proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais); **4)** a definição de regras comuns de funcionamento e de garantias de independência; e **5)** o reforço da transparência e do controle exercido pelo Parlamento sobre suas ações.²⁹²

Observa-se, pois, que o quadro legislativo geral conteria “essencialmente garantias de independência, no sentido de imparcialidade das autoridades administrativas independentes, e a publicação de informações que permitam ao Parlamento controlar suas atividades e ao público melhor conhecê-las.”²⁹³

a.1.1) A personalidade jurídica das autoridades públicas independentes

Nota-se, ademais, que, dentre as regras sugeridas para padronização, não há menção à personalidade jurídica. Dentre as vantagens levantadas por aqueles que a defendem, normalmente se destaca o reforço da autonomia das autoridades administrativas independentes em virtude da obtenção de um recurso orçamentário próprio e da capacidade jurídica para pleitear em juízo. Entretanto, na opinião de Gélard, a capacidade jurídica não seria imprescindível, uma vez que há autoridades que não a possuem e ainda assim podem demandar em nome próprio; outrossim, a autonomia orçamentária não garantiria uma maior independência se não contextualizada à realidade da autoridade em questão. Isso porque dificilmente uma AAI que não atue em um setor em que se perceba taxas e/ou multas arrecadaria recursos suficientes para não necessitar das subvenções estatais. Destarte, “a criação de uma pessoa moral cujo financiamento depende de subvenções provenientes do orçamento do Estado” seria “somente um fator de opacidade em relação ao Parlamento, não trazendo de modo algum um ganho de independência”²⁹⁴

Continua o ex-senador, em seu relatório, dizendo que se há alguma vantagem na concessão da personalidade moral, ela seria em termos de afirmação da

²⁹² GÉLARD, 2006a, p. 84; CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 350-377.

²⁹³ GÉLARD, 2006a, p. 84.

²⁹⁴ GÉLARD, 2006a, p. 68-71.

independência da autoridade reguladora perante o Estado tradicional, favorecendo a proximidade do regulador com os profissionais do setor, o que contribui para a aceitação das decisões tomadas. Porém, isso só seria possível para os casos em que efetivamente se obtivesse uma autonomia orçamentária, de modo que na maior parte das vezes a personalidade jurídica parece se revestir mais de uma dimensão simbólica que operacional, qual seja, a vontade política de explicitar a maior independência possível de determinada AAI. Por isso tudo, a atribuição da personalidade jurídica não deveria ser feita sem uma análise detalhada de suas vantagens e seus custos, evitando-se que a subcategoria das autoridades públicas Independentes sofra o mesmo processo de desenvolvimento errático que marcou a multiplicação das autoridades administrativas independentes.²⁹⁵

a.2) A busca por um denominador comum

No outro lado do debate, por sua vez, posicionam-se aqueles que entendem ser incabível a criação de um estatuto jurídico geral, porquanto a contínua mutação dessas instituições impede o estabelecimento de qualquer esquema rígido, ainda que seja apenas atinente ao modo geral de organização. Para fins didáticos, transcrevo a opinião de Jacques Chevalier sobre o tema:

A ideia de travar a proliferação das AAI parece ilusória: se pensávamos nos anos 1980 que o desenvolvimento delas era uma resposta conjuntural, e sem dúvida passageira, à crise do Estado providência e da apreensão de mecanismos democráticos, esta análise sem dúvida foi desmentida pela evolução ulterior; não somente, como preceitua o Conselho de Estado, as AAI estão implantadas de modo consistente na paisagem institucional e sua legitimidade é em realidade pouco contestada, as críticas recorrentes dos parlamentares não os impedindo de criar sem cessar novas autoridades, mas ainda o movimento de expansão é incentivado a prosseguir. Correlativamente, as AAI são cada vez mais diversas e a categoria cada vez menos coerente sobre o plano jurídico.

Esta dupla constatação mostra em realidade que a instituição das AAI é antes de tudo a expressão de um movimento de adaptação aos modos de intervenção e dos princípios de organização do Estado que só poderiam ser parcialmente enquadrados pelo direito e confinados em categorias jurídicas rígidas. Esta lógica é bem ilustrada pelo fato que as AAI, que pareciam até então prerrogativas dos países anglo-saxões, proliferaram a partir dos anos 1980, sob configurações diversas, em todos os países: trata-se portanto de um fenômeno geral que transcende as particularidades nacionais; mas esse desenvolvimento foi acompanhado de uma extrema diversidade no que concerne aos domínios de intervenção, às regras de organização e de funcionamento, e aos poderes destas autoridades, ao ponto que é impossível organizá-las em um modelo institucional único. As semelhanças residem na função dita de 'regulação' que lhes é atribuída, a qual consiste na definição de certas regras do jogo e no estabelecimento de alguns equilíbrios entre interesses sociais de toda natureza, incluindo os interesses públicos; e esta função 'meta-

²⁹⁵ GÉLARD, 2006a, p. 67, 70, 73 e 74.

institucional' só pode ser incumbida a autoridades dotadas de garantias de independência em relação aos interesses dos setores regulados.

A ideia de regulação implica assim uma concepção nova das funções do Estado, encarregado de enquadrar o jogo social combinando um conjunto de meios de ação, assim como da arquitetura estatal, que tende a se apresentar sob a forma de uma montagem de dispositivos reduzidos de regulação, tão diversamente articulados sobre a sociedade. Mas essa lógica não poderia ser traduzida por um quadro jurídico uniforme, que constituiria um verdadeiro confim: respondendo a finalidades diferentes, a regulação requer um grau variável de independência e uma gama de poderes que seria impossível, até mesmo nocivo, pretender levá-las a uma unidade. As AAI certamente não estão situadas fora do direito; mas a categoria que elas formam sobre esse plano é caracterizada pela flexibilidade e comporta uma forte margem de indeterminação.

Forjando a categoria das AAI, os juristas portanto contribuíram à evolução dos princípios, melhor enraizando aqueles que regem a construção e articulação das instituições estatais. Entretanto, as AAI não poderiam ser enclausuradas no campo fechado da dogmática jurídica: longe de serem objeto de uma delimitação estrita e de uma definição estável, elas conhecem uma dinâmica permanente de evolução que proíbe toda determinação estável de seus contornos; e é precisamente essa adaptabilidade e plasticidade que explicam a sua ascensão na sociedade contemporânea.²⁹⁶

Nessa seara, o âmbito jurídico não é mais entendido como essencial à categorização das autoridades administrativas independentes; o seu ponto comum passa a residir, dessa forma, na esfera político-administrativa, ou seja, na visão principiológica que as define como entidades reguladoras de domínios sensíveis. Enfim, se os fundamentos expostos pelo autor não solucionam o imbróglio, ao menos sustentam a dúvida: afinal, “é desejável procurar homogeneizar instituições essencialmente dominadas por uma sutil regulação e que visam responder às exigências imediatas de um setor?”²⁹⁷

a.3) O projeto de lei de criação de um estatuto geral

Conquanto não se tenha resposta à pergunta formulada, a criação de um estatuto geral caminha para se concretizar. Um projeto de lei que estabelece um quadro comum de normas às AAI se encontra em tramitação na Assembleia Legislativa, já tendo sido aprovado pelo Senado. De autoria de Jacques Mézard - *rapporteur* do estudo de 2015 - Jean Dupont e Marie-Hélène Des Egaulx, o projeto, em sua exposição de motivos, enfatiza a inquietação parlamentar com a proliferação desordenada dessas autoridades, o que “contribui cada vez mais [...] à ilisibilidade e ao disfuncionamento do sistema institucional” e vai de encontro à busca pela

²⁹⁶ CHEVALIER, 2010.

²⁹⁷ LAMANDA, 2010.

"simplificação administrativa", ardente obrigação que dá sentido e eficácia à ação pública.²⁹⁸

Nota-se, portanto, que o projeto de lei incorporou a discussão, aqui aludida, sobre a racionalização das autoridades independentes. Com inspiração nos precedentes estudos parlamentares, traduziu o conjunto das 11 proposições formuladas pela *Commission d'enquête* no relatório de 2015, fixando regras essenciais de organização e funcionamento, tais como: **a)** a irrevogabilidade do mandato, com duração de três a seis anos, vedada a recondução; **b)** uma lista de incompatibilidades funcionais, sobretudo em relação ao exercício de um cargo público eletivo e a relações de interesse com o setor regulado; **c)** garantias financeiras e de recursos humanos (v. item b infra); e **d)** unificação e reforço dos métodos de controle do Parlamento (v. item c infra). O mais surpreendente, todavia, é a drástica redução no número de autoridades administrativas independentes: das 42 existentes, o projeto inicial previa uma diminuição para não mais do que 20 autoridades. O objetivo da medida, de acordo com Des Esgaulx, seria de reter apenas aquelas que se pudessem chamar legitimamente de autoridades em razão de seu poder normativo, de regulação e de sanção. As demais não seriam extintas, mas "requalificadas".²⁹⁹ Parece existir assim uma intenção de restringir o âmbito conceitual das AAI, o qual, como já dito, havia sido interpretado extensivamente pelo Conselho de Estado, que considerou como independentes instituições que, apesar de não deterem poderes decisoriais, exercem um poder de influência sobre outros organismos (v. capítulo 2, a.1).

Apesar disso, o verdadeiro motivo dessa medida não parece se limitar a uma mera divergência conceitual. Pragmaticamente, há a tentativa de impor um maior controle sobre essas autoridades. Conforme abordarei mais adiante, a proliferação das autoridades administrativas independentes enseja um difícil dilema ao Parlamento, tendo em vista que escapam ao seu controle por não estarem subordinadas à Administração central (v. item c). Restringir o seu número, por conseguinte, se não resolve de todo o problema pelo menos o delimita, fazendo com

²⁹⁸ France, Sénat. **Exposé de motifs sur la proposition de loi portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes**. Disponível em: <<https://www.senat.fr/leg/ppl15-225.html>> Acesso em 16. nov. 2016.

²⁹⁹ France, Sénat. **Compte rendu analytique officiel du 4 février 2016 sur la proposition de loi portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes**. Disponível em: <https://www.senat.fr/cra/s20160204/s20160204_9.html> Acesso em: 16. nov. 2016.

que o Poder Legislativo concentre esforços naquelas que imprescindivelmente necessitam de autonomia reforçada perante o Governo. Transparecendo a preocupação do Parlamento em razão da dificuldade de controlar as AAI, Jacques Mézard critica a massiva delegação de competências pelo Governo, mencionando que muitas das AAI acabam por estabelecer verdadeiras políticas públicas:

Difícilmente podemos admitir que o governo decida sozinho que uma missão lhe escape e escape ao mesmo tempo ao controle parlamentar. O controle é indispensável à democracia, especialmente quando algumas AAI se encarregam de uma área inteira de políticas públicas: o CSA [Conselho superior de audiovisual] é o verdadeiro ministério da comunicação, assim como a política de concorrência provém da Autoridade da concorrência.³⁰⁰

De qualquer forma, certamente ainda haverá calorosos debates até um eventual consenso sobre quais autoridades merecem permanecer independentes da Administração. A Alta autoridade para a difusão de obras e a proteção de direitos sobre a internet - HADOPI e a Autoridade de regulação da distribuição da imprensa - ARDP, por exemplo, eram previstas pelo projeto de lei como umas daquelas que teriam sua natureza jurídica requalificada. Após manifestação da Comissão da cultura, no entanto, o Senado optou por mantê-las como AAI. A ARDP, porque deveria “permanecer livre dos editores de imprensa”; a HADOPI, porque “sua independência é condição indispensável ao equilíbrio entre os titulares de direitos [autorais] e os consumidores de bens culturais sobre a internet.”³⁰¹

Além disso, o Governo não se mostra satisfeito com as pretensões legislativas. O secretário de Estado para as relações com o Parlamento, Jean-Marie Le Guen, manifestou parecer contrário à proposta, duvidando da necessidade de racionalizar as regras aplicáveis às AAI: “Por que querer impor à força um quadro comum?”, perguntou, defendendo que “a diversidade de modalidades de ação não é sinal de disfuncionamentos.”³⁰²

Desta feita, considerando que a proposta legislativa foi aprovada pelo Senado em contrariedade ao parecer do Governo, é difícil prospectar se essas mudanças de

³⁰⁰ France, Sénat. **Compte rendu analytique officiel du 4 février 2016 sur la proposition de loi portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.**

³⁰¹ France, Sénat. **Compte rendu analytique officiel du 4 février 2016 sur la proposition de loi portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.**

³⁰² France, Sénat. **Compte rendu analytique officiel du 4 février 2016 sur la proposition de loi portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.**

fato se concretizarão. Em caso positivo, ainda assim não haverá garantia de sucesso, a qual dependerá de análise de futuras pesquisas que confirmem a efetividade das medidas implementadas.

Enquanto isso, cabe esclarecer quais os demais problemas que, percebidos pela doutrina, ensejaram essa recente atuação legislativa. No tópico seguinte, transcorrerei, portanto, sobre eventual necessidade de reforçar a independência dessas instituições. Antes, porém, forçoso fazer menção ao fato que, coincidentemente, no Congresso brasileiro também tramita um projeto de lei visando à unificação do regime jurídico das agências reguladoras para fins de reforço de sua autonomia financeira, funcional, decisória e administrativa. Bastante elogiado pela doutrina, a expectativa é de que o projeto evite a captura das agências ao prever, dentre outras coisas, um prazo limite para a nomeação dos diretores pelo Presidente da República, a desvinculação de seu orçamento dos respectivos Ministérios e o reforço do controle social, com o auxílio do Tribunal de Contas, pelo Congresso. Vê-se, destarte, que ambos projetos coincidem não só na intenção de estabelecer um estatuto geral, mas também - ressaltando as particularidades de cada ordenamento, -nas propostas aventadas para garantir a essas instituições a tão almejada independência.³⁰³

b) O reforço da independência das AAI

Ao confiar uma nova missão a uma autoridade administrativa independente, o Parlamento naturalmente manifesta expectativas de independência da instituição a qual ele confiou a proteção de uma liberdade pública ou a regulação de um setor econômico. Para isso, inevitável que se estabeleça condições que a garantam, notadamente em matéria financeira e no que toca ao “espírito de seus membros”.³⁰⁴

Entretanto, sua aquisição não nasce finalizada, sendo sujeita a erros e acertos; nas palavras de Jean-Marie Delarue, “a independência é uma aprendizagem”.³⁰⁵ Por consequência, ainda hoje seus contornos se demonstram frágeis. No último estudo elaborado pelo Senado, assinalava-se a facilidade com que uma AAI poderia ter sua ação completamente paralisada pela recusa deliberada

³⁰³ BRASIL, Senado. **Projeto de lei nº 52/2013**. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/111048> Acesso em: 17. nov. 2016.

³⁰⁴ MÉZARD, 2015, p. 34.

³⁰⁵ MÉZARD, 2015, p.34.

do Governo em exercer sua prerrogativa constitucional de nomeação. A Comissão da Segurança dos Consumidores, por exemplo, detinha apenas 4 membros dos 15 que deveriam formar o seu colegiado, não havendo nomeação pelo Governo desde o fim de 2014; se somarmos a isso a possibilidade de captura dessas entidades, seja pelo mercado ou pelo próprio Estado, teremos um panorama geral dos perigos inerentes à sua autonomia, razão pela qual a doutrina, bem como os próprios Poderes públicos, sugerem modificações legislativas para reforçá-la.³⁰⁶

b.1) O reforço da independência funcional

b.1.1) Recursos financeiros

Uma autoridade não pode ser independente se não dispuser de meios suficientes para exercer suas missões. Com efeito, os meios orçamentários e humanos atribuídos à autoridade determinam sua independência funcional, lhe permitindo a aplicação eficaz de suas prerrogativas.³⁰⁷

Para isso, as autoridades administrativas independentes possuem uma larga autonomia de gestão orçamentária, podendo dispor de seus recursos da maneira que melhor lhes aprouver, e escapam ao controle financeiro prévio exercido pelo Ministério das finanças, em que pese sejam submetidas ao controle *a posteriori* da Corte de Contas e do Parlamento.³⁰⁸

Por outro lado, torna-se improfícua a autonomia de gestão orçamentária se a AAI não for dotada de recursos financeiros suficientes para a consecução de suas finalidades. Grosso modo, cabe ao Parlamento se pronunciar no quadro de projeto de lei de finanças, após uma negociação orçamentária, sobre os créditos atribuídos a essas autoridades. Nesse contexto, seria

paradoxal que o Estado se desincumbisse de uma fração de seu poder regulamentar, ou de certas funções de controle, em proveito das autoridades independentes sem assegurá-las de recursos suficientes para que elas exerçam corretamente suas missões. A suspeita que poderia ensejar o empobrecimento de algumas instâncias quanto à vontade do poder político de assegurar a eficácia do dispositivo assim criado só contribuiria para destruir perigosamente a confiança dos cidadãos, tanto nas estruturas tradicionais quanto nas AAI.³⁰⁹

³⁰⁶ MÉZARD, 2015, p. 35-36.

³⁰⁷ GÉLARD, 2006a, p. 90.

³⁰⁸ GÉLARD, 2006a, p. 90-91

³⁰⁹ GÉLARD, 2006a, p. 91-92

Entretanto, o Parlamento apontava, em seu estudo de 2006, um hiato entre, de um lado, o crescimento das atividades das autoridades administrativas independentes e a extensão de suas missões por iniciativa do Governo e do Parlamento, e, de outro, a estagnação de seus meios financeiros e humanos, o que ameaçava a efetividade de suas ações.³¹⁰ Por conseguinte, constatou a necessidade de reavaliação periódica dos recursos econômicos atribuídos a essas instituições, bem como um exame prévio do impacto orçamentário ocasionado por eventual ampliação de suas competências, garantindo assim que as AAI estejam sempre adaptadas às suas missões.³¹¹ Posteriormente, em novo estudo realizado em 2014 para analisar as evoluções ocorridas no setor desde a publicação de seu primeiro relatório, o Senado observou a satisfação de suas recomendações, tendo em vista que “à ocasião do exame do projeto de lei de finanças, as comissões competentes avaliam a adequação dos meios [financeiros] que as AAI dispõem em relação às suas missões”.³¹²

Mesmo assim, é recorrente o pleito das autoridades administrativas independentes para que haja vinculação orçamentária de seus recursos. Atualmente, apenas doze AAI, incluindo as autoridades públicas independentes, possuem algum tipo de receita vinculada, ou seja, mais de 70% delas são integralmente financiadas pelo crédito orçamentário inscrito no orçamento geral estatal, o que reduz as margens de manobras financeiras para negociação de seus recursos, e, ao mesmo tempo, aumenta a sujeição a eventuais contingenciamentos no curso do exercício orçamentário. Representando esse descontentamento, o presidente da Autoridade de segurança nuclear manifestou a necessidade de que se afete recursos ao orçamento de sua instituição:

Nós somos financiados pelo orçamento geral do Estado, que não está em uma situação muito boa. Desde Fukushima, tivemos um aumento de custos. Enquanto outros organismos vêem seus efetivos diminuir, nos últimos três anos contratamos trinta pessoas suplementares [...] Mas eu duvido que no sistema atual de financiamento nós possamos contratar muito mais. É por isso que um financiamento por uma taxa vinculada, paga pelos operadores, após controle pelo Parlamento, como no modelo dos Estados Unidos, seria preferível.³¹³

³¹⁰ GÉLARD, 2006a, p.92.

³¹¹ GÉLARD, 2006a, p. 96-97.

³¹² GÉLARD, 2014, p. 58.

³¹³ MÉZARD, 2015, p.50-52.

Paradoxalmente, as agências reguladoras, em que pese possuam personalidade jurídica, e, por consequência, bens e recursos próprios, enfrentam problemas semelhantes de autonomia financeira/orçamentária. Isso porque a sua dotação orçamentária se situa dentro do orçamento dos respectivos ministérios, o qual, por sua vez, se submete ao princípio³¹⁴ da unidade orçamentária.³¹⁵

Ocorre, assim, um duplo contingenciamento de suas receitas: primeiramente por parte do Ministério supervisor, porquanto sujeitas às suas diretrizes e cortes orçamentários; posteriormente, pelo Poder Central, em face do princípio constitucional da unidade. Na prática, as taxas regulatórias auferidas pelas agências são recolhidas ao caixa central da União e não raro acabam retidas e tredestinadas a outros fins, o que, além de constituir prática ilegal,³¹⁶ ocasiona um grave risco de sucateamento de sua infraestrutura. Isso é o que observa o Centro de estudos em regulação e infraestrutura da FGV, mencionando o caso específico da ANEEL:

Passando por situação financeira que desafia a continuidade e a qualidade do desempenho de seus mandatos setoriais, as agências federais vêm sofrendo cortes e reduções na prestação de serviços essenciais por insuficiência de recursos. No caso da Aneel, por exemplo, esse quadro se agrava em função do contingenciamento de R\$ 66 milhões. Em consequência, o serviço da Central de Teletendimento (CTA) foi suspenso por falta de verbas, causando prejuízos às atividades essenciais da agência. Além disso, foi anunciada a possível interrupção da transmissão on-line das reuniões públicas da Diretoria, comprometendo uma de suas principais conquistas: a transparência na realização e divulgação de seus atos.³¹⁷

O projeto de lei 52/2013 resolve apenas em parte este problema, pois cria uma rubrica orçamentária própria às agências reguladoras, desvinculando-as dos respectivos Ministérios, mas não lhes concede a posse sobre as receitas arrecadas, tampouco contorna o problema do contingenciamento efetuado pela União em razão do princípio da unidade.³¹⁸

³¹⁴ De acordo com Ricardo Lobo Torres, "face ao princípio constitucional da unidade, o orçamento é uno embora possa aparecer em vários documentos separados, devendo apresentarem-se, em seu conjunto, de forma harmônica e integrada." TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Ed. Renovar, 1993, p. 140 apud ARAGÃO, 2013, p. 354.

³¹⁵ FGV, Centro de estudos em regulação e infraestrutura. **Autonomia financeira das agências reguladoras dos setores de infraestrutura no Brasil**. FGV, jul. 2016, p. 3-4. Disponível em: <<http://ceri.fgv.br/sites/ceri.fgv.br/files/arquivos/autonomia-financeira-das-agencias-reguladoras-dos-setores-de-infraestrutura-no-brasil-2016-07-18.pdf>> Acesso em: 17. nov. 2016.

³¹⁶ Segundo Aragão, além de violar as normas específicas que garantem autonomia financeira às agências, ofende o parágrafo único do art. 8º da lei de responsabilidade fiscal, bem como o mandamento constitucional que vincula o pagamento de taxas como contraprestação ao exercício de poder de polícia (art. 145, II da CF). ARAGÃO, 2013, p. 354-355.

³¹⁷ FGV, 2016.

³¹⁸ BRASIL, Senado. **Projeto de lei nº 52/2013**.

Portanto, tanto as autoridades administrativas independentes quanto as agências reguladoras enfrentam batalhas semelhantes no campo da autonomia financeira. As soluções aventadas, no entanto, divergem: enquanto as instituições francesas não vêem como fundamental a obtenção de personalidade jurídica, pleiteando tão somente a vinculação de receitas a seu orçamento, as agências reguladoras, que já são dotadas de personalidade jurídica, não a enxergam como suficiente, exigindo garantias redobradas. Em termos estatísticos, não há dados suficientes para afirmar qual dos dois países está mais próximo de uma plena autonomia financeira; parece possível inferir, contudo, que o essencial não é a fórmula criada, mas os meios efetivamente postos à disposição para a consecução deste fim. Em um país onde a sociedade tenha maior confiança em suas instituições, tais meios podem ser disponibilizados sem a necessidade de excessivas garantias legais. Talvez resida nesse ponto a diferença entre o Estado francês e o Estado brasileiro.

b.1.2) Recursos humanos

Outrossim, a independência funcional requer que as instituições possuam meios humanos suficientes e adequados aos seus fins. Com efeito, uma autoridade administrativa independente que não possua *experts* próprios poderia se encontrar em situação de fraqueza em face dos setores profissionais, que possuem ferramentas para mobilizar importantes recursos. “A assimetria de meios ensejaria assim uma assimetria de informação, o que é o maior risco à eficácia, legitimidade e independência de uma autoridade.”³¹⁹

Dessa forma, em decorrência dos domínios técnicos e especializados em que intervêm, as autoridades administrativas independentes necessitam de profissionais altamente qualificados, os quais deverão ser por elas recrutados com a mais plena liberdade, preservando-se sua independência. Ademais, sua autonomia de escolha abrange inclusive a modalidade de contratação de seus agentes, que poderá ser de regime de direito público ou privado;³²⁰ em sendo o caso da escolha de um servidor público que estivesse alocado originariamente em uma outra instituição, este deverá

³¹⁹ GÉLARD, 2006a, p. 97.

³²⁰ GÉLARD, 2006a, p. 97-98.

dela se desvincular de maneira definitiva para garantir a sua imparcialidade perante a Administração Pública central.³²¹

b.2) Independência dos membros

No que toca à independência dos membros, remeto, em linhas gerais, ao abordado no capítulo 3 do presente trabalho, de modo que me limitarei à análise, neste item, das sugestões apresentadas pelo Parlamento quando do seu relatório de 2006. Conforme já explanado, a independência dos membros integrantes das autoridades administrativas é vista como forma de garantir a sua não captura pelo poder político ou pelos setores profissionais regulados. Em suma, para torná-la eficaz é preciso que a autoridade: **a)** proteja os mandatos de seus membros pela impossibilidade de revogação “ad nutum”; **b)** constitua um órgão colegial (em regra); **c)** estabeleça uma duração razoável dos mandatos; **d)** determine incompatibilidades funcionais prévias e *a posteriori* e **e)** estabeleça exigências de competências técnicas³²² para a contratação.³²³

Quanto às proposições realizadas pelo Poder Legislativo, elas se concentram dentro da perspectiva de criação de um estatuto geral às AAI. Assim, entende o referido órgão que todas deveriam estabelecer um mandato fixo não renovável de seis anos. Esse prazo, porque seria um tempo razoável para que seus membros adquirissem a *expertise* que o setor técnico regulado requer, bem como para legar aos sucessores uma espécie de “memória” da instituição; o seu caráter não renovável, a fim de reduzir a pressão em face da autoridade competente para a nomeação.³²⁴

Igualmente, preconiza a extensão da estabilidade do mandato aos membros do serviço técnico, que por não exercerem um poder de decisão, mas apenas de preparação, em regra não são dotados de garantias. Marie-Anne Frison Roche observa que “independentemente das vontades ou estratégias pessoais, aquele que

³²¹ GÉLARD, 2006a, p. 98-99.

³²² Marie-Anne Roche frisa que a ausência de competência técnica pode favorecer a captura das autoridades, porquanto seus membros não disporão de “meios para serem críticos em relação às informações que as partes envolvidas lhes transmitem, ou, ainda pior, não têm os meios de determinar a pertinência das questões suscitadas”. Conclui, assim, que a “competência é a garantia mais forte da independência”. GÉLARD, 2006b, p. 74.

³²³ GÉLARD, 2006a, p. 107-106.

³²⁴ GÉLARD, 2006a, p. 108-110.

prepara os dossiers tem uma influência sobre aquele que decide”, razão pela qual o legislador deveria, também, “proteger a independência dos quadros de serviços técnicos”.³²⁵

Por fim, o Parlamento defende - em seu relatório de 2006 - que seja padronizada as incompatibilidades funcionais das AAI, bem como as regras que condicionam as contratações a determinadas competências técnicas relacionadas ao domínio de intervenção da autoridade.³²⁶

Desde então, apenas a instauração de um regime genérico de incompatibilidades funcionais foi parcialmente satisfeito por meio da promulgação da lei n° 2013-907, relativa à transparência da vida pública, que fixou **a)** situações genéricas de conflito de interesses; **b)** a impossibilidade de um parlamentar presidir uma AAI e **c)** a obrigatoriedade de declaração da situação patrimonial, esta devendo ser entregue à Alta Autoridade para a transparência da vida pública.³²⁷

Porém, conforme já mencionado, é possível que este panorama venha a se modificar caso o projeto de lei que pretende unificar o regime jurídico das autoridades administrativas independentes seja aprovado. Nesse caso, não só as incompatibilidades funcionais seriam padronizadas, mas também a duração (de três a seis anos) e irrevogabilidade dos mandatos; por sua vez, as garantias de independência dos membros do serviço técnico permaneceriam sem normatização.³²⁸

c) Aumento do controle democrático para sua legitimação

Já foi dito que além das autoridades administrativas independentes escaparem ao poder de tutela da Administração Pública, acumulam poderes que em princípio deveriam permanecer separados; tal panorama levanta a dúvida de como deverá ser exercido o seu controle. Ainda que estabelecidas com fortes prerrogativas de independência, o mero controle jurisdicional não parece suficientemente idôneo a ponto de excluir todo controle democrático.³²⁹

³²⁵ GÉLARD, 2006b, p.75.

³²⁶ GÉLARD, 2006a, p. 110-115.

³²⁷ GÉLARD, 2014, p. 59; MÉZARD, 2015, p. 52.

³²⁸ SÉNAT, 2016.

³²⁹ GÉLARD, 2006a, p. 117.

Em verdade, o art. 15 da Declaração dos direitos do homem e do cidadão estabelece que “a sociedade tem o direito de demandar contas da Administração a todo agente público”, razão pela qual um controle democrático não é somente recomendado, mas se impõe como requisito essencial à legitimidade dessas instituições.³³⁰ Tradicionalmente, a representação democrática sempre foi exercida pela fiscalização atribuída ao Poder Legislativo pela organização constitucional do regime parlamentar, pois o artigo 20 da Constituição francesa determina a responsabilização do Governo perante o Parlamento. Em suma, o Governo é legitimado para “conduzir a política da nação” apenas porque “ele é responsável em face do Parlamento”.³³¹ Ademais, há quem diga que a tarefa essencial do legislativo, hoje, é menos de fazer as leis, função pela qual se mostra cada vez mais inadequado, “[...] do que de assegurar o controle democrático sobre as decisões dos governantes nacionais e, no quadro da Europa, das autoridades da União [Europeia].”³³² Nada mais natural, portanto, que as Assembleias exerçam o controle também dos atos das autoridades administrativas independentes.

Entretanto, atualmente as condições de responsabilização dessas instituições “em frente ao Parlamento são insatisfatórias, para não dizer inexistentes.” Por elas não serem subordinadas ao poder Executivo, é incabível a aplicação do artigo 20 da Constituição Francesa. Por consequência, “a intensidade do controle do Parlamento se reduziu à medida em que os governantes sucessivos transferiram às diferentes autoridades administrativas independentes suas competências,”³³³ de modo que hoje “o equilíbrio dos poderes está, desse ponto de vista, rompido.”³³⁴

Despojado de parte de suas competências, o Governo assiste “alegremente” às decisões proferidas pelas autoridades administrativas independentes, sobre as quais, não obstante muitas se tratarem de verdadeiras políticas públicas, os parlamentares possuem controle reduzido. Como resultado, “a transferência da competência do Governo a uma autoridade administrativa independente se traduz, para o Parlamento, como um empobrecimento democrático.”³³⁵

³³⁰ GÉLARD, 2006a, p. 117.

³³¹ MÉZARD, 2015, p. 33.

³³² BARBERIS, 2012, pg. 13.

³³³ Embora a competência para a criação de AAI seja do Poder Legislativo, em geral, a iniciativa dos projetos de lei decorrem do Poder Executivo, razão pela qual sua “paternidade aponta quase sistematicamente ao Governo”. MÉZARD, 2015, p. 32.

³³⁴ MÉZARD, 2015, p. 32-33.

³³⁵ MÉZARD, 2015, p. 33.

Nesse contexto, a doutrina francesa se preocupa em tornar mais efetivo os meios postos à disposição do Parlamento para o controle das AAI. Se isso afetaria a independência a elas outorgada? Entende-se que não; ainda em 2001 o Conselho de Estado mencionava:³³⁶

a independência não significa irresponsabilidade: todos os países que recorreram às autoridades administrativas independentes foram confrontados à necessidade de implementar procedimentos pelos quais os organismos administrativos desvinculados da tutela ministerial podem prestar contas de suas ações aos poderes políticos - legislativo, mas também executivo. Essa supervisão não entrava em nada a independência funcional que é reconhecida às autoridades administrativas independentes: ela é, ao contrário, a condição de seu desenvolvimento e a melhor garantia de seu bom funcionamento.

Nota-se que o excerto não faz mais que refletir a ideia de que a independência das AAI não é absoluta, sendo passível de dosagem, ou, em outras palavras, de controle.³³⁷ Mas afinal, como se realiza esse controle pelo Parlamento? Quais as propostas que são sugeridas para o seu aperfeiçoamento?

O professor Émillie Debaets recorda que, antes de qualquer outra competência, as Assembleias podem, pela função legislativa, substituir uma autoridade administrativa independente por uma outra, reduzir sua margem de competências ou até mesmo a suprimir. Em outras palavras, pode o Parlamento “apreciar se um tal órgão dotado de um certo grau de independência deve ser mantido, reformado ou ab-rogado,” o que, ainda de acordo com o mesmo autor, constitui “a solução majoritariamente retida nos regimes parlamentares europeus.”³³⁸

Porém, esse mecanismo possui dois limites: **1)** em caso de consagração constitucional de alguma AAI; ou **2)** em razão das exigências do direito da União Europeia (v. capítulo 1, item b.1.1). Se no que toca à primeira limitação o poder constituinte francês preferiu não outorgar proteção constitucional às autoridades administrativas independentes à exceção do Defensor de Direitos,³³⁹ a segunda se mostra bem mais restritiva, porquanto o ordenamento europeu impõe a existência das AAI encarregadas da regulação dos setores econômicos, o que por si só reduz consideravelmente o poder Parlamentar de retirar “a vida” dessas instituições. Além

³³⁶ CONSEIL D'ETAT, 2001, p. 369.

³³⁷ GÉLARD, 2006a, p. 118.

³³⁸ DEBAETS, 2010.

³³⁹ ROUYÈRE, Aude. **La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes : quelle signification?** Revue Française de Droit Administratif. Paris: Dalloz, ano 26, n°5, set./out., 2010. Disponível em: <<http://www.dalloz.fr/documentation/lien?famille=revues&doctype=RFDA/CHRON/2010/0135>> Acesso em: 11 nov. 2016.

disso, a nível teleológico, a fiscalização não se resume à supressão das autoridades independentes pela constatação do seu mau funcionamento; ao contrário, objetiva que essas instituições continuem exercendo com eficácia as suas missões, assegurando que cada uma disponha de meios adaptados ao seu exercício. Assim, o mecanismo fiscalizatório em comento, por associar controle à sanção, se mostra inadequado e desproporcional, perdurando muito mais no plano teórico. Necessita-se, pois, que seja instaurado um método de controle regular que possibilite a avaliação quotidiana da ação dessas autoridades.³⁴⁰

É nessa esteira que o relatório de avaliação das AAI emitido pelo Poder Legislativo preconizava como forma de controle a publicação obrigatória, por cada autoridade independente, de um relatório anual de suas atividades. Esse documento, a fim de que pudesse ser tecnicamente bem analisado, deveria ser endereçado, "em seus aspectos orçamentários, às Comissões de finanças, e, a título de suas respectivas competências, às outras comissões permanentes da Assembleia nacional e do Senado."³⁴¹

Mas para que esse relatório não se tornasse mais uma ferramenta de comunicação do que um instrumento de reedição e controle de contas, era preciso que eles detivessem um conteúdo pré-definido, o qual fosse necessário à plena informação do Parlamento, dos cidadãos e dos profissionais interessados. Só dessa forma os relatórios anuais poderiam deixar de ser uma singela reunião de dados estatísticos e de informações sobre a atividade da autoridade para efetivamente expor as regras que ela aplica e o modo que ela as aplica, respondendo à dupla exigência de transparência e segurança jurídica. Em suma, o estudo elaborado em 2006 propunha que os relatórios anuais contivessem **a)** um balanço entre a utilização de seu crédito e a implementação de suas prerrogativas; **b)** a apresentação das regras de conduta aplicadas para os membros do colegiado e o quadro de servidores; e **c)** a exposição das regras e da doutrina adotadas pela autoridade no exercício de suas missões. Ademais, indicava a necessidade desse relatório ser seguido de uma audição parlamentar para que a autoridade pudesse apresentar ao conjunto das Assembleias suas atividades, ampliando a eficiência do controle.³⁴² Transcorridos 9 anos do estudo em comento, o Senado, dessa vez por

³⁴⁰ DEBAET, 2010.

³⁴¹ GÉLARD, 2006a, p. 121.

³⁴² GÉLARD, 2006a, p.191-192.

meio de trabalho coordenado pelo senador Jacques Mézard, ainda roga pelas vantagens das medidas anteriormente propostas, acrescentando a conveniência de que a audiência seja realizada em sessão pública:

o depósito deste relatório deve encontrar um prolongamento natural por meio de uma audiência parlamentar. Se as comissões permanentes têm vocação de assegurar o controle contínuo das autoridades administrativas independentes que têm relação com seu domínio de competência, a Comissão de inquérito está convencida que esse controle deve, cada ano, tomar a forma de uma sessão pública que permitiria escutar e interpelar uma ou várias autoridades administrativas independentes. Poder-se-ia se inspirar no mecanismo de questões orais que permite interpelar um ministro sobre tal ou tal aspecto da política de seu ministério. [...] Esse encontro anual, sob a forma de questões endereçadas ao presidente da autoridade convidada, teria vocação a coroar o trabalho de longo curso das comissões permanentes, que poderiam fazer sugestões às autoridades cuja atualidade requer o exame de suas ações em sessão pública e esclarecer, por um relatório prévio, o debate a ser realizado. Por meio de uma programação estendida, esse debate em sessão pública poderia se tornar um encontro anual para o Parlamento, onde os trabalhos do ano transcorrido (relatórios orçamentários, relatórios de informação, relatórios legislativos, etc.) que tivessem ligação com as autoridades administrativas independentes encontrariam uma finalização em sessão pública.³⁴³

Ainda no mesmo estudo, o autor defende a apresentação de um relatório por um dos membros da respectiva comissão permanente.³⁴⁴

para assegurar a eficácia desse controle, cada comissão permanente, em seu domínio de competência, deveria designar em seu seio um membro encarregado de observar uma autoridade administrativa independente em particular a fim de endereçar um relatório a seus colegas sobre os diferentes aspectos de sua atividade e de sua gestão. Com um trabalho bem elaborado, o relator da comissão permanente poderia abrir o debate em sessão pública quando a autoridade administrativa independente que ele controlou fosse chamada a intervir.

Nota-se, por conseguinte, que o debate ainda perdura no interior do Senado, o que evidencia que as sugestões de controle ainda não foram perfeitamente implementadas: das 42 autoridades administrativas independentes, seis não são submetidas à obrigação legal de entrega de um relatório anual, enquanto outras dez não possuem o dever de endereçá-lo ao Parlamento; outrossim, verifica-se que não há uma harmonização do conteúdo que nele deve constar. Persiste a ideia, assim, de que “o relatório anual progressivamente se desviou de sua finalidade,” sendo visto, por algumas autoridades administrativas independentes, como mera “ferramenta de comunicação.”³⁴⁵

Há de se considerar, contudo, que o suposto desvio das funções a serem desempenhadas pelo relatório anual talvez não seja fruto de contingências, mas

³⁴³ MÉZARD, 2015, p.87-88.

³⁴⁴ MÉZARD, 2015, p. 88.

³⁴⁵ MÉZARD, 2015, p. 87.

consequência da inadequação desse meio para a consecução dos fins almejados. Nesse sentido, Émilie Debaets diz que embora um relatório de informação constitua um “meio de autolegitimação, ele é pouco propício à exposição das dificuldades estruturais da respectiva instituição.”

Portanto, é perceptível que “entre os dois extremos que são a simples informação do Parlamento sobre a atividade das AAI e a possibilidade de destituição destas, um controle mediano ainda é procurado”. De todo modo, é certo que medidas coercitivas não são conforme à ideia de independência dessas instituições, de tal sorte que o controle democrático pelo Parlamento deve se restringir à notificação de observações,³⁴⁶ as quais, ainda que não cogentes, incitariam as autoridades independentes a apresentarem, no exercício seguinte, os motivos de sua eventual não observância.³⁴⁷

Por fim, cumpre destacar as particularidades das agências reguladoras brasileiras nessa matéria. Também preocupado com o controle democrático dessas instituições, o legislador brasileiro as dotou de consideráveis mecanismos de participação popular, os quais permitem a realização de audiências e consultas públicas, muitas delas se configurando como condição prévia obrigatória a uma tomada de decisão ou edição de ato normativo que venha a afetar direitos dos agentes econômicos ou dos consumidores.³⁴⁸

Entretanto, mesmo sem desconsiderar a relevância do exercício da democracia direta para a legitimação dessas entidades, nada obsta que haja, em concomitância, o reforço do controle parlamentar, o qual aparenta relevante importância como medida de verificação *a posteriori* da gestão das agências, mormente no tocante a questões técnicas como a efetividade de sua regulação e o manejo de seus recursos financeiros. Não por acaso, uma das propostas do projeto de lei 52/2013 é justamente reforçar a atuação do Congresso, que, em conjunto com o Tribunal de Contas, será competente para a análise anual das contas das agências reguladoras.³⁴⁹

³⁴⁶ Estas notificações seriam fundamentadas pela função legislativa de avaliação das políticas públicas, cuja implementação no sistema jurídico francês deu-se pela revisão constitucional de 23 de junho de 2008. DEBAET, 2010.

³⁴⁷ DEBAET, 2010.

³⁴⁸ ARAGÃO, 2013, p. 470.

³⁴⁹ BRASIL, Senado. **Projeto de lei nº 52/2013.**

Conclusão

Ao longo deste trabalho analisei, em linhas gerais, a figura das autoridades administrativas independentes francesas, instituições análogas às agências reguladoras brasileiras. Discorri, primeiramente, sobre as circunstâncias que ensejaram o seu surgimento, constatando um desenvolvimento pragmático influenciado pela busca de órgãos técnicos e independentes da Administração central que se adequassem às mudanças sociais, bem como pela ascensão do neoliberalismo, que, reforçado pelas exigências normativas da União Europeia, culminou no processo de desestatização.

Em um segundo momento, investiguei a sua conceituação e natureza jurídica, percebendo que, à semelhança das agências reguladoras, a doutrina francesa as concebe como órgãos pertencentes à administração, mas com um forte grau de autonomia e especialização técnica. Destoa do instituto brasileiro, contudo, no que toca ao âmbito de sua atuação, porquanto, além do setor econômico, intervêm em qualquer domínio considerável sensível que requeira a tutela de liberdades públicas.

Posteriormente, perquiri acerca da composição e dos poderes dessas instituições; nessa senda, observamos que, em regra, elas se organizam de modo colegiado - dotando seus membros de garantias de estabilidade - e que seus poderes possuem dimensões variáveis, podendo englobar funções jurisdicionais, legislativas e executivas, o que gera preocupação em face do princípio da separação dos poderes. Não há, todavia, quem levante dúvidas sobre a importância de sua existência na estrutura jurídica da sociedade moderna.

Por último, apresentei alguns dos problemas contemporâneos das AAI, os quais se concentram, assim como no Brasil, na procura por mecanismos que reforcem a sua independência e seu controle democrático, além de se discutir sobre a necessidade de criação de um estatuto geral.

Por todo o exposto, se mostra perceptível que as instituições dos dois países têm alicerce em fundamentos similares, compartilhando das mesmas preocupações no que toca à importância de uma forte autonomia e de sua legitimidade jurídica/democrática. Não se pode inferir, todavia, que as autoridades administrativas independentes tenham de alguma forma influenciado na estruturação de nossas agências reguladoras, tampouco era objetivo deste trabalho analisar se eventuais

soluções jurídicas implementadas pelo ordenamento gaulês seriam bem sucedidas caso adaptadas ao sistema brasileiro.

Apesar disso, é possível constatar que em alguns aspectos os dois países evoluíram distintamente. Chama atenção, nesse ponto, as garantias de independência de cada ordenamento. No Brasil, por exemplo, a personalidade jurídica das agências é tida como fundamental para que se evite o risco de captura política. Na França, por outro lado, não só a existência de personalidade jurídica é irrelevante, como também a presença do Governo nas deliberações, a sua prerrogativa de solicitar nova votação e sua competência para homologar atos normativos não são vistos como empecilhos à imparcialidade e eficiência das AAI.

Em verdade, isso ocorre porque há um forte respeito às missões por elas desempenhadas, o que enseja o seu sucesso no arcabouço jurídico francês sem a necessidade de excessivas garantias normativas. Tal circunstância, aliás, não é exclusividade das autoridades independentes, mas inerente ao ordenamento daquele país. Podemos observá-la, por exemplo: **i)** na sua jurisdição administrativa, que mesmo integrando o Poder Executivo não tem questionada a sua independência; **ii)** nos membros do Conselho de Estado, que não possuem garantia legal de inamovibilidade e vitaliciedade, mas as têm asseguradas pela tradição; e **iii)** na figura de algumas instituições que, mesmo sem poderes decisórios, são consideradas como AAI por terem seus pareceres frequentemente respeitados.

Em sentido contrário, observa-se no Brasil uma tendência à hipernormatização. As proteções jurídicas outorgadas às agências reguladoras são elevadas se comparadas àquelas das AAI, mas mesmo assim não se mostram suficientes, pelo que intenta-se expandi-las. Outrossim, nossa própria carta Magna se mostra inflada de textos jurídicos pormenorizados, fruto do descrédito no Estado. Evidencia-se, assim, que o grau de confiança de uma sociedade em suas instituições reflete de modo inverso o número de previsões normativas necessárias para o seu bom funcionamento. Não se quer dizer, com isso, que um sistema seja melhor do que o outro, mas que, em razão das particularidades de cada país, exigem respostas diferentes a problemas semelhantes.

Referências

AGOSTINI, Eric. **Direito Comparado**. Tradução de Fernando Couto. Porto: Resjurídica.

AMF, Autorité des marchés financiers. Disponível em: <<http://www.amf-france.org/L-AMF/College/Presentation.html>> Acesso em 12 nov. 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

AUBY, Jean-Bernard. **Remarques terminales**. Revue Française de Droit Administratif. Paris: Dalloz, ano 26, n°5, set./out., 2010. Disponível em: <<http://www.dalloz.fr/documentation/lien?famille=revues&dochype=RFDA/CHRON/2010/0142>> Acesso em: 11 nov. 2016

AUTIN, Jean-Louis. **L'intervention des autorités administratives indépendantes**. Jurisclasseur Libertés. Lexisnexus, fascicule 300, 2009. Disponível em: <http://www.lexisnexus.fr/droit-document/fascicules/jcl-libertes/943_EG_LI0_438943CH_1_PRO_075677.htm#.WDXDWsfPR0> Acesso em: 11 nov. 2016.

_____. **Le devenir des autorités administratives indépendantes**. Revue Française de Droit Administratif. Paris: Dalloz, ano 26, n°5, set./out., 2010. Disponível em: <<http://www.dalloz.fr/documentation/lien?famille=revues&dochype=RFDA/CHRON/2010/0133>> Acesso em 11 nov. 2016

AUTIN, Jean-Louis; BREEN, Emmanuel. **Autorités administratives indépendantes**. Jurisclasseur Administratif. Lexisnexus, fascicule 75, 2010. Disponível em: <http://www.lexisnexus.fr/droit-document/fascicules/jcl-administratif/433_EG_ADO_463433CH_1_PRO_074992.htm#.WDXEkMfcPR0> Acesso em: 11 nov. 2016.

BAGATIN, Andreia Cristina. **Captura das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARBERIS, Mauro. **Le futur passé de la separation des pouvoirs**. Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques, n°143, nov. 2012. Disponível em: <<http://www.revue-pouvoirs.fr/Le-futur-passe-de-la-separation.html>> Acesso em: 11 nov. 2016.

BAUME, Sandrine; FONTANA, Biancamaria. **Les usages de la séparation des pouvoirs**. Paris: Michel Houdiard, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BOUSTA, Rhita. **Contribution à une définition de l'Ombudsman**. Revue française d'administration publique. Paris: ENA, n° 123, mar. 2007

BRANCHE-COHEN, Marielle. **La problématique de la répartition du contentieux entre les deux ordres au travers de l'exemple de l'Autorité des marchés financiers**. Revue Française de Droit Administratif. Paris: Dalloz, ano 26, n°5, set./out., 2010. Disponível em: <<http://www.dalloz.fr/documentation/lien?famille=revues&doctype=RFDA/CHRON/2010/0138>> Acesso em: 11 nov. 2016

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. In **VADE MECUM COMPACTO**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2016

_____. **Lei 10871/2004**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/l10.871.htm> Acesso em: 11 nov. 2016.

CASARIL, Agenor. **A pessoa humana como centro e fim do direito**. Disponível em: <http://www.academus.pro.br/implementos/artigos/visualiza_arquivo.asp?nome=A%20pessoa%20humana_Casaril.doc&codigo=1302>. Acesso em: 11 nov. 2016

CHANTEBOUT, Bernard. **Droit Constitutionnel**. 13.ed. Paris: Armand Colin, 1996.

CHAPUS, René. **Droit Administratif Général**. 13.ed. Paris: Montchrestien, 1999, tomo I.

CHEVALIER, Jacques. **Le statut des autorités administratives indépendantes : harmonisation ou diversification?** Revue Française de Droit Administratif. Paris: Dalloz, ano 26, n°5, set./out., 2010. Disponível em: <<http://www.dalloz.fr/documentation/lien?famille=revues&doctype=RFDA/CHRON/2010/0136>> Acesso em: 11 nov. 2016.

_____. **Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes**. La Semaine juridique. Édition générale n° 30. ago., 1986. Disponível em <http://www.lexisnexis.fr/droit-document/article/la-semaine-juridique-edition-generale/30-1986/008_PS_SJG_SJG8630CM00008.htm#.WDXFncfcPR0> Acesso em: 11 nov. 2016.

COLLIARD, Claude-Albert; TIMSIT, Gérard. **Les autorités administratives indépendantes**. Paris: PUF, 1988.

Commission administrative d'accès aux documents. Disponível em: <<http://www.cada.fr/composition,6076.html>> Acesso em: 12 nov. de 2016.

Commission de sécurité des consommateurs. Disponível em: <<http://www.securiteconso.org/la-csc/composition>> Acesso em: 12 nov. de 2016.

CORNU, Gérard. **Vocabulaire Juridique**. 8.ed. Paris: PUF, 2007.

COUTO E SILVA, Almiro do. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

COUTURE, Eduardo. **Jornadas de Derecho Comparado**. Montevideo: Centro de Estudios de Derecho Comparado. set./out. 1954, p. 38.

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

DANTAS, F. C. San Tiago. Poder regulamentar das autarquias. In **Problemas de Direito Positivo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DAUTRY, Philippe. **Les autorités administratives indépendantes : un nouvel objet d'évaluation parlementaire**. Revue Française de Droit Administratif. Paris: Dalloz, ano 26, nº5, set./out., 2010. Disponível em: <<http://www.dalloz.fr/documentation/lien?famille=revues&doctype=RFDA/CHRON/2010/0134>> Acesso em: 11 nov. 2016.

DEBAET, Emilie. **Les autorités administratives indépendantes et le principe démocratique: recherches sur le concept d'indépendance**. México: 8º Congresso mundial da Associação internacional de Direito Constitucional, 6-10 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/14/254.pdf>> Acesso em: 25 ago. 2016.

EISENMANN, Charles. L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs. In **Mélanges Carré dealberg**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1933.

FRANCE, Conseil Constitutionnel. **Decisão nº86-217 DC**, 18 set. 1986.

_____. Conseil Constitutionnel. **Decisão nº 84-173 DC**, 28 jul. 1984.

_____. Conseil Constitutionnel. **Decisão nº 86-217 DC**, 18 set. 1986.

_____. Conseil Constitutionnel. **Decisão nº 88-248 DC**, 17 jan. 1989.

_____. Conseil Constitutionnel. **Decisão nº 86-248 DC**, 17 jan. 1986.

_____. Conseil Constitutionnel. **Decisão nº 248 DC, considerando nº 32**, 18 jan. 1989.

_____. Conseil Constitutionnel. **Decisão nº 260 DC**, 28 jul. 1989.

_____. Conseil d'Etat. **Rapport public 2001, Les autorités administratives indépendantes**. Paris: La documentation française, 2001.

_____. Conseil d'Etat. **Arrêt De Bayo**, 12 dez. 1954.

_____. Conseil d'Etat. **Arrêt Didier**, 3 dez. 1999.

_____. Conseil d'Etat. **Arrêt Ordonneau**, 7 jul. 1989.

_____. **Constitution de la République Française**. Disponível em <<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>> Acesso em: 12 nov. de 2016.

FRIER, Pierre-Laurent. **Précis de droit administratif**. 3.ed. Paris: Montchrestien, 2004.

GÉLARD, Patrice; FRANCE, Office parlementaire pour l'évaluation de la législation; **Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié**. Assemblée nationale n° 3166/Sénat n° 404, 2006, tomo 1 - rapport.

_____. **Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié**. Assemblée nationale n° 3166/Sénat n° 404, 2006, tomo 2 - anexos.

GÉLARD, Patrice; SÉNAT, Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale. **Autorités administratives indépendantes - 2006-2014 : un bilan**. Sénat N° 616, 2014.

GENTOT, Michel. **Les autorités administratives indépendantes**. Paris: Montchrestien, 1991.

GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Pubblico dell'Economia**. 2.ed. Mulino, 1995

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri, SP: Manole, 2004.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Agências reguladoras: a 'metamorfose' do Estado e da democracia: uma reflexão de Direito Constitucional e Com-parado**. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. XI, 2002.

GUÉDON, Marie-José. **Les autorités administratives indépendantes**. Paris: L.G.D.J., 1991.

HCERS, Haut conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur. Disponível em: <<http://www.hceres.fr/PRESENTATION/Conseil-du-HCERES>> Acesso em: 12 de nov. 2016.

IDOUX, Pascale. **Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales**. Revue Française de Droit Administratif. Paris: Dalloz, ano 26, n°5, set./out., 2010. Disponível em: <<http://www.dalloz.fr/documentation/lien?famille=revues&doctype=RFDA/CHRON/2010/0141>> Acesso em: 11 nov. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

LAMANDA, VICENT. **L'essentiel**. Revue Française de Droit Administratif. Paris: Dalloz, ano 26, n°5, set./out., 2010. Disponível em: <<http://www.dalloz.fr/documentation/lien?famille=revues&doctype=RFDA/CHRON/2010/0132>> Acesso em: 11 nov. 2016.

LEGIFRANCE, le service public de la diffusion du droit. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/Sites/Autorites-independantes> Acesso em: 12 jun. 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Parecer: Aspectos jurídicos do exercício do poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica.** Revista de Direito Administrativo. São Paulo: FGV, v. 221, jul./set. 2000.

MASSOT, Jean. **La répartition du contentieux entre les deux ordres.** Revue Française de Droit Administratif. Paris: Dalloz, ano 26, n°5, set./out., 2010.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Importância do Direito Administrativo Comparado.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 212, abr./jun. 1998.

MENEZES, Roberta Fragoso de Medeiros. **As agências reguladoras no direito brasileiro.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, v. 227, jan./mar. 2002.

MÉZARD, Jacques; SÉNAT, Commission d'enquête. **Un Etat dans l'Etat : canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler (compte rendu des commissions).** Sénat n° 126, 2015, tomo 1 - rapport.

MORAND, Charles-Albert. **Le Droit Néo-Moderne des Politiques Publiques.** Paris: L.G.D.J., 1999.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Agências Administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v.218, out./dez., 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A Independência das Agências reguladoras.** Boletim de Direito administrativo. São Paulo: NDJ, v. 16, n° 6, jun. 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Consideraciones sobre la Participación en el derecho Comparado Brasil-España.** Revista de Administración Pública. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, vol. 152, mai./ago. 2000.

MOREIRA, Vital. **Administração Autônoma e Associações Públicas.** Coimbra: Editora Coimbra, 1997.

NÉRI, Alain; Commission des affaires culturelles. **Rapport sur le projet de loi relatif à la protection de la santé des sportifs et à la lutte contre le dopage.** Assemblée nationale, n° 941, 1998.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua Recepção pelo Direito Brasileiro.** Revista da EMERJ. Rio de Janeiro, v. 12, n° 47, 2009.

OTERO, Paulo. **Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado.** Coimbra: Coimbra, 1998.

OVÍDIO, Francisco. **Aspectos do Direito Comparado**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 79, jan. 1984.

PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. **Agências Reguladoras: Origem e natureza jurídica**. Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo. vol. 6, nov/2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 9, fev./mar./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

PIMENTEL, Carlos Miguel. **Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique?** Pouvoirs: revue française d'études constitutionnelles et politiques. n°102. Disponível em: <<http://www.revue-pouvoirs.fr/Chronique-Le-sanctuaire-vide-la.html>> Acesso em: 11 nov. 2016.

PIWNICA, Emmanuel. **La dévolution aux autorités administratives indépendantes d'un pouvoir de sanction**. Revue Française de Droit Administratif. Paris: Dalloz, ano 26, n°5, set./out., 2010. Disponível em: <<http://www.dalloz.fr/documentation/lien?famille=revues&dochype=RFDA/CHRON/2010/0140>> Acesso em: 11 nov. 2016.

ROSANVALLÓN, Pierre. **La legitimidade democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad**. Buenos Aires: Manatía, 2009.

ROUYÈRE, Aude. **La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes : quelle signification?** Revue Française de Droit Administratif. Paris: Dalloz, ano 26, n°5, set./out., 2010. Disponível em: <<http://www.dalloz.fr/documentation/lien?famille=revues&dochype=RFDA/CHRON/2010/0135>> Acesso em: 11 nov. 2016.

SABOURIN, Paul. **Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle?** Actualité juridique. Droit administratif (AJDA). Paris: Dalloz, ano 39, n°5, maio 1983.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

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

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências Reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de (org). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Ed. Renovar, 1993.

UNION EUROPÉENNE, Cour de Justice de L'Union européenne. **Arrêt Taillandier**, 27 out. 1993, *affaire C-92/91*.

VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit administratif**. Paris: PUF, 1990, tomo 2.

VIE PUBLIC, au coeur du débat public. Disponível em: <<http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/administration/action/voies-moyens-action/qu-est-ce-qu-arrete.html>> Acesso em 12 nov. 2016.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel. **Agências reguladoras**. Revista de Informação Legislativa, v. 36, n° 141, jan./mar. 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Le Droit em Douceur – Il Diritto Mite**. Ed. Econômica, Paris, 2000, trad. Michel Leroy

ZILLER, Jacques. **Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l'Union européenne**. Revue Française de Droit Administratif. Paris: Dalloz, ano 26, n°5, set./out., 2010. Disponível em: <<http://www.dalloz.fr/documentation/lien?famille=revues&doctype=RFDA/CHRON/2010/0137>> Acesso em 11 nov. 2016.