

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

CAINÃ SACARDI GUEDES

INFLUÊNCIAS POLÍTICO-PARTIDÁRIAS NAS AGÊNCIAS REGULADORAS

PORTO ALEGRE

2018

CAINÃ SACARDI GUEDES

INFLUÊNCIAS POLÍTICO-PARTIDÁRIAS NAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Rafael da Cás Maffini

PORTO ALEGRE

2018

CAINÃ SACARDI GUEDES

INFLUÊNCIAS POLÍTICO-PARTIDÁRIAS NAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em: ____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Alessandro Geremia

Prof. Juliano Heinen

Prof. Rafael da Cás Maffini (orientador)

Dedico este trabalho às pessoas que tive a sorte de conhecer em razão da graduação.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Ieda e João, que me deram, além do sustento, condições para encarar o mundo da minha forma, a qual, muitas vezes, não apresenta caminhos fáceis e também, eu sei, causa aflição a esses que estão, e sempre estarão, na minha “plateia”. Em especial, a minha mãe por tudo que passamos e por ter se doado a mim de maneira incalculável.

Aos meus pais de coração, Giovanni e Luiz Carlos, por terem cumprido papel essencial em minha vida, servindo, sempre, como exemplos a serem seguidos.

À minha família, como um todo, pelo amor e pelo carinho oferecidos de forma totalmente despreziosa, sendo essa uma característica ímpar que distingui os verdadeiros laços familiares (os quais vão muito além de duplas-hélices e de formalidades ultrapassadas).

Aos meus inestimáveis amigos, não apenas pelo fato de terem me dado forças, direta ou indiretamente, para seguir em frente mesmo quando o fardo era quase insuportável, mas também por darem sentido a minha caminhada.

“Olhou para o rosto descomunal. Quarenta anos haviam sido necessários para que ele descobrisse que tipo de sorriso se escondia debaixo do bigode negro. Ah, que mal-entendido cruel e desnecessário! Ah, que obstinado autoexílio do peito amoroso! Duas lágrimas recendendo a gim correram-lhe pelas laterais do nariz. Mas estava tudo bem, estava tudo certo, a batalha chegara ao fim. Ele conquistara a vitória sobre si mesmo. Winston amava o Grande Irmão.”

(George Orwell)

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de demonstrar a incompatibilidade da total submissão da atividade regulatória em face do poder político-partidário em atividade. Busca-se, assim, expor os motivos pelos quais as agências reguladoras devem possuir mecanismos aptos a mantê-las a uma distância segura do governo, situação que não enseja a ideia de que tais entidades devem ser imunes a ingerências políticas, ou seja, explana-se que tais influências devem ser filtradas, para que não haja o comprometimento do exercício adequado de suas funções, a fim de que o setor regulado e, portanto, a sociedade como um todo não sejam prejudicados por questões inerentes ao jogo político. Para isso, foram abordadas as condições que deram vez à criação das agências reguladoras, tanto no Brasil quanto no mundo, para tornar possível o vislumbre acerca do porquê de suas finalidades. A partir disso, trata-se das razões de se adotar tal modelo, isto é, das vantagens de utilizar tal modelo em detrimento da forma clássica adotada outrora pelo Estado. Parte-se, então, para a relação entre o poder político-partidário e as agências reguladoras, ressaltando os malefícios que são causados quando essa conexão torna-se dissonante daquilo que deveria ser. Assim, versa-se acerca dos mecanismos que permitem ao regulador manter sua independência frente àqueles que podem interferir indevidamente nas ações da instituição. Por fim, traz-se à tona a questão da regulação frente à democracia, ressaltando que tal tema deve ser, sem dúvidas, discutido, mas que não há possibilidade de tal ponto servir como argumento para que haja maior ingerência política na atividade regulatória. Dessa forma, entende-se que a dita “autonomia reforçada” das agências reguladoras está em consonância com os objetivos maiores adotados pelo Estado a partir da mudança paradigmática sofrida por este em razão da necessidade de sair de um modo de atuação centralizador para um modelo regulador.

Palavras-chave: Agências reguladoras. Poder político-partidário. Estado regulador. Autonomia reforçada. Democracia.

ABSTRACT

The present work has the objective of demonstrating the incompatibility of the total submission of the regulatory activity before the active political-partisan power. The purpose is to explain why the regulatory agencies must have mechanisms to keep them at a safe distance from the government, which does not imply the idea that such entities should be immune to political interference. It is explained that such influences must be filtered so as not to compromise the proper exercise of their functions so that the regulated sector and the society as a whole are not harmed by issues inherent to the political game. For this, the conditions that gave rise to the creation of regulatory agencies, both in Brazil and in the world, were approached to make it possible to glimpse the reason for its functions. From this, the reasons for adopting such a model are treated, that is, the work addresses the advantages of using such a model to the detriment of the classical form adopted by the State. It starts with the relationship between party-political power and regulatory agencies, highlighting the problems that are caused when this connection becomes dissonant of what it should be. Thus, the work talks about the mechanisms that allow the regulator to maintain his independence in front of those that can interfere unduly in the actions of the institution. Finally, the question of regulation towards democracy is raised, emphasizing that such a topic must undoubtedly be discussed, but that there is no possibility of such a point being used as an argument for greater political interference in regulatory activity. So, it is understood that the so-called "enhanced autonomy" of the regulatory agencies agrees with the greater objectives adopted by the State, based on the paradigmatic change it underwent due to the need to move from a centralizing mode of operation to a regulatory model.

Keywords: Regulatory agencies. Political-party power. Regulatory State. Autonomy. Democracy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA ACERCA DA FUNÇÃO REGULATÓRIA DO ESTADO E DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO ORDENAMENTO PÁTRIO	11
2.1 A ATIVIDADE REGULATÓRIA DO ESTADO E O SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	11
2.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS E SUAS FUNÇÕES	19
2.2.1 Principais características	19
2.2.2 Funções.....	21
2.3 INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS COMO FORMA DE VIABILIZAR O IDEAL CUMPRIMENTO DE SUAS FUNÇÕES.....	25
3 A QUESTÃO DA INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FRENTE AO PODER POLÍTICO-PARTIDÁRIO	29
3.1 INTERVENÇÃO DO PODER POLÍTICO-PARTIDÁRIO NAS AGÊNCIA REGULADORAS.....	30
3.2 MECANISMOS PARA PROTEÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FRENTE AOS INFLUXOS INDEVIDOS DOS PODERES POLÍTICOS	35
3.2.1 Pressupostos – autonomias financeira e orçamentária	35
3.2.2 Nomeação e exoneração de dirigentes	37
3.2.3 Não cabimento de revisão das decisões das agências reguladoras por órgãos da administração central	41
3.3 O PROBLEMA DO DÉFICIT DEMOCRÁTICO.....	43
4 CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS.....	49

1 INTRODUÇÃO

As agências reguladoras – “ferramentas” estatais relativamente novas em nosso ordenamento pátrio – desempenham papel fundamental no mercado desde a mudança paradigmática sofrida pelo Estado, o qual passou a adotar uma postura tendente à descentralização e à especialização em razão da complexidade assumida pelos fenômenos econômicos, isto é, tornou-se um Estado gerencial e regulador.

Tal complexidade, trazida pela natural evolução da sociedade, exigiu, conforme mencionado, que o Estado brasileiro se adaptasse, perdendo, assim, sua característica centralizadora. A ramificação de seu controle foi a forma encontrada para que o caráter multifacetado e profundo de questões sociais e políticas fosse devidamente assimilado.

Dentro desse contexto, ocorreu o surgimento, com inspiração no modelo estadunidense, das agências reguladoras, autarquias especiais pertencentes à administração indireta que visam a regular a execução e a promover o desenvolvimento dos serviços de interesse público.

Essas entidades dispõem de poderes normativos, fiscalizatórios e sancionatórios para que possam alcançar seus objetivos. Certamente, precisam, também, dispor de certas premissas fundamentais para que o uso de seus instrumentos seja adequado. Nesse mister, um dos pontos cruciais diz respeito à autonomia de que devem gozar com relação às influências político-partidárias.

No presente trabalho, versar-se-á no sentido de que a independência e a imparcialidade são imprescindíveis para que as agências reguladoras possam exercer suas atividades de acordo com os seus propósitos, tratando, assim, acerca de suas relações com influências externas indevidas.

Em um primeiro momento, expor-se-á a guinada paradigmática estatal – a passagem do Estado centralizador para o Estado regulador – que deu ensejo à criação das instituições ora em comento, ressaltando-se as experiências norte-americanas – por ter sido o berço das agências reguladoras – e europeia – por possuir uma estrutura administrativa similar à brasileira em termos de pujança. Na sequência, tratar-se-á,

efetivamente, do surgimento das entidades no cenário brasileiro, especificando-se, brevemente, as principais agências reguladoras do país.

Após essa sucinta contextualização, exibir-se-ão as características inerentes a tais instituições sob a ótica do ordenamento pátrio, bem como as funções legalmente atribuídas a elas: normativa, fiscalizatória, sancionatória e julgadora. Com isso, poder-se-á entrar no mérito da necessidade de independência, para que tais funções sejam exercidas com vistas a cumprir adequadamente as suas verdadeiras finalidades.

Com isso, adentrar-se-á na questão da influência do poder político-partidário nas agências reguladoras quando da execução das atividades destas, explorando-se os malefícios causados por tais influxos no que diz respeito à regulação da economia. Depois, explicitar-se-ão os mecanismos legalmente previstos para barrar as interferências indevidas de tal poder. Por fim, abordar-se-á a relação entre as entidades reguladoras e a democracia, com vistas a legitimar aquelas frente a esta.

2 BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA ACERCA DA FUNÇÃO REGULATÓRIA DO ESTADO E DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO ORDENAMENTO PÁTRIO

No presente capítulo, examinar-se-á a ascensão do Estado como um agente regulador e o surgimento das agências reguladoras como forma de pôr em prática a nova estratégia de atuação estatal sobre a economia.

Em um segundo momento, far-se-á a inserção do tema no contexto brasileiro, analisando-se as agências reguladoras sob a perspectiva do ordenamento pátrio, para que seja possível a compreensão do atual cenário no qual o tema do presente trabalho encontra-se inserido.

2.1 A ATIVIDADE REGULATÓRIA DO ESTADO E O SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Após a superação da concepção clássica de Estado liberal, com a conseqüente chegada do Estado de bem-estar (*welfare state*), o qual se caracterizou pelo aumento exponencial da máquina pública devido à conseqüente intervenção direta na economia, os gastos e a demanda por especialização foram, naturalmente, aumentando, já que a sociedade tornava-se, cada vez mais, deveras labiríntica. Tal situação deu ensejo ao surgimento de um novo modelo: o Estado regulador.

Não há dúvidas de que o Estado assumiu uma postura descentralizadora para que as peculiaridades postas pelo dinamismo da realidade socioeconômica atual fossem devidamente assimiladas por ele. Como bem ilustrado por Sérgio Guerra:

O monismo do “Estado decimonónico” assentava-se sobre uma estrutura jurídica, social e política favorecida por uma nítida concepção de soberania e certa homogeneidade cultural. Contemporaneamente, e bem ao contrário, assiste-se à relativização da noção de soberania e a fenômenos como o multiculturalismo, que, em ambos os casos, reclamam normas de estrutura preparadas para a transação e a argumentação em sociedades abertas e plurais.¹

Nesse contexto, houve a transferência do protagonismo a particulares no que diz respeito ao desempenho de uma gama de encargos, os quais eram exercidos

¹ GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, Regulação e Reflexividade**: Uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

exclusivamente no âmbito da administração pública. Com esse rearranjo estratégico da localização do Estado na economia, houve a ampliação dos poderes regulatórios, situação que culminou na criação das agências reguladoras.

O surgimento de tais agências se deu nos Estados Unidos da América, ao término do século XIX, mas elas só se tornaram efetivamente sólidas com a implantação do programa New Deal, de Franklin D. Roosevelt, que tinha por intuito a recuperação econômica do país após a falência – que atingiu seu ponto crucial no *crack* de 1929 – do modelo liberal clássico.

Essa nova forma regulatória cunhada pelos norte-americanos serviu de inspiração para diversos países, principalmente em consequência da globalização. Tal fenômeno é conhecido, hoje, como *agencification*.

Deve-se salientar, no entanto, que as matizes estruturais de cada Estado influenciam diretamente nas características das agências reguladoras. A experiência europeia, por exemplo, deu-se em um contexto diferente: enquanto, nos Estados Unidos da América, as agências surgiram como forma de viabilizar a ingerência do poder público no mercado, já que a “mão invisível” não se provou suficiente, nos países europeus elas irromperam como uma maneira de os Estados reduzirem sua intervenção direta na economia.²

Na Europa, a administração pública tem uma composição robusta e complexa, compreendendo vários órgãos, para que possa realizar as atividades às quais se propõe. Nos Estados Unidos, por sua vez, ela é descentralizada e enxuta, resumindo-se a agências que possuem as mais diversas funções.³

Assim, no final do século XX, vários países europeus passaram pelo movimento chamado de *desregulation*, momento em que a retirada estratégica do poder público no que diz respeito à intervenção direta em certos pontos da economia deu espaço para a criação das agências reguladoras.

² BAGATIN, Andreia Cristina. **Captura Das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 8-13.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. pp. 51-60.

Sem se descartar a ideia de que o Brasil recebeu forte influência do modelo americano, em razão, logicamente, de este ter sido o gerador das entidades ora tratadas, resta claro que as máquinas públicas de ambos os países são completamente diferentes. Dessa forma, entende-se que o movimento que deu ensejo ao surgimento das agências reguladoras propriamente ditas em nosso país se deu em consonância com aquele ocorrido na Europa.

Em meados de 1990, o Brasil, que vivia uma instabilidade institucional em larga escala – consequência direta da hiperinflação aliada aos inúmeros planos econômicos que tentavam dar conta do problema –, teve que passar por uma série de reformas estruturais enquanto lidava com a insistente instabilidade da moeda.

Dentro desse contexto, surgiram as privatizações, as quais foram trazidas à baila sob os argumentos de redução da dívida pública, aumento da eficiência microeconômica das empresas, incremento da concorrência e uma série de outros predicados igualmente nobres.⁴ É certo que lança-se mão desse expediente para, ao menos no plano teórico, aumentar o grau de eficiência e de competitividade no bojo das atividades visadas, mas, no Brasil, o ponto “finanças públicas” foi o dominante.

Assim, o Programa Nacional de Desestatização (PND), Lei 8.031/90,⁵ foi criado no período Collor, tendo o escopo de diminuir a participação estatal direta na economia e reduzir o gritante *déficit* público. O programa, aliado às diversas alterações legislativas feitas para adequá-lo às novas ações de desestatização, conseguiu amenizar a presença do Estado no campo econômico. As Emendas Constitucionais de nº. 5 a 9 surgiram com o intuito de adaptar nosso ordenamento ao planejamento. Em razão das incontáveis alterações sofridas pela Lei 8.031/90, em setembro de 1997, foi sancionada a Lei 9.491/97⁶ para substituí-la. O artigo 1º desta lei dá as diretrizes gerais:

⁴ MOLL, Luiza Helena. **Agências de Regulação do Mercado**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2002. p. 49.

⁵ BRASIL. Lei Ordinária nº 8.031, de 12 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8031.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

⁶ BRASIL. Lei Ordinária nº 9.491, de 09 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9491.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

Art. 1º O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais:

I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;

III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;

V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

Tal foi o cenário para a criação das agências reguladoras no país. Deve-se, no entanto, ser feita uma ressalva neste ponto. Conforme prudentemente lembrado por Alexandre Santos de Aragão:

É comum associar-se o surgimento das agências reguladoras ao movimento de desestatização verificado no Brasil principalmente a partir da década de noventa. Todavia, antes das agências reguladoras independentes que começaram a ser criadas no bojo do Programa Nacional de Desestatização – PND, já havia sido criada uma série de órgãos e entidades reguladoras, tais como o Conselho Monetário Nacional – CMN, o Banco Central do Brasil, o Instituto do Alcool e do Açúcar – IAA, o Instituto Brasileiro do Café – IBC e a Comissão de Valores Mobiliários- CVM.⁷

Ainda assim, destaca que:

Nenhum deles, contudo, tinha ou tem o perfil de independência frente ao Poder Executivo afirmado pelas recentes leis criadoras das agências reguladoras e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF.⁸

Tendo isso em vista, o surgimento das agências deu-se nesse momento de redefinição do papel do Estado, que passa a atuar como coordenador do desenvolvimento social e econômico, deixando, assim, de ser o responsável direto

⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras: e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 272.

⁸ *Ibidem*.

pela produção de bens e serviços. Aqui, também há importante ressalva a ser feita no que diz respeito à relação das agências reguladoras com os serviços públicos.

Em um primeiro momento, não há dúvidas de que tais entes foram criados especificamente para regular serviços de ordem pública. Ocorre que, após isso, começaram a surgir novas agências, em razão da preocupação com a regulação de serviços que possuem sensibilidade especial em relação à coletividade. Certamente, nem todas as atividades de “interesse geral” podem ser consideradas serviços públicos, apesar de todos os serviços públicos fazerem parte desse grupo. Nas palavras de Luiza Helena Moll:

Há, portanto, exigências sociais e políticas, originadas da diluição do papel do Estado como provedor exclusivo de serviços públicos. Ao mesmo tempo, há significativa tentativa de regular atividades produtivas de interesse público – caso da vigilância sanitária e da saúde suplementar. Inicialmente, porém, sua utilização será voltada ao controle dos concessionários de serviço público.⁹

Tal foi o cenário que deu ensejo ao surgimento das agências reguladoras.

A seguir, expor-se-á, brevemente e a título ilustrativo, as instituições de regulação, criadas em função da já mencionada guinada institucional, que atuam no plano federal.

A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) foi criada pela Lei 9.427¹⁰. Competem a ela algumas funções inerentes ao Poder Concedente no que diz respeito aos serviços públicos de energia elétrica e ao uso de potenciais de energia elétrica. Cabe a ela também, mediante delegação expressa do Ministério de Minas e Energia, outorgar concessões e permissões de serviços de energia elétrica.

A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) foi criada pela Lei 9.472/97¹¹. Certamente, é a agência com o arcabouço institucional mais apurado. Entre as suas competências, está a função de implementar a política nacional de

⁹ MOLL, Luiza Helena. *op. cit.*, p. 78.

¹⁰ BRASIL. Lei Ordinária nº 9.427, de 24 de outubro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Brasília. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9427cons.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

¹¹ BRASIL. Lei Ordinária nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

telecomunicações, exercer as funções de Poder Concedente no setor, normatizar a outorga de serviços no regime público e a prestação de serviços no regime privado, definir os equipamentos utilizados pelas prestadoras de serviços de telecomunicações e expedir normas que assegurem a interconexão entre as redes para garantir a concorrência no setor.

A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) foi criada pela Lei 9.478/97¹². Compete a ela a implementação das políticas públicas gerais do setor, expedição de normas e execução de atos concretos para consolidá-las, com algumas ressalvas, já que a lei confere ao Presidente da República algumas competências que, por questões estratégicas de Estado, não podem ficar a cargo da entidade, como, por exemplo, a definição dos critérios para o cálculo do valor dos *royalties*.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) foi criada pela Lei 9.782/99¹³. Aqui, o estabelecimento da política pública do setor é do Ministério da Saúde, por proposta da ANVISA. Ela tem amplas competências normativas e de poder de polícia, devendo utilizá-las em face de setores econômicos privados que geram potencial de risco à saúde pública, como os de medicamentos, tabaco, alimentos, bebidas, equipamentos de exames médicos etc.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) foi instituída pela Lei 9.961/00¹⁴. Ela regula os planos de saúde privados no que diz respeito ao registro e funcionamento destes, sempre levando em consideração, também, o que foi previsto pela Lei 9.656/98¹⁵ (que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde) e pelas políticas públicas traçadas pelo Conselho Nacional de Saúde

¹² BRASIL. Lei Ordinária nº 9.478, de 06 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9478.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

¹³ BRASIL. Lei Ordinária nº 9.782, de 24 de outubro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9782.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

¹⁴ BRASIL. Lei Ordinária nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9961.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

¹⁵ BRASIL. Lei Ordinária nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm>. Acesso em: 19 nov. 2018.

Complementar – CONSU (artigo 4^a, I, da Lei nº 9.961/00¹⁶). Para isso, possui à disposição densos poderes normativos e de polícia administrativa.

A Agência Nacional de Águas (ANA) foi criada pela Lei 9.984/00¹⁷, inserindo-se no Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Possui, se comparada às outras agências, o arcabouço institucional mais intrincado, em função da diversidade de órgãos e entidades envolvidas nesse setor, tais como órgãos e entidades federais, estaduais, municipais, governamentais, semigovernamentais e da sociedade civil. Compete a ela a supervisão da implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos. Para isso, tem competência para estabelecer normas de controle e avaliação dos seus instrumentos e as condições de operação de reservatórios por agentes públicos e privados. Por fim, cabe a ela outorgar, via autorização, o direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União.

A Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) foram criadas pela Lei 10.233/01¹⁸, tendo modelos e competências similares.

A ANTT atua no transporte ferroviário de passageiros e cargas ao longo do Sistema Nacional de Viação, na exploração da infraestrutura ferroviária e no arrendamento dos ativos operacionais correspondentes, no transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, no transporte rodoviário de cargas, na exploração da infraestrutura rodoviária federal, no transporte multimodal e no transporte de cargas especiais e perigosas em rodovias e ferrovias. Para exercer

¹⁶ Art. 4^o - Compete à ANS:

I - propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar - Consu para a regulação do setor de saúde suplementar.

¹⁷ BRASIL. Lei Ordinária nº 9.984, de 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e responsável pela instituição de normas de referência nacionais para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico. (Redação dada pela Medida Provisória nº 844, de 2018). Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9984.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

¹⁸ BRASIL. Lei Ordinária nº 10.233, de 05 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10233.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

essas competências, cabe à ANTT, de maneira geral, editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infraestrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre, elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e de terminais, entre outros.

A ANTAQ atua nas navegações fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso, nos portos organizados e nas instalações portuárias neles localizadas, nos terminais portuários privativos e nas Estações de Transbordo de Cargas, no transporte aquaviário de cargas especiais e perigosas, nas instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado, compreendendo as seguintes modalidades: terminal de uso privado, estação de transbordo de carga, instalação portuária pública de pequeno porte e instalação portuária de turismo, e, por fim, na exploração da infraestrutura aquaviária federal. Nesse campo de atuação, a ANTAQ deve elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, propor ao Ministério dos Transportes o plano geral de outorgas de exploração da infraestrutura aquaviária e de prestação de serviços de transporte aquaviário, entre outros.

A Agência Nacional do Cinema (ANCINE) foi criada pela Medida Provisória 2.219/01¹⁹. Tem como objetivos – os quais devem sempre estar alinhados com a política traçada pelo Conselho Superior do Cinema – o fomento, a regulação e a fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica. Para isso, estabelece normas de adaptação de obras cinematográficas ou videofonográficas publicitárias estrangeiras para que sejam divulgadas no país, promove a integração de atividades governamentais relacionadas à indústria cinematográfica e videofonográfica, entre outros. Com relação às demais agências, esta tem uma quantidade de competências propriamente regulatórias um tanto menor, possuindo, mormente, atribuições de fomento.

¹⁹ BRASIL. Medida Provisória nº 2.219, de 04 de setembro de 2001. Estabelece princípios gerais da Política Nacional do Cinema, cria o Conselho Superior do Cinema e a Agência Nacional do Cinema - ANCINE, institui o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Nacional - PRODECINE, autoriza a criação de Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional - FUNCINES, altera a legislação sobre a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2219.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) foi criada pela Lei 11.182²⁰. É a mais recente das agências reguladoras federais. Tem como competência regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, desenvolvendo-as e fomentando-as, sempre de acordo com as diretrizes dadas pelo governo federal. Cabe a ela, também, dentre outras atribuições, regular e fiscalizar a outorga de serviços aéreos. Vale salientar que, após os eventos que ficaram conhecidos como “caos aéreo”, foram submetidas à Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República algumas competências que, originariamente, eram da agência.

2.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS E SUAS FUNÇÕES

2.2.1 Principais características

As agências reguladoras são criadas por lei específica e funcionam como autarquias em regime especial, que possuem funções normativas, administrativas e pseudojurisdicionais, dispendo de relativa independência e autonomia no que diz respeito aos três poderes da República.

Os entes reguladores foram concebidos pela legislação federal entre as autarquias, as quais são integrantes da administração indireta. Assim, possuem personalidade de Direito Público, o que as concede autoridade pública. Para que pudessem cumprir suas finalidades peculiares, foram inseridas em regime especial.

O regime especial de funcionamento das autarquias que agem como agências reguladoras é caracterizado pelo grau de autonomia concedido a estas. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a independência relativa das agências dá-se da seguinte forma:

1º) independência política dos gestores, investidos de mandatos e com estabilidade nos cargos durante um termo fixo; 2º) independência técnica decisional, predominando as motivações apolíticas para seus atos, preferentemente sem recursos hierárquicos impróprios; 3º) independência

²⁰ BRASIL. Lei Ordinária nº 11.182, de 27 de setembro de 2005. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

normativa, necessária para o exercício de competência reguladora dos setores de atividades de interesse público a seu cargo; e 4º) independência gerencial orçamentária e financeira ampliada, inclusive com a atribuição legal de fonte de recursos próprios, como, por exemplo, as impropriamente denominadas taxas de fiscalização das entidades privadas executoras de serviços públicos sob contrato.²¹

A partir disso, deve-se entender que essa autonomia não é, de maneira alguma, absoluta. A autonomia que caracteriza, realmente, as agências reguladoras é aquela que se chama de “reforçada”.²² Acerca da diferença entre o conceito de autonomia e de soberania, Fezas Vital, citado na obra de Alexandre Aragão, leciona que a segunda é:

competência da competência, quer dizer, competência para marcar os limites da própria competência. E assim, se o poder político tiver competência para marcar os limites dos quais exercerá o seu poder de dar ordens, dir-se-á soberano; mas se os limites dentro dos quais exerce o seu poder de dar ordens forem marcados, não por ele próprio, mas por outro poder, então dir-se-á não soberano.²³

Verifica-se que tal característica pressupõe, de fato, um espaço específico para autodeterminação, mas possui, também, um conjunto de limitações que incidem de fora para dentro, ou seja, é restringida por influências externas e que estão fora de seu controle²⁴. Dessa forma, a autonomia diz respeito à liberdade de atuação nos limites conferidos pelo ordenamento jurídico.

Por fim, ressalta-se a especialização técnica inerente a tais entes em razão da necessidade de eficiência e racionalidade na administração pública. Essa característica é imprescindível para que a margem de discricionariedade concedida às agências seja legítima. É lógico que algo puramente técnico não é discricionário, mas tal individualidade válida, em boa medida, o poder normativo dos entes reguladores.

²¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 148 apud MENEZES, Fausto Bruno; AZEVEDO, Guilherme Augusto Barbosa de. *A Adoção das Agências Reguladoras no Brasil e a Inspiração no Direito Comparado. Publicações da Escola da AGU: 1º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamentals of US Law Course*, Brasília, v. 02, n. 13, p.175-193, nov. 2011. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/issue/view/67>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

²² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *op. cit.*, p. 333.

²³ VITAL, Fezas. *Direito Constitucional*. Lisboa, p. 391 apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras: e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 333.

²⁴ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 484.

2.2.2 Funções

São atribuídas às agências reguladoras diversas funções para que possam cumprir sua finalidade. As principais são: estabelecer normas, fiscalizar, aplicar sanções e julgar conflitos.

No que diz respeito à atividade normativa, deve-se esclarecer que essa é a função que realmente caracteriza as agências reguladoras; sem ela, qualquer ente regulador perderia sua identidade como tal. Por meio dessa competência, editam-se normas para regular os respectivos setores econômicos nos quais as agências estão inseridas. Os diplomas legais que criaram cada uma das agências reguladoras preveem essa função, que deve ser exercida sempre de acordo com a legalidade, isto é, as normas devem sempre estar de acordo com a legislação hierarquicamente superior.²⁵

Existe, na doutrina, conturbada discussão acerca da legitimidade das agências para normatizar. Para alguns doutrinadores, essa função estaria impossibilitada em razão do artigo 84, IV, da Constituição Federal²⁶, pois este determina que o chefe do Poder Executivo exercerá o poder regulamentar com exclusividade. Assim, essa parte da doutrina entende que a normatização pelos entes reguladores fere a legalidade e a separação de poderes. Entendem, ainda, que apenas a ANATEL e a ANP poderiam exercer essa função, já que suas criações estão previstas na Constituição Federal²⁷.

A outra parte que compõe a celeuma defende a legitimidade de tal poder, desde que ele seja exercido de acordo com os limites externos que incidem sobre ele. Alexandre de Aragão utiliza as lições de Carlos Ari Sundfeld para expor seu ponto:

(...) porque a adoção de um amplo sistema de regulamentos autônomos ou o controle da produção legislativa pelo Executivo não eliminou o Estado de Direito: ainda que a norma a aplicar (lei, regulamento, diretiva comunitária, não importa) não os favoreça ou induza, sua aplicação há de seguir um 'catálogo de mandamentos' que excluirá o arbítrio. (...) Em termos exclusivamente lógicos, o Estado de Direito pode prescindir da subordinação do ato administrativo à lei e do Executivo ao Legislativo. Basta preservar em

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 370.

²⁶ 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.

²⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasil, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25/10/2018.

vigor o dogma de que o ato da Administração não pode ser fruto do capricho (mesmo que não haja uma lei a sujeita-lo).²⁸

É a partir de tal perspectiva que essa parte da doutrina deseja que o poder normativo das agências reguladoras seja interpretado. Tal posição tem como fundamento o argumento de que a falta de velocidade do processo legislativo e a ausência de conhecimento técnico específico iriam diretamente de encontro à eficiência e à adequação necessárias às decisões que devem ser tomadas nessa seara.

No que diz respeito às atividades fiscalizatórias e sancionatórias, tais funções são atribuídas às agências reguladoras para que elas possam verificar se as normas específicas do respectivo setor econômico estão sendo devidamente cumpridas pelos agentes econômicos submetidos a elas e, quando não estiverem, aplicar as respectivas sanções administrativas para que tal atitude seja corrigida.

Exige-se que os agentes regulados pratiquem seus atos de acordo com a lei e que esses atos realmente produzam os efeitos esperados para que sejam considerados válidos, devendo os entes reguladores apurarem a falta de tais requisitos. Para isso, faz-se necessário que o instrumental fiscalizatório das agências esteja sempre de acordo com as especificidades e a complexidade oferecidas em seus campos de atuação. Sobre o fundamento da atividade fiscalizatória, Aragão leciona:

O fundamento da atividade fiscalizatória poderá, no entanto, variar segundo a agência seja (a) reguladora de serviço público, caso em que será um dever inerente ao Poder Concedente (b) reguladora da exploração privada de um monopólio ou bem público, quando o fundamento da fiscalização é contratual, ou (c) reguladora de atividade econômica privada, em que a natureza da fiscalização é oriunda do poder de polícia exercido pela agência, poder de polícia este que pode ser clássico ou econômico.²⁹

Não se pode esquecer que a atividade sancionatória mencionada decorre, certamente, de um processo administrativo prévio, no qual devem ser assegurados o contraditório e a ampla defesa à parte que, em tese, descumpriu algum preceito legal

²⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Org.). **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 167. apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras: e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 437.

²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *op. cit.*, p. 337.

ou contratual em face da administração pública³⁰. Além disso, toda sanção imposta deve respeitar os princípios da proporcionalidade e da finalidade, já que, em princípio, tal função serve como instrumento para conferir efetividade à função regulatória. Portanto, a punição, idealmente, deve manter adequação com o fim proposto.

Com exceção da Agência Nacional de Águas (ANA), todas as agências reguladoras têm em suas leis fundadoras alguma previsão expressa no que diz respeito à aplicação de sanções em caso de descumprimento de deveres pelo particular.

Com relação à atividade de julgar conflitos entre os delegatários, o Poder Concedente, a própria agência e os usuários, a competência das agências reguladoras no tocante a esse mister decorre da Lei 8.987/95³¹. As leis criadoras das agências preveem, também, tal competência.

Nesse ponto, importante lição é dada por Aragão:

O que deve ser destacado é que a função julgadora das agências reguladoras não é, a exemplo do que se dá quando exercida pelo Poder Judiciário, voltada para o passado, tendo, ao revés, um marcante caráter prospectivo de realização de políticas públicas cuja implementação lhes incumbe. E conseqüentemente, mais do que visar apenas à composição de determinado conflito *inter* partes, objetiva precipuamente a composição de latentes conflitos *inter* subsetoriais (ex.: entre determinadas categorias de consumidores, entre consumidores e concessionárias, entre estas e o Estado etc.)³²

Isso não quer dizer que as agências reguladoras devem, incessantemente, insistir que o conflito entre as partes submetidas a julgamento seja decidido de

³⁰ NEVES, Sérgio Luiz Barbosa. Limites à função sancionatória das Agências Reguladoras de serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, Florianópolis, v. 1, n. 2, p.103-119, jul. 2015. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/rdagp/search/search?query=Limites+%C3%A0+Fun%C3%A7%C3%A3o+Sancionat%C3%B3ria+das+Ag%C3%A2ncias+Reguladoras+de+Servi%C3%A7os+P%C3%BAblicos&authors=&title=&abstract=&galleyFullText=&suppFiles=&dateFromMonth=&dateFromDay=&dateFromYear=&dateToMonth=&dateToDay=&dateToYear=&dateToHour=23&dateToMinute=59&dateToSecond=59&discipline=&subject=&type=&coverage=&indexTerms=>>>. Acesso em: 25 out. 2018.

³¹ BRASIL. Lei Ordinária nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 25 out. 2018.

³² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *op. cit.*, p. 339.

maneira amigável, ou seja, quando tal solução se mostrar inviável, ou demasiadamente morosa, o órgão julgador não deve se furtar de tomar uma decisão.

O grande problema que vem sendo constatado a propósito disso diz respeito ao fato de certas entidades reguladoras não estarem punindo efetivamente os agentes regulados quando da reclamação de usuários de serviços públicos. Nesse aspecto, apenas têm sido encaminhadas as suas reclamações às concessionárias, medida que não tem, ou tem muito pouco, efeito prático, tornando ineficaz a reclamação à qual os usuários fazem jus.³³

Existe, hoje, na doutrina, discussão acerca da possibilidade da incidência do juízo arbitral para solucionar tais conflitos. Grande parte da doutrina entende que a adoção da mediação e da arbitragem daria efetividade à ação regulatória. Esse tema vem se desenvolvendo, e, recentemente, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, em sessão presencial da Audiência Pública nº 04/2018, propôs um procedimento escalonado de solução de controvérsias, que contempla uma etapa de mediação e outra de arbitragem, sendo que tal expediente seria aplicável tanto a contratos já existentes quanto a contratos futuros³⁴. Tal medida tem seguido a tendência vigente no meio, como, por exemplo:

Lei nº 13.129/2015, que alterou a Lei no 9.307/1996 (“Lei de Arbitragem”), incluindo redação expressa sobre a possibilidade de que a administração pública direta e indireta utilize a arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, conforme entendimento que já existia na doutrina e na jurisprudência;

Decreto nº 8.465/2015, que dispôs sobre os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário;

Lei nº 13.448/2017, que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de concessão (comum, patrocinada, administrativa ou regida por legislação setorial), permissão de serviço público, arrendamento de bem público, concessão de direito real e outros negócios público-privados semelhantes, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal.³⁵

³³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *op. cit.*, p. 339.

³⁴ LAGES, Ana Paula; BOSON, Maria Eduarda. Regulamentação da mediação e da arbitragem envolvendo Administração Pública: Proposta da ANTT é exemplo da tendência no setor público de regulamentação de meios extrajudiciais de solução de conflitos. Jota, São Paulo, jun. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/regulamentacao-da-mediacao-e-da-arbitragem-envolvendo-administracao-publica-07062018>>. Acesso em: 29 out. 2018.

³⁵ *Ibidem*.

Há, ainda, uma série de projetos em trâmite que tratam do tema, situação que indica que a orientação está ganhando espaço na administração pública, como pode ser observado:

PL 6814/2017, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, estabelecendo expressamente a possibilidade de inclusão de mecanismos de solução de controvérsias por arbitragem e mediação nos instrumentos convocatórios;

PL 622/2011, que, ao instituir o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, faz constar expressamente a possibilidade de utilização da arbitragem como método de resolução de controvérsias entre os acionistas da companhia;

PL 10061/2018, que possibilita a opção pela mediação ou pela arbitragem para a definição dos valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública. Com objetos bem semelhantes, existem também o PL 6905/2017 e o PLS 444/2013.³⁶

Assim, percebe-se que esse é um assunto que está em pauta e em gradual evolução no ordenamento pátrio.

2.3 INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS COMO FORMA DE VIABILIZAR O IDEAL CUMPRIMENTO DE SUAS FUNÇÕES

Primeiramente, cabe versar sobre aquilo que justamente foi tratado no início do trabalho: a complexidade assumida pela sociedade moderna e a necessidade de criar mecanismos capazes de ordená-la de forma racional e efetiva.

As agências reguladoras vão, oportunamente, ao encontro dessa aclamação social à medida que o processo decisório é simplificado e há a especialização técnica daqueles que participam da tomada dessas decisões, situação que permite não só uma maior celeridade, mas também uma maior adequação da atividade regulatória ao setor regulado.

Antes do advento do Estado regulatório, não havia imprescindibilidade de tal dinamicidade, de modo que o processo legislativo ordinário estava apto, em regra, a dar conta da organização das atividades privadas por meio de normas que continham

³⁶ LAGES, Ana Paula; BOSON, Maria Eduarda. Regulamentação da mediação e da arbitragem envolvendo Administração Pública: Proposta da ANTT é exemplo da tendência no setor público de regulamentação de meios extrajudiciais de solução de conflitos. Jota, São Paulo, jun. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/regulamentacao-da-mediacao-e-da-arbitragem-envolvendo-administracao-publica-07062018>>. Acesso em: 29 out. 2018.

diretrizes mais gerais, ficando a cargo do Executivo propriamente dito eventuais complementações que se fizessem necessárias³⁷.

Hoje, tal modelo de regulação estatal não possui mais lugar na sociedade, já que esta não pode ficar à mercê da demora inerente à produção legislativa, a qual, por sua vez, não tem o condão de dar conta dos incontáveis matizes que caracterizam os diversos setores da economia que necessitam de regulação. Nas palavras de Sérgio Guerra:

O Direito não pode ser reduzido a um simples produto da vontade normativa estatal. A lei não esgota o direito, pois a proteção dos valores inerentes ao homem depassa, de muito, o que se possa conter na legalidade estrita. A regra, como materialização da vontade geral, não obstante sua importância para regular situações simples e corriqueiras demandadas pela sociedade, e que requerem certa uniformidade, acaba, por vezes, sendo, nos casos complexos, um entrave à análise dos reais efeitos (eficiência, proporcionalidade etc.) e dos custos e benefícios da decisão estatal no caso concreto.³⁸

Outro elemento central a propósito da necessidade da independência das instituições reguladoras está nos critérios adotados para as tomadas de decisões. Como o agente regulador não está preso a compromissos eleitorais e setoriais, pode, e deve, partir de critérios científicos quando da sua atuação. Não há, ou melhor, não deve haver o temor de tomar decisões que possam ser vistas com maus olhos pelos grupos de pressão interessados na atividade.

É claro que, aqui, não se está defendendo a prevalência da tecnocracia sobre a democracia propriamente dita, mas decisões especificamente técnicas, que não deixam de ser, a bem da verdade, influenciadas por diretrizes ideológicas gerais emanadas pelos “líderes do povo”, não podem ser tomadas com fundamento em critérios eminentemente políticos. Assim, o medo da antipatia que as decisões podem causar nos grupos de pressão compromete a correta adequação do funcionamento do ente regulador. De acordo com a doutrina:

Espera-se que reguladores com baixa especialização e pouco conhecimento técnico sobre a área de atuação da agência sejam mais suscetíveis a pressões e mais dependentes de favores para buscar realocação ao fim de

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 361.

³⁸ GUERRA, Sérgio. *op. cit.*, pp. 180-181.

seus mandatos, acarretando resultados pouco eficientes ao sistema regulatório como um todo.³⁹

Com relação a isso, Jerson Kelman, ex-presidente da ANA (Agência Nacional de Águas) e da ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), diz que o regulador precisa passar por cima do “constrangimento” de adotar posições contrárias àquelas defendidas por pessoas que, de alguma forma, esperam dele uma posição simpática. Acrescenta, ainda, que é preciso, no exercício desse tipo de atividade, ser uma pessoa não cordial, isto é, existe a necessidade de que sejam escolhidos sujeitos que não tenham medo de ser antipáticos⁴⁰.

Retomando a questão da atividade fiscalizatória, esta, por sua vez, também era mais singela, tendo em vista que o fato de o controle normativo ser significativamente menor enseja a dispensa da existência de um arsenal fiscalizatório mais complexo e especializado⁴¹.

Os órgãos da administração central não possuem a agilidade e a especialidade necessárias à boa fiscalização de atividades privadas altamente complexas e específicas, o que exige ferramentas de acompanhamento extremamente sofisticadas, algo que não seria possível através dos órgãos que compõem a administração em sua forma clássica.

Dessa forma, o Estado regulador tem, portanto, a missão de suprir a morosidade inerente ao processo legislativo, a necessidade de conhecimento técnico específico e a falta de instrumentais adequados para o devido acompanhamento das atividades reguladas. Os velhos métodos mostram-se completamente incompatíveis com a própria natureza desse paradigma estatal.

³⁹ João Alberto De Negri (Org.). **Desafios da nação**: artigos de apoio. Brasília: Ipea, 2018. Disponível em:

<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180327_desafios_da_nacao_apoio_v012.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2018, p. 541.

⁴⁰ GUERRA, Sérgio. **Organização administrativa brasileira**: quadro atual e propostas acerca da estruturação de entidades vocacionadas ao desenvolvimento de políticas de Estado, não subordinadas ao poder público central. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011, p. 210.

⁴¹ João Alberto De Negri (Org.). **Desafios da nação**: artigos de apoio. Brasília: Ipea, 2018. Disponível em:

<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180327_desafios_da_nacao_apoio_v012.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2018, p. 541.

Outro ponto a ser ressaltado diz respeito ao fato de as agências reguladoras terem o condão de concentrar a competência regulatória de maneira a estabelecer estabilidade nos setores em que atuam, pois possuem a dita “memória regulatória”, o que lhes permite uma progressão qualitativa na execução de suas finalidades ao longo do tempo. A propósito dessa estabilidade, nas palavras de Marçal:

Amplia-se a coordenação na disciplina regulatória, o que incentiva a realização dos valores prezados e fortalece o valor da segurança – essencial para o desenvolvimento de atividades pelos segmentos da sociedade civil. Com o passar do tempo, propicia-se inclusive uma espécie de acervo de conhecimento específico sobre os riscos regulatórios. Determinadas espécies de soluções passam a ser proscritas, precisamente pela experiência negativa anterior na sua aplicação.⁴²

Com isso, elas propiciam um ambiente que alberga pessoas aptas a emanarem decisões coerentes com relação ao setor regulado. São adotados critérios rigorosos para a seleção, por exemplo, da alta direção das agências, já que o conhecimento técnico é imprescindível para que possa haver a responsabilização de suas decisões e o bom desempenho de suas funções⁴³. A legislação preocupou-se com tal questão:

Art. 5º O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.⁴⁴

Além disso, essas decisões possuem uma maior visibilidade, pois são emanadas por órgãos específicos e bem definidos, não se perdendo no emaranhado processo legislativo, sem mencionar que elas comportam, também, uma análise mais aprofundada, levando-se em conta que devem estar de acordo com preceitos científicos e longe de influências externas indevidas. Tal controle seria impossível se tais decisões ficassem a cargo do Parlamento, por exemplo. Nesse sentido, tal

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 365.

⁴³ João Alberto De Negri (Org.). **Desafios da nação: artigos de apoio**. Brasília: Ipea, 2018. Disponível em:

<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180327_desafios_da_nacao_apoio_v012.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2018, p. 533.

⁴⁴ BRASIL. Lei Ordinária nº 9.986, de 18 de julho de 2000. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19986.htm>. Acesso em: 03 nov. 2018.

fracionamento/descentralização do poder, além de permitir um maior monitoramento a propósito das atuações das entidades, garante uma maior participação do regulado.

De qualquer forma, como já dito aqui, não se está negando a natureza política da atividade desenvolvida pelas agências reguladoras, já que, nesse caso, não há possibilidade de isolar as questões políticas e técnicas, sendo isso, inclusive, uma simplificação excessivamente ingênua acerca da gestão estatal sobre o mercado⁴⁵.

É notório o fato de que o saber científico pode, e deve, ser utilizado em prol de fins políticos; não há, portanto, uma incongruência lógica no que diz respeito ao fundamento da tecnicidade a propósito das agências reguladoras. Inclusive, afirmar que as escolhas feitas por esses entes são sempre estritamente técnicas é “fechar os olhos” para a realidade objetiva. Não se trata, aqui, de uma matemática simples, mas sim de uma ponderação acerca de diversos fatores, que pressupõe, necessariamente, avaliações políticas. Inclusive, leciona Aragão que:

Devemos estar atentos inclusive para os discursos de que, em razão de terem legitimidade democrático-representativa reduzida, as agências reguladoras independentes desempenham funções meramente técnicas. Esta ideia pode, antes de realmente legitimá-las, acabar encobrendo os verdadeiros problemas e soluções do seu déficit democrático.⁴⁶

A ideia de distinção absoluta entre questões técnicas e políticas nesses casos é, portanto, uma maneira velada de deixar ao largo o tópico da legitimidade democrática, o qual é extremamente importante e que deve, sim, ser enfrentado.

Assim, não há como negar os influxos políticos nas atividades reguladoras, pois, como já exposto, essas atividades se desenvolvem sob uma série indeterminada de fatores. Isso não significa, logicamente, que se deve aceitar tais influências de forma impassível. Da mesma forma que é impossível retirar a natureza política da prática regulamentar, é possível identificar quando os poderes políticos estão influenciando, de maneira indevida, as instituições.

3 A QUESTÃO DA INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FRENTE AO PODER POLÍTICO-PARTIDÁRIO

⁴⁵ GUERRA, Sérgio. *op. cit.*, pp. 223-228.

⁴⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *op. cit.*, p. 345.

Neste tópico, tratar-se-á acerca da relação das agências reguladoras com a chefia do Poder Executivo e dos mecanismos que as protegem de influências político-partidárias que podem afetá-las negativamente durante a busca de suas finalidades legítimas.

E então, finalmente, tocar-se-á no delicado tema da atuação reguladora frente ao princípio democrático, buscando demonstrar a conciliação entre esses pontos.

3.1 INTERVENÇÃO DO PODER POLÍTICO-PARTIDÁRIO NAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Este, certamente, é o ponto mais sensível no que diz respeito à independência dos entes reguladores. A tradicional ideia de subordinação da administração pública, considerada de maneira geral, ao chefe do Poder Executivo traz diversos conflitos entre as escolhas regulatórias e as escolhas políticas. Conforme explanado por Sérgio Guerra:

Não se desconhece que o debate acerca das escolhas regulatórias traz consigo a remota e inconclusiva discussão acerca da dicotomia, isto é, a divisão em dois ramos entre as escolhas executivas, quando permeadas por questões políticas, atualmente em voga com a “agenda neoliberal” e a implantação do modelo de regulação descentralizada e independente. Ao menos em tese, a regulação exercida por autarquias especiais não deve orientar-se por juízo político, permanecendo equidistantes dos interesses em jogo, ou seja, do Estado, dos agentes regulados e dos usuários/consumidores.⁴⁷

A ideia central é a de que o regulador deve manter-se à periferia de interesses específicos, já que é inerente à sua função a necessidade de que as decisões tomadas estejam de acordo com o interesse público, não se querendo dizer, com isso, que os interesses de particulares devem ser ignorados, mas sim que haja uma ponderação entre todos os interesses em jogo, a fim de que se busque um estado de coisas que tenha uma relação custo-benefício positiva para a sociedade. Nesse sentido, cristalina é a explicação de Andreia Cristina Bagatin:

O exercício da regulação estatal se dá por meio de competências *funcionalizadas*. Dá-se por meio de atribuições de um dever-poder, que deve ser exercido tendo em vista os fins a que se destinam e de modo desprendido

⁴⁷ GUERRA, Sérgio. *op. cit.*, pp. 223-224.

dos interesses pessoais daquele que exerce a função. Com isso, não se quer dizer que a atuação do regulador deva buscar o “interesse público”, como categoria universal e metafísica que se sobrepõe e se opõe aos interesses dos particulares. Diversamente, entende-se que o exercício da regulação envolve uma concreta atividade de ponderação de eventuais interesses em jogo, que precisam ser sopesados e considerados no exercício da regulação. Porém, esse sopesamento deve ser feito de modo imparcial, sem que haja uma prevalência desproporcional de um interesse específico em detrimento de outros.⁴⁸

Portanto, as agências reguladoras vêm, sob a óptica do ordenamento pátrio, com uma proposta diferente para concretizar o interesse público, isto é, trata-se de uma espécie de flexibilização no tocante à dinâmica hierárquica adotada classicamente pelos poderes da República.

Isso não significa, de forma alguma, que os entes regulatórios exerçam funções inovadoras, isto é, não foram criadas competências apartadas das já assumidas pelo Poder Executivo *lato sensu* para passá-las a essas instituições. O que houve, realmente, foi mais uma dissociação das competências estatais em razão de objetivos específicos. Isso ocorre devido à noção de inviabilidade no que diz respeito à ideia de permitir que o Executivo *stricto sensu* regule, por si só, o mercado.

Nesse sentido, percebe-se a clara e necessária intervenção das ciências econômicas no bojo do Direito Administrativo, união que vem sendo largamente denominada Direito Administrativo Econômico⁴⁹, o qual trata, em seu núcleo, da independência funcional das agências reguladoras frente ao poder central.

Marçal Justen Filho⁵⁰ bem salienta que “A adoção de agências independentes orienta-se a realizar o postulado de que todo sujeito que é titular do poder tende a dele abusar”. Assim, essa “barragem” construída para proteger as instituições reguladoras da chefia do Poder Executivo tem fundamento na ideia de que esta não está apta ao exercício de tal atividade. Novamente, de acordo com Marçal:

Acima se rejeitou a concepção de que o mercado é apto a produzir autonomamente a correção para os defeitos pontuais e concretos. Também se divergiu da concepção de que o processo político se encarrega, por si só, de eliminar desvios atinentes à realização dos valores fundamentais à sociedade. Na mesma linha, opõe-se à ideia de que a produção de regulação pode ser atribuído aos órgãos tradicionais do Estado, resolvendo-se as

⁴⁸ BAGATIN, Andreia Cristina. *op. cit.*, pp. 165-166.

⁴⁹ GUERRA, Sérgio. *op. cit.*, p 245.

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 358.

dificuldades e problemas através do funcionamento *natural* do processo governativo.⁵¹

Assim, a regulação não pode sucumbir a predileções ou antipatias políticas, isto é, quando a lógica exigir (entenda-se lógica como sendo aquele predicado necessário para que se alcance o maior benefício à sociedade como um todo), os ideais políticos do momento – ou seja, daqueles que foram eleitos para comandar o Poder Executivo – devem ser deixados de lado. Claro que esses ideais podem, e devem, sob pena de prejuízo grave à democracia, influenciar na atuação dos entes que estão “abaixo” na cadeia hierárquica, mas não podem, é fato, impedir a correta realização das atividades regulatórias.

Em entrevista, Jerson Kelman, já citado no presente trabalho, afirma que é imprescindível que haja, em algumas áreas da economia, pessoas que possam conduzir a atividade de forma independente do viés político do momento, ou seja, deve haver sobreposição daquele que possui um olhar de longo prazo em face daquele que tende a tratar a situação com um olhar de curto prazo⁵².

Em consonância com o presente tópico, cabe citar a enfática lição exaustivamente repetida pelo professor Cezar Saldanha Souza Júnior:

Com lealdade, eficiência e discrição, a Administração serve o legislador, serve o Judiciário e serve, principalmente, o governo do dia. Mas antes de tudo, serve, pelo direito, o interesse público mais elevado, que transcende o de seus agentes, ao qual se orientam também os demais poderes políticos.⁵³

Percebe-se que não há uma negação radical da interferência política no campo técnico da administração, mas apenas balizas para que essa ingerência não cause malefícios à execução das finalidades precípua das instituições em comento, já que estas possuem características específicas que possibilitam a execução dessas finalidades. Novamente, é importante explicar a lição do saudoso professor:

Entretanto, o *ens* (ser) da função administrativa se aperfeiçoa em uma forma própria, dotada dos seguintes traços definidores de sua essência: permanência (ou continuidade), profissionalidade, tecnicidade, imparcialidade, apartidariedade. Foi para atender à forma (à natureza própria)

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 358.

⁵² GUERRA, Sérgio *op. cit.*, p. 207.

⁵³ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional Como Poder**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 90.

da função administrativa – premente no Estado (Social) de Direito ideologicamente pluralista -, que o constitucionalismo do século XX elevou a Administração Pública a poder político, com seu campo próprio de autonomia e independência, para melhor realização do interesse público.⁵⁴

Assim, a influência política direta na regulação do mercado gera danos à integridade econômica do setor regulado, sendo que isso ocorre por diversos motivos.

Primeiramente, vale destacar a questão da necessária continuidade de políticas públicas independentemente da linha ideológica do governo que está no poder, isto é, um partido, quando assume a chefia do Executivo, não pode interromper a continuidade de alguns trabalhos começados pelo governo anterior, sob pena de causar graves danos ao setor regulado. Há quem defenda que a descontinuidade é algo desejável em razão de a renovação se dar de forma democrática, mas tal argumento não pode prosperar.

A interrupção de projetos em função de uma mudança de viés político-partidário faz com que, por exemplo, políticas de longo prazo, que exigiram amplos recursos para serem iniciadas, sejam menosprezadas. De forma geral, o resultado disso é desperdício de recursos públicos, falta de estímulo por parte dos técnicos atuantes e embates entre estes e agentes políticos⁵⁵.

Outra questão diz respeito à deterioração da qualidade das políticas públicas em razão das conveniências eleitorais. De acordo com a teoria das *public choices*,⁵⁶ o governante, ao contrário do técnico, aqui compreendido de forma genérica, tem como principal motivação a manutenção do poder, e não a eficiência.

Nesse sentido, as atuações dos governos não estão imperiosamente em consonância com as reais deficiências da sociedade, ou seja, muitas decisões são tomadas unicamente com o intuito de aumentar – ou manter – a popularidade do

⁵⁴ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *op. cit.*, p. 90.

⁵⁵ ESTEVAM, Dimas de Oliveira. A contínua descontinuidade administrativa e de políticas públicas. In: **Seminário das Ciências Sociais Aplicadas**, 2, 2010, Criciúma. Anais. Criciúma: Unesc, 2010. p. 1 - 14. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/seminariocsa/article/viewFile/1390/1317>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

⁵⁶ “[...] the economic study of non-market decision-making, or simply the application of economic to political science. The matter of public choice is the same as that of political science: the theory of the state, voting rules, voter behavior, party politics, the bureaucracy, and so on. The methodology of public choice is that of Economics, however. The basic behavioral postulate of public choice, as for economics, is that man is an egoistic, rational, utility maximizer.” Mueller (1989) apud DIAS, Marco Antonio. James Buchanan e a “política” na escolha pública. **Ponto-e-vírgula**, São Paulo, n. 6, p. 201-217, ago. 2009. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article/viewFile/14047/10349>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

governante, não havendo qualquer relação entre a medida e a necessidade específica da coletividade.⁵⁷

Findando o tópico das razões pelas quais a política deve ter acesso limitado a determinados campos da administração, ou, mais especificamente, das agências reguladoras, está a questão do surgimento de polos de poder.

Não é novidade que alguns cargos estejam sujeitos à notável prática de partilha de poder político-partidário. Nesse caso, o acesso a essas ocupações – e a permanência nelas – se dá em razão de questões meramente políticas, o que resulta no degredo das reais qualidades do selecionado. Nas palavras de Marçal Justen Filho:

Aquilo que se poderia identificar como *geopolítica partidária* resulta numa espécie de *feudalização* das estruturas burocráticas. Determinados partidos políticos aderem ao governante mediante a obtenção do controle político sobre os órgãos encarregados da regulação. Os correligionários são indicados para ocupação de certas áreas (regulatórias, inclusive), independentemente de maior ou menor qualificação pessoal. Daí deriva a consagração de uma filosofia regulatória trágica, consistente na sua instrumentalização para projetos políticos individuais ou partidários. A regulação se configura, então, eivada de subjetivismo, parcialidade e de contradição com a técnica.⁵⁸

O que se pretende é reduzir as influências político-partidárias, isto é, há a tentativa de albergar e harmonizar os mais diversos ideais acerca da sociedade, já que os partidos políticos possuem, inerentemente, uma perspectiva sectária acerca do bem comum. A ideia de neutralidade vem no sentido de que as agências devem promover uma harmonização entre os objetivos buscados por cada grupo de poder, e não negá-los. Dessa forma, é possível vislumbrar o porquê de as agências reguladoras precisarem de mecanismos que possam colocá-las fora da mira de interesses puramente político-partidários.

⁵⁷ DIAS, Marco Antonio. James Buchanan e a “política” na escolha pública. **Ponto-e-vírgula**, São Paulo, n. 6, pp. 201-217, ago. 2009. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article/viewFile/14047/10349>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 359.

3.2 MECANISMOS PARA PROTEÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FRENTE AOS INFLUXOS INDEVIDOS DOS PODERES POLÍTICOS

Não basta, é certo, apenas reconhecer que tais entidades necessitam de uma dose reforçada de autonomia; é preciso que existam mecanismos suficientemente sólidos para que os influxos indevidos não atinjam a integridade das caras instituições.

Dessa forma, tratar-se-á dos principais meios existentes no ordenamento pátrio para que tal mister seja efetivado.

3.2.1 Pressupostos – autonomias financeira e orçamentária

Afirma-se que as autonomias financeira e orçamentária das agências reguladoras são pressupostos necessários para que estas tenham, realmente, uma atuação independente frente à administração central⁵⁹. Assim, entende-se que todos os mecanismos criados para que o ente regulador tenha o nível necessário de independência a fim de fazer jus às suas funções não prescindem de autonomia no que diz respeito aos recursos indispensáveis para o funcionamento da entidade.

Não há, em verdade, dúvidas de que as agências reguladoras devem ser preservadas de ingerências externas inadequadas no que diz respeito a sua capacidade financeira. Tendo em vista essa gritante imposição lógica, o ordenamento jurídico incorporou a ideia de estruturá-las como autarquias especiais dotadas de autonomia financeira.

Sobre o tema, Marçal Justen Filho⁶⁰ entende que as autonomias econômico-financeira e orçamentária são um dos temas-chave a propósito das agências independentes, uma vez que seu desempenho depende primordialmente da disponibilidade de recursos materiais. Dessa forma, existe a imperiosidade da incidência de mecanismos que façam valer tal autonomia, para que os entes regulatórios não se subordinem de maneira imprópria ao poder político vigente.

⁵⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *op. cit.*, p. 352.

⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 473.

Dessa forma, compreende-se que essa autonomia tem como principal motivo a concessão de liberdade às entidades reguladoras. As leis instituidoras das agências lhes concedem, portanto, autonomia financeira, a qual é atingida através da titularidade das “taxas regulatórias”, e autonomia orçamentária, a qual se concretiza através do envio de propostas de orçamento aos respectivos ministérios.

No que diz respeito à autonomia financeira, as chamadas “taxas regulatórias” estão no centro de grande celeuma doutrinária. Conforme Aragão:

É grande a polêmica existente quanto à natureza das “taxas regulatórias”. A questão não pode ser solucionada genericamente, mas apenas tendo em vista a natureza da atividade regulada (v. 8.5) e a disciplina específica de cada agência. A questão é de grande relevância, uma vez que as “taxas regulatórias” que não forem verdadeiros tributos estarão livres das limitações constitucionais ao poder de tributar, previstas, sobretudo, nos arts. 150 a 152 da Constituição Federal.⁶¹

Outro ponto importante no tocante às “taxas regulatórias” é a sua redestinação pelo contingenciamento. Esses recursos não podem, em hipótese alguma, ser destinados a outras finalidades públicas, mesmo que estas possuam caráter relevante, sob pena de haver a configuração de uma tríplice ilicitude, conforme apontado por Aragão:

(a) violação das normas que conferem autonomia financeira às agências reguladoras, inclusive por meio das suas respectivas leis e do parágrafo único do art. 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF; (b) para os que consideram ter essas exações caráter tributário, violação da regra tributária que pressupõe na taxa a destinação exclusiva ao financiamento da atividade estatal que constitui o seu fato gerador, o que pode propiciar inclusive questionamentos de contribuintes em razão da ilegitimidade da exação que não visar a esse objetivo, acarretando a perda de verbas públicas de enorme importância; (c) e violação do próprio modelo legal autônomo das agências reguladoras, extinguindo-se, de fato, a sua independência, já que o acesso e administração dessas verbas constitui o pressuposto lógico do exercício de todas as suas demais autonomias (administrativa, funcional etc.).⁶²

Com relação à autonomia orçamentária, é preciso lembrar que existem sérias mitigações em razão do Princípio da Unidade Orçamentária, tendo em vista as amplas restrições que ele impõe. Assim, independentemente do planejamento elaborado pela autarquia, mesmo nos casos em que a previsão de receita superar as despesas

⁶¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *op. cit.*, p. 352.

⁶² *Ibidem*, pp. 354-355.

estimadas (algo comum), sempre haverá intervenção da administração central no tocante ao conteúdo do planejamento apresentado, sendo que, nessa situação, haverá também, prontamente, alguns cortes de despesas⁶³.

Dessa forma, entende-se que o pressuposto lógico para os demais desdobramentos, no que concerne à independência das agências reguladoras, é composto pelas autonomias financeira e orçamentária. A partir delas, ver-se-ão os mecanismos que visam a mitigar a interferência política em questões nas quais ela não deve ocorrer.

3.2.2 Nomeação e exoneração de dirigentes

A propósito da nomeação, esta deve ser feita por meio de procedimento especial pelo chefe do Poder Executivo, tendo a prévia aprovação do Poder Legislativo, ou seja, dá-se por meio de um ato administrativo complexo. Tal nomeação é feita por termo certo, sendo vedada a chamada exoneração *ad nutum*.

As restrições concernentes à nomeação (crivo do Poder Legislativo) e à proibição de exoneração *ad nutum* já foram analisadas pelo Supremo Tribunal Federal, na ocasião do julgamento da Medida Cautelar pedida na ADIN nº 1949-0, sendo consideradas constitucionais.

Com relação à restrição de livre nomeação, foi utilizado o fundamento previsto no artigo 52, III, “f”, da Constituição Federal⁶⁴, o qual permite que o Senado Federal aprove previamente os escolhidos como titulares de cargos que a lei determinar.

No que diz respeito à vedação de exoneração *ad nutum* dos dirigentes das agências reguladoras, o STF também entendeu pela constitucionalidade de tal proibição, uma vez que não viola as competências do Poder Executivo, sendo a

⁶³ SULTANI, Leonardo José Mattos. **Autonomia Financeira e Orçamentária das Entidades Autárquicas em Regime Especial**. 2005. 47 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/aceso_informacao/serieshistoricas/trabalhos_academicos/anexos/Leonardo_Jose_Mattos_Sultani-autonomia-entidades-autarquicas.pdf>. Acesso em: 31 out. 2018.

⁶⁴ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:
[...] III - aprovar previamente, por voto secreto, após argüição pública, a escolha de:
[...] f) titulares de outros cargos que a lei determinar.

exoneração somente permitida por justa causa e mediante procedimento administrativo, no qual devem ser assegurados o contraditório e a ampla defesa. Ela também poderá ocorrer se houver mudança na lei instituidora da entidade.

Sobre o tema, merece citação o comentário feito por Diogo de Figueiredo Moreira Neto que critica a lógica do regime presidencial inscrita na Súmula 25 do STF:⁶⁵

Quanto a Súmula nº 25, vigente ainda o regime constitucional de 1946, seu teor repudiava quaisquer restrições ao poder, do chefe do Executivo, de prover e de desprover os cargos público, não obstante a decisão que lhe serviu de precedente básico, no Mandado de Segurança nº 8.693, ostentasse a luminosa divergência de Victor Nunes Leal, posta de forma erudita e vanguardeira para sua época, ao reconhecer que a competência administrativa de prover cargos públicos, na forma da lei, admite configurações de investiduras outras, desde que expressamente definidas na lei criadora.

Mas é quanto à “lógica do regime presidencial” que mais radiou a preclara visão de Victor Nunes Leal, ao considerar que essa previsão de investidura por prazo determinado era providencialmente necessária para estabelecer um regime de autonomia administrativa, desenhado por lei, como condição necessária para desenvolver uma *política legislativa* sobre um determinado setor, sem interferência da política partidária, desenvolvida pelo Executivo, à semelhança do que já ocorria abundantemente em outras nações e, destacadamente, nos Estados Unidos da América. [...]

À época, o voto vencido não logrou pleno reconhecimento de seus pares, não obstante sua notável antecipação em matéria de administração pública e de direito administrativo, mas, hoje, quase quarenta anos depois, vem de ser restabelecido, em toda sua meridiana clareza e rica fundamentação, pela pena ilustre do Ministro Nelson Jobim que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.949, em longo voto proferido na apreciação de liminar, a maioria do excelso pretório no sentido do reconhecimento do novo e autêntico perfil independente das agências reguladoras.⁶⁶

Com relação ao supracitado Mandado de Segurança nº 8.693 – DF, Aragão⁶⁷ faz um apanhado das razões favoráveis e contrárias à constitucionalidade da vedação de exoneração *ad nutum*, sendo de bom alvitre referenciá-las.

Pugnando pela inconstitucionalidade de tal proibição, o Ministro Relator Ribeiro da Costa argumentou que a vedação (a) impediria a execução de políticas públicas por parte do novo governo e (b) daria ensejo à vinculação do Presidente atual ao seu antecessor. Com relação a questões de cunho mais formal, defendeu que (c) não

⁶⁵ Súmula nº 25: A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo dirigente de autarquia.

⁶⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. 2000. apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras: e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 366-367.

⁶⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *op. cit.*, pp. 367-369.

existe em nosso ordenamento a figura da estabilidade temporária, (d) só existem cargos vitalícios, efetivos e em comissão, não havendo previsão de qualquer outra espécie, e (e) a aplicação de uma visão mais centralizadora da administração pública.

O Ministro Victor Nunes Leal, em sentido contrário, em seu voto vencido, explanou que (a) a Constituição Federal dispõe, em seu artigo 84, XXV⁶⁸, que cabe ao Presidente prover os cargos públicos na forma da lei, o que não deve ser entendido como mera formalidade; (b) usou o exemplo dos Estados Unidos da América, já que existem, na essência, grandes similaridades entre os dois sistemas, trazendo à baila, também, o modo como o presidencialismo é tratado lá; (c) defendeu a distinção entre a figura da Presidência da República e a pessoa que a estiver exercendo, sendo aquela sempre independente desta, e, dessa forma, o chefe do Executivo nunca terá deixado de participar das nomeações; (d) a necessidade do respeito à escolha discricionária do Legislativo sobre a melhor forma de implementar as suas políticas; (e) a impossibilidade de haver independência do ocupante do cargo enquanto este estiver sob a necessidade de agradar o nomeante; (f) o fato de a Constituição Federal não adotar um modelo centralizador similar à interpretação napoleônica do Executivo; (g) a distinção entre a proibição de exoneração arbitrária, nos moldes do que ocorre com os funcionários públicos antes da aquisição de estabilidade, e a “estabilidade temporária”, sendo aquela, e não esta, a adequada caracterização do assunto em questão; (h) a não caracterização da ocupação de cargo a termo como mandato propriamente dito; (i) argumentou que a questão da vinculação de um chefe do Executivo a outro se daria, em tese, apenas no início da instituição da agência, tendo em vista que o órgão colegiado contará com diretores indicados por diversos presidentes; (j) a previsão do legislador se deu no sentido de garantir independência ao dirigente, não com vistas a prejudicar um governo específico, ou governos de maneira geral; e, finalmente, (l) reconheceu a competência do Poder Legislativo para decidir se as suas políticas serão melhor executadas por dirigentes independentes dos nomeantes ou subordinados diretamente a eles.

Acompanhando tais argumentos, o Ministro Nelson Jobim reforçou a nova posição adotada pelo Estado na economia, como um verdadeiro regulador, após o

⁶⁸ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
[...] XXV - prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei.

processo de desestatização, ressaltou o fato de a Constituição Federal de 1988, ao contrário da Constituição de 1946, não prever ressalvas apenas constitucionais no que diz respeito ao poder do Presidente de nomear e exonerar, acrescentou que as agências reguladoras encontram, também, fundamento nos artigos 21, XI⁶⁹ e 177, § 2º, III⁷⁰, da Constituição Federal, afirmou que as delegações de serviços públicos são, em verdade, regidas não por políticas de governo, mas sim por políticas legislativas, e, por fim, destacou a necessidade que os agentes regulados têm de estabilidade e segurança jurídica.

Outra questão que se discute, e que causa alguma polêmica, é a possibilidade de os diretores indicados pelo novo governo substituírem os diretores-presidentes, os quais continuariam a integrar normalmente o colegiado, perdendo apenas o posto de presidência.

Antes de mais nada, vale registrar que o presidente do órgão colegiado é indicado pelo Presidente da República através de ato discricionário. De acordo com o artigo 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.986⁷¹, a investidura no cargo de presidente se fará pelo prazo fixado no ato da nomeação, ou seja, existe a impossibilidade de retirar o diretor do cargo de presidente, a menos que o sujeito renuncie, caso em que continuará como membro do colegiado, ou que expire o prazo fixado.

Assim, Aragão⁷² sintetizou os argumentos de ambos os lados; daqueles que são a favor da substituição e daqueles que são contra ela. Os que defendem a impossibilidade da substituição dos diretores-presidentes pelo novo governo alegam que, no caso das leis criadoras de algumas agências, há previsão expressa de que o

⁶⁹ Art. 21. Compete à União:

[...] XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

⁷⁰ Art. 177. Constituem monopólio da União:

[...] § 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

[...] III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

⁷¹ Art. 5º O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

Parágrafo único. O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente será nomeado pelo Presidente da República dentre os integrantes do Conselho Diretor ou da Diretoria, respectivamente, e investido na função pelo prazo fixado no ato de nomeação.

⁷² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *op. cit.*, p. 371.

diretor-presidente terá sua nomeação indicada ao Senado Federal, sendo tais disposições específicas, e, portanto, prevaleceriam sobre a lei geral concernente ao regime pessoal das agências (Lei 9.986/00).

No sentido oposto, os que pregam a possibilidade da substituição afirmam que a Lei 9.986/00 é, além de específica, posterior, devendo prevalecer, por isso, para as agências que foram criadas até a data da sua promulgação; que o parágrafo único do artigo 5º da referida lei dispõe que o Presidente da República escolhe o diretor-presidente “dentre os integrantes do Conselho Diretor”, o que significa que a nomeação para presidente ocorre, por certo, somente após a nomeação para diretor, sendo que, nesse caso, o escolhido já teria passado pelos trâmites do Senado Federal, e que o parágrafo único, por ser mais específico, prevaleceria sobre o *caput*; e, por fim, que o diretor retirado da função de presidente manteria, de qualquer maneira, seu mandato até o final do prazo, sendo esse, inclusive, o método mais utilizado em países com grande tradição de independência das agências reguladoras.

3.2.3 Não cabimento de revisão das decisões das agências reguladoras por órgãos da administração central

Tratar-se-á, aqui, da questão da impossibilidade dos recursos administrativos hierárquicos impróprios, isto é, da ideia de que as decisões proferidas pelas agências reguladoras não podem sofrer revisão pela administração central, ou seja, pelo Conselho de políticas públicas do setor, pelo ministro vinculado ou pelo próprio Presidente da República.

O primeiro ponto a ser destacado acerca desse tema é o fato de não existir qualquer previsão para o cabimento de tal recurso no ordenamento pátrio. Essa situação, por si só, já garante a legitimidade da ideia do não cabimento de tal revisão, já que, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, “O controle administrativo ou tutela administrativa, segundo generalizada lição doutrinária, exerce-se nos limites da lei. Não se presume. Existirá quando, como e na forma prevista em lei”.⁷³ Assim, não se pode olvidar o fato de que as entidades da administração direta possuem

⁷³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 147 apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras: e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 372.

personificação jurídica própria, não sendo apenas órgãos despersonalizados que fazem parte da administração direta.

Em um caso, contudo, que envolveu decisão tomada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), tal figura (o recurso hierárquico impróprio) foi aceita pelo ex-Ministro da Justiça Nelson Jobim, o qual argumentou que questões relativas a políticas públicas de alta relevância não poderiam deixar de ser apreciadas, quando necessário, pela administração central, e que o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal⁷⁴ garante o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a eles inerentes⁷⁵.

Tal hipótese, contudo, é veementemente rechaçada pela doutrina. Nos dizeres de Aragão:

Ademais, a admissão de recursos hierárquicos impróprios deitaria por terra todo o arcabouço institucional traçado pelo ordenamento jurídico para as agências reguladoras, tornando inócua, por exemplo, a vedação de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes. O espírito da disciplina destas entidades, que é justamente o de afastá-las das injunções político-eleitorais fugazes e casuísticas (v. Capítulo VI e Itens 8.1 e 8.2), restaria totalmente corrompido se o Ministro ou o Presidente da República pudesse a qualquer momento impor caso a caso a sua vontade.

O mecanismo de permeabilidade das agências ao juízo político destas autoridades já foi traçado pelas leis instituidoras através da fixação das políticas do setor; da possibilidade, em alguns casos, de aprovação dos regimentos internos; do Princípio da Unidade Orçamentária, etc. (c. Itens 11.2 e 11.7) – mas jamais mediante a possibilidade da interposição de recursos hierárquicos impróprios.⁷⁶

Assim, via de regra, essa situação parece incompatível com o arcabouço legal e doutrinário existente acerca do assunto, sendo possível afirmar que tratou-se exclusivamente de um ato de poder sem qualquer justificativa legítima.

⁷⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

⁷⁵ LIMA, Artur Carnauba Guerra Sangreman. Aspectos da autonomia reforçada (independência) das Agências Reguladoras. **Revista Em Tempo**, Marília, v. 16, n. 02, p.162-184, jul. 2017.

⁷⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *op. cit.*, p. 375.

3.3 O PROBLEMA DO DÉFICIT DEMOCRÁTICO

A implementação das agências reguladoras como mecanismos modernos de regulação da economia foi a “ponte” encontrada para que os Estados pudessem fazer a travessia entre os modelos intervencionista e regulatório. Tal expediente, no entanto, nos moldes explicitados no presente trabalho, entra, necessariamente, em conflito com aquilo que é consagrado no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal⁷⁷.

À primeira vista, é inquestionavelmente razoável que essas entidades gozem de certa “imunidade” frente a determinadas influências políticas. Deve-se ressaltar, porém, que esse distanciamento acaba por lhes conferir, em uma análise mais superficial, um certo caráter “antidemocrático”, já que o governo eleito pela maioria do povo não pode, a seu bel-prazer, alinhá-las de acordo com suas concepções. Podem ocorrer, inclusive, situações em que o colegiado da agência adote posições contrárias às estimadas pelo partido que se encontra no poder.

A partir dessa constatação, torna-se necessário discutir acerca da viabilidade de tais instituições frente a tal situação. Em primeiro lugar, deve ser ressaltada a questão da lei como fonte legitimadora.

As agências reguladoras são, inexoravelmente, frutos da criação legislativa, conforme previsto no artigo 37, XIX, da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...] XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.

Assim, não há como negar que a origem das entidades está legitimada democraticamente, em razão de dispor de lei. Com relação ao chefe do Poder Executivo, essa legitimação também é observada, de acordo com o artigo 61, §1º, II, ‘e’, da Constituição Federal:

⁷⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

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

[...] II - disponham sobre:

[...] e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI.

Já que se trata de iniciativa privativa, nenhuma agência reguladora pode ser criada, extinta ou modificada sem o impulso do Presidente da República.

Claro resta, portanto, que a criação, a modificação e a subsistência das agências reguladoras estão respaldadas pela força legitimadora que advém dos poderes políticos (tanto do Legislativo quanto do Executivo), mesmo que, na execução de suas funções, tais esferas não estejam tão presentes. Assim, não se busca defender a completa separação entre as entidades técnicas e os poderes políticos, ou seja, reconhece-se que essa independência só ocorre à medida que as forças democráticas permitem que ela ocorra.

Outro ponto importante com relação ao tema diz respeito ao fato de que, conforme abordado por Aragão⁷⁸, as agências possuem mecanismos que permitem a participação popular (audiências e consultas públicas) no que concerne às decisões por elas tomadas que afetam diretamente interesses sociais. Há, inclusive, a obrigatoriedade de adoção desses procedimentos, como nos casos da ANEEL (artigo 4º, §3º, da Lei 9.427/96⁷⁹), da ANATEL (artigos 19, III; 39; 42; 89, II; 195, da Lei 9.472/97⁸⁰), da ANTT e da ANTAQ (artigo 68, da Lei 10.233/01⁸¹), da ANS (artigo 32,

⁷⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *op. cit.*, pp. 469-473.

⁷⁹ BRASIL. Lei Ordinária nº 9.427/96, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Brasília. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427compilada.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

⁸⁰ BRASIL. Lei Ordinária nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

⁸¹ BRASIL. Lei Ordinária nº 10.233, de 05 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10233.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

do Decreto 3.327/00⁸²), da ANVISA (artigo 32, do Decreto 3.029/99⁸³) e da ANAC (artigo 27, da Lei 11.182/2005⁸⁴). Esses dispositivos dizem respeito apenas aos casos em que tais providências são obrigatórias. Existe, também, uma série de outras previsões, abrangendo, aqui sim, todas as agências, que tornam tal ponto facultativo. Não fosse suficiente, a Lei do Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/99⁸⁵), que se aplica a todas as agências reguladoras federais, prevê a possibilidade de realização de consultas públicas em processos nos quais haja assunto de interesse geral, mesmo que sejam individuais.

Percebe-se, assim, que tais mecanismos tentam suprir a questão da “deficiência” democrática inerente às entidades reguladoras, trazendo, dessa forma, maior grau de legitimidade a essas decisões administrativas.

De qualquer forma, a ideia clássica do processo político claramente não possui mais lugar na sociedade atual, isto é, a concepção de que o processo político eleitoral tem o condão de resolver todas as mazelas funcionais do Estado não pode ser tida como uma verdade. Nesse sentido, Marçal faz ótimo paralelo entre o liberalismo econômico e essa noção:

Essa concepção se assemelha, de certo modo, ao liberalismo econômico, que defende idêntica filosofia no âmbito da atividade econômica. Em ambos os casos. Propugna-se pela ideia da auto-regulação dos processos sociais. Para o pensamento liberal econômico, o *mercado* desempenha uma função corretiva espontânea dos desvios do processo econômico. Já algumas concepções políticas entendem ser o “processo eleitoral” suficientes para eliminar os equívocos praticados pelos governantes durante o exercício do poder político. O que aproxima ambas as concepções é a eleição das forças espontâneas da sociedade como instrumento de solução das dificuldades. É impossível e indesejável suprimir o mercado, tanto quanto é impossível e indesejável suprimir o processo eleitoral. Mas a ausência de interferência no desenvolvimento da atividade econômica é tão problemática como a ausência de limitações no âmbito do processo político. Omitir o controle do poder econômico é tão grave quanto deixar sem limitação o poder político. Em

⁸² BRASIL. Decreto nº 3.327, de 05 de janeiro de 2000. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, e dá outras providências. Brasília. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3327.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

⁸³ BRASIL. Decreto nº 3.029, de 16 de abril de 1999. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Brasília. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3029.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

⁸⁴ BRASIL. Lei Ordinária nº 11.182, de 27 de setembro de 2005. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. Brasília. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

⁸⁵ BRASIL. Lei Ordinária nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 18 nov. 1999.

ambos os casos, o problema é a dilação temporal e a consumação de danos irreparáveis. O tempo necessário à produção dos efeitos espontâneos do mercado e do processo eleitoral pode dar oportunidade a prejuízos sérios e graves, lesando definitivamente o interesse de parcelas da população.⁸⁶

Essas entidades expõem a superação desse ponto de vista há muito posto em xeque em razão da salutar necessidade de criação de instituições que possuam capacidade para atuar de forma a assegurar valores fundamentais que podem ser deixados ao largo caso haja contundente intromissão político-partidária em seus bojos, conforme exaustivamente ressaltado no presente trabalho.

Tais mecanismos decisórios estão perfeitamente alinhados com o princípio democrático, mesmo que isso não seja, à primeira vista, tão aparente. A democracia não é apenas a vontade da maioria sobre a minoria, ela também está de acordo com a nossa realidade político-constitucional pluralista, ou seja, a maioria garante-se enquanto tal e conforme os direitos das diversas camadas que permeiam a complexa estrutura social da qual faz parte.

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 356.

4 CONCLUSÃO

Buscou-se, por meio do presente trabalho, alinhar a ideia de independência político-partidária das agências reguladoras ao adequado funcionamento destas, de forma a esclarecer que influxos indevidos possuem o condão de gerar prejuízos à sociedade como um todo, já que as forças partidárias tendem a tomar decisões com base em critérios não compatíveis com a atividade regulatória.

Os mecanismos criados pelo Estado a partir da mudança de perspectiva relacionada a sua atuação na economia, no que diz respeito às agências reguladoras, exigem autonomia suficiente para que possam não se curvar diante de ideais segmentários e de jogos de poder, tendo em vista que o mercado possui uma lógica própria, não podendo comportar as premissas inerentes ao jogo político.

Essa autonomia permite que o exercício da regulação ocorra de maneira a promover o bem comum, o qual, nesse caso, não se trata apenas de uma vaga expressão com escassa densidade significativa. O que se quer dizer é que as agências devem ponderar uma miríade de interesses advindos dos mais diversos grupos de pressão que compõem a sociedade, não podendo agir com vistas a beneficiar grupos específicos em detrimento de outros com base em fundamentos meramente ideológicos, isto é, deve haver a conciliação entre as diversas aclamações em jogo para que haja um crescimento qualitativo proporcional entre os setores afetados. Para isso, o regulador, no exercício de suas funções, deve dispor de ferramentas que o protejam de ser constrangido a agir de acordo com os ideais daqueles que o colocaram no cargo, já que essa atitude submissa comprometeria a finalidade precípua de seus atos.

É claro que não há como dissociar totalmente o funcionamento dessas instituições da política, pois esta, inevitavelmente, permeia diversos aspectos da economia, não sendo verossímil nem desejável a ideia de aplicação de uma tecnocracia pura, tanto que os dirigentes que formam o núcleo decisório das agências são escolhidos, em verdade, mesmo que com posterior crivo do Legislativo, pelo chefe de governo, o qual, via de regra, busca nomear aqueles que simpatizam em maior grau com sua linha ideológica.

Não há, nesse sentido, como negar que, eventualmente, alguns setores podem ser preteridos em razão da política econômica adotada pelo governo em atividade, situação que é inevitável. Mesmo assim, as agências reguladoras devem assegurar a minimização dos danos que podem advir disso, buscando, sempre que possível, reequilibrar os afetados, para que se possa alcançar uma evolução do setor como um todo.

Isso, no entanto, não muda o fato de que são imprescindíveis expedientes que possuam a capacidade de filtrar a atuação do governo no bojo da regulação estatal. Se, por um lado, há a impossibilidade de afastar a política do campo de atuação regulatória, existe, por outro, a proporcional necessidade de se adotar mecanismos que mantenham-na “domesticada”, ou seja, instrumentos que possam conter influxos políticos nocivos à saúde da instituição – saúde esta que se reflete diretamente nos setores regulados – devem ser legalmente previstos, a fim de que não haja abuso.

Salienta-se que tais questões não podem deixar de fora o problema da legitimidade dos entes reguladores frente à democracia. Sobre isso, ao mesmo tempo em que esse mister deve ser observado quando da limitação da ingerência política, não se pode aceitar o uso de tal argumento para subverter as agências reguladoras por meio de uma politização indevida.

Dessa forma, entende-se que as agências reguladoras só podem cumprir devidamente suas finalidades se possuírem um aparato capaz de controlar as motivações que não têm conexão necessária com a atividade regulatória, situação que não enseja a ideia de total imunização das instituições que exercem tais atividades.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras: e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

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

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasil, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25/10/2018.

_____. Decreto nº 3.029, de 16 de abril de 1999. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3029.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. Decreto nº 3.327, de 05 de janeiro de 2000. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3327.htm>. Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. Lei Ordinária nº 8.031, de 12 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8031.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

_____. Lei Ordinária nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 25 out. 2018.

_____. Lei Ordinária nº 9.427, de 24 de outubro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9427cons.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

_____. Lei Ordinária nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

_____. Lei Ordinária nº 9.478, de 06 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá

outras providências. Brasília. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9478.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

_____. Lei Ordinária nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm>. Acesso em: 19 nov. 2018.

_____. Lei Ordinária nº 9.782, de 24 de outubro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Brasília. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9782.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

_____. Lei Ordinária nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 18 nov. 1999.

_____. Lei Ordinária nº 9.941, de 09 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Brasília. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9491.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

_____. Lei Ordinária nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Brasília. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9961.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

_____. Lei Ordinária nº 9.984, de 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e responsável pela instituição de normas de referência nacionais para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico. (Redação dada pela Medida Provisória nº 844, de 2018). Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9984.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

_____. Lei Ordinária nº 9.986, de 18 de julho de 2000. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9986.htm>. Acesso em: 03 nov. 2018.

_____. Lei Ordinária nº 10.233, de 05 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10233.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

_____. Lei Ordinária nº 11.182, de 27 de setembro de 2005. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. Brasília. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

_____. Medida Provisória nº 2.219, de 04 de setembro de 2001. Estabelece princípios gerais da Política Nacional do Cinema, cria o Conselho Superior do Cinema e a Agência Nacional do Cinema - ANCINE, institui o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Nacional - PRODECINE, autoriza a criação de Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional - FUNCINES, altera a legislação sobre a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2219.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIAS, Marco Antonio. James Buchanan e a “política” na escolha pública. **Ponto-e-vírgula**, São Paulo, n. 6, ago. 2009. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article/viewFile/14047/10349>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

ESTEVAM, Dimas de Oliveira. A contínua descontinuidade administrativa e de políticas públicas. In: **Seminário das Ciências Sociais Aplicadas**, 2, 2010, Criciúma. Anais. Criciúma: Unesc, 2010. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/seminariocsa/article/viewFile/1390/1317>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, Regulação e Reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. **Organização administrativa brasileira**: quadro atual e propostas acerca da estruturação de entidades vocacionadas ao desenvolvimento de políticas de Estado, não subordinadas ao poder público central. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011.

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

LAGES, Ana Paula; BOSON, Maria Eduarda. **Regulamentação da mediação e da arbitragem envolvendo Administração Pública**: proposta da ANTT é exemplo da tendência no setor público de regulamentação de meios extrajudiciais de solução de conflitos. Jota, São Paulo, jun. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/regulamentacao-da-mediacao-e-da-arbitragem-envolvendo-administracao-publica-07062018>>. Acesso em: 29 out. 2018.

LIMA, Artur Carnauba Guerra Sangreman. Aspectos da autonomia reforçada (independência) das agências reguladoras. **Revista Em Tempo**, Marília, v. 16, n. 02, jul. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENEZES, Fausto Bruno; AZEVEDO, Guilherme Augusto Barbosa de. A adoção das agências reguladoras no Brasil e a inspiração no Direito Comparado.

Publicações da Escola da AGU: 1º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamentals of US Law Course, Brasília, v. 02, n. 13, p.175-193, nov. 2011.

Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/issue/view/67>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

MOLL, Luiza Helena. **Agências de Regulação do Mercado**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2002.

NEGRI, João Alberto De. (Org.). **Desafios da nação**: artigos de apoio. Brasília: Ipea, 2018. Disponível em:

<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180327_desafios_da_nacao_apoio_vol2.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2018.

NEVES, Sérgio Luiz Barbosa. Limites à função sancionatória das agências reguladoras de serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, Florianópolis, v. 1, n. 2, p.103-119, jul. 2015. Disponível em:

<[SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional Como Poder**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.](http://www.indexlaw.org/index.php/rdagp/search/search?query=Limites+C3%A0+Fun%C3%A7%C3%A3o+Sancionat%C3%B3ria+das+Ag%C3%A0ncias+Reguladora+s+de+Servi%C3%A7os+P%C3%BAblicos&authors=&title=&abstract=&galleyFullText=&suppFiles=&dateFromMonth=&dateFromDay=&dateFromYear=&dateToMonth=&dateToDay=&dateToYear=&dateToHour=23&dateToMinute=59&dateToSecond=59&discipline=&subject=&type=&coverage=&indexTerms=>. Acesso em: 25 out. 2018.</p></div><div data-bbox=)

SULTANI, Leonardo José Mattos. **Autonomia Financeira e Orçamentária das Entidades Autárquicas em Regime Especial**. 2005. 47 f. Monografia

(Especialização) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em:

<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/aceso_informacao/serieshistoricas/trabalhos_academicos/anexos/Leonardo_Jose_Mattos_Sultani-autonomia-entidades-autarquicas.pdf>. Acesso em: 31 out. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Org.). **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

VITAL, Fezas. **Direito Constitucional**. Lisboa.