AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO BRASILEIRO

RORERTA FRAGOSO DE MEDEIROS MENEZES

1) Introdução; 2) — As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro; 2.1 — Conceito. Agências Executivas e Agências Reguladoras; 2.2 — O surgimento das Agências Reguladoras; 2.3 — Características das Agências Reguladoras; 2.3.1 — Independência; 2.3.2 — Poder de resolver contendas em última instância administrativa; 2.3.3 — Especialidade; 2.3.4 — Estabilidade dos Dirigentes; 2.3.5 — Poder Normativo; 4) Bibliografia.

1. Introdução

O Estado liberal operou uma nítida dissociação entre a atividade política e a atividade econômica. Pregava a limitação do Estado em duplo aspecto: quanto aos poderes, gerando o Estado de Direito; quanto às funções, gerando o Estado mínimo. Adam SMITH, representante típico do liberalismo econômico, afirmava que o Estado possuía apenas três deveres: proteger a sociedade da violência e da invasão por outras sociedades, estabelecer uma adequada administração da justiça e erigir e manter certas obras e instituições públicas que nunca seriam do interesse de qualquer indivíduo (ou de um pequeno número), porque o lucro não reembolsaria as despesas.

Quanto menor fosse a presença do Estado dentro de uma sociedade, maior seria a liberdade dos indivíduos: "a essência estatal esgota-se numa missão de inteiro alheiamento e ausência de iniciativa social" (BONAVIDES, 1972: 04). Não se pode olvidar, todavia, que todo regime estatal implica um mínimo de intervenção econômica e, entre este e o mínimo de liberdade, o Estado comporta diversas modalidades de ação: de simples manutenção da ordem política até direção total da economia num país.

* Procuradora do Estado de Goiás, Assessora do Ministro Marco Aurélio de Mello — Presidente do Supremo Tribunal Federal, Especialista em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas, Mestranda em Direito Público pela Universidade de Brasília — Unb.

O problema da concepção liberal foi que esta partiu de uma referência negativa do papel do Estado no domínio econômico, o que nem sempre é correto; pelo contrário, muitas vezes é fundamental para o bom andamento da economia e o perfeito cumprimento dos direitos individuais. O funcionamento do regime liberal pressupunha uma certa igualdade, requerendo também uma competição equilibrada. Como tais pressupostos nunca foram alcançados, houve a crise do liberalismo, caracterizada pela depressão econômica entre as duas grandes guerras e os desequilíbrios internacionais do presente. A "mão invisível" de Adam SMITH poderia ter sido eficaz numa economia com muitos competidores essencialmente em pé de igualdade, mas apresenta pouca relevância em um sistema econômico no qual as decisões de uns poucos conglomerados e as do governo afetam a renda e as oportunidades de emprego de todos os cidadãos.

A Grande Depressão de 1929 revelou a necessidade de repensar a não-intervenção do Estado. A formulação econômica de KEYNES, implementada pelo New Deal — plano de governo de ROOSEVELT —, representou que um Estado organizado pode estabilizar, estimular e dirigir o rumo da sua economia sem apelar praia a ditadura e sem substituir o sistema baseado na propriedade. Recria-se a concepção de que a economia e a política estão indissoluvelmente ligadas, afirmando que a intervenção é uma forma de restabelecimento do equilíbrio, em que são conciliados os dois maiores fatores de estabilidade econômica: a iniciativa privada e a ação governamental. Esta, sem interromper a atividade particular, procura distribuir seus frutos de uma forma mais justa, com o fim de atender ao interesse coletivo.

A idéia inicial negativa de liberdade, como a ausência de interferência do Estado, é substituída pelo conceito positivo de liberdade, como a presença de oportunidades que devem ser oferecidas aos cidadãos pela ação adequada e conveniente do governo.

Eros Roberto GRAU (1996:171) leciona que há três formas de intervenção estatal:

A) *Agente da Atividade Econômica* — por ABSORÇÃO, quando o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da economia, atuando em regime de monopólio; por PARTICIPAÇÃO, quando a atuação estatal ocorre em regime de competição com as empresas privadas, se necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, atuando de maneira subsidiária;

B) *Ente Regulador* (*Intervenção por direção*) — mecanismos e normas são estabelecidos para os sujeitos da atividade econômica. Com a redução do papel do Estado como agente da atividade econômica, a regulamentação se torna mais relevante, para assegurar os princípios básicos, as formas de atuação, sanções e os direitos dos usuários. Antônio Carlos SANTOS (1995: 223) afirma: "A regulação pública da economia consiste no conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionadas através das quais o Estado, por si ou por delegação, determina, controla ou influencia o comportamento de agentes econômicos, tendo em vista evitar efeitos desses comportamentos que sejam lesivos de interesses socialmente legítimos e orientá-los em direções socialmente desejáveis";

C) *Estado como Planificador* (intervenção por indução) — realiza-se pela política fiscal: o Estado concede incentivos regionais ou setoriais, utilizando maior

ou menor incidência de carga tributária como mecanismo redutor de custos e estimulador de atividades econômicas. Esta modalidade intervencionista paulatinamente vai perdendo a força em uma economia globalizada: diminui-se a possibilidade de incentivos por parte do Estado às empresas sediadas no país.

No contexto brasileiro, vivemos um momento de reforma no Estado, impulsionado por inúmeros fatores, como a economia globalizada (o Estado enfraquecido em relação ao poder indutor), a exaustão financeira, a ausência de condições para o desenvolvimento de atividades econômicas de maior relevo, a desestatização de empresas estatais e, por outro lado, alguns problemas criados pela Constituição Federal de 1988, como a questão previdenciária[1] e a imposição do regime jurídico único para a Administração Pública. Generalizou-se a idéia de que o Estado estava inchado, ineficiente, incapaz de prestar zelosamente os serviços públicos e as atividades econômicas que estavam sob sua competência. Fez-se necessária, destarte, a devolução destas atividades à iniciativa privada.

O estudo que ora se propõe busca analisar a intervenção estatal como ente regulador da atividade econômica, pela atuação das agências reguladoras.

2. As agências reguladoras no direito brasileiro

2.1. — Conceito. Agências Executivas e Agências Reguladoras

Propedeuticamente, é preciso esclarecer que, no modelo proposto no Brasil, não há um apego à hermenêutica vocabular, de modo que falar em agências nem sempre explicita o objeto de forma precisa. Necessário se faz destacar que, na Administração Pública brasileira, veremos casos em que a palavra "agência" significa órgão (caso da ABIN — *Agência Brasileira de Inteligência*), fundação (pode ser o caso das agências executivas) ou autarquia especial (as agências reguladoras).

As agências executivas não representam um tipo novo de entidade. Trata-se de uma qualificação dada tanto às autarquias como às fundações públicas que tenham um plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional, visando à obtenção de maior autonomia, para torná-las mais ágeis e eficazes.

Tais organizações estatais, disciplinadas pelos artigos 51 e 52, da Lei nº 9.649/98 e pelos Decretos 2.487/98 e 2.488/98, devem ter celebrado um contrato de gestão com o respectivo Ministério supervisor. No dizer de Marcos SOUTO (1997: 285): "O contrato de gestão tem como finalidade incrementar a eficiência e a competitividade da Administração Pública, de modo que se aproxime das empresas privadas, para uma melhor consecução do interesse público; tem como metas a redução de controles e outros fatores que impossibilitem ou dificultem a flexibilidade das ações

1 O artigo 19 do ADCT, aliado ao artigo 243 da Lei nº 8.112/90, promoveu um verdadeiro desfalque na previdência pública, haja vista que a mudança do regime celetista para o estatutário dos servidores públicos não foi acompanhada da contribuição proporcional aos ganhos da aposentadoria.

das empresas estatais, e desde o início fixa os resultados pretendidos, de forma que sejam periodicamente aferidos". Como exemplo, temos o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis — IBAMA, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente e o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial — INMETRO, vinculado ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.

De maneira diversa, a criação das agências reguladoras propugna a despolitização das decisões, eliminando-se o conteúdo político, priorizando o conteúdo técnico. Tal recurso visa a afastar a interferência partidária e burocrática, além de atender à pluralidade de interesses, com regulações específicas, setorizadas e independentes. Entrementes, tais quais as agências executivas, também celebram contratos de gestão, fixando metas e objetivos a serem perseguidos.

2.2 — O surgimento das Agências Reguladoras

As agências reguladoras brasileiras inspiraram-se em sistemas jurídicos essencialmente diversos, gerando dúvidas acerca da real efetividade. Cada país propõe modelos adequados à solução dos problemas que lhes são peculiares. De nada adianta importar soluções que foram pensadas para outros sistemas jurídicos e aplicá-las à nossa realidade como se isso tivesse o condão de minimizar os conflitos. É necessário compatibilizar o modelo das agências reguladoras à realidade constitucional brasileira.

Em 1748, MONTESQUIEU, no *Espírito das Leis*, já prelecionava que as leis deveriam ser adequadas ao povo para os quais eram feitas, havendo um grandíssimo acaso quando as de uma nação pudessem convir a outra. Não há espécie de instituição superior por si mesma às demais, a melhor é a mais apropriada a cada povo e às suas condições de existência. Tão grande é a solidariedade que une os diversos elementos do organismo social que difícil é tocar em um deles sem tocar nos outros, e qualquer mudança operada nas leis corre o risco de abalar todo o edifício. A lei deve ser de tal forma apropriada para o povo que resultará em uma grande coincidência se as leis de uma Nação servirem para outras[2].

A adoção do "Welfare State" no Brasil, ou o Estado do Bem Estar Social, acresceu-lhe deveres, como a promoção da saúde, da educação, da previdência, a geração de empregos, além da criação de empresas estatais para promoção das políticas públicas. Em um primeiro momento, o Estado interveio na economia porque não havia empresas particulares com capacidade financeira ou infra-estrutura suficientes para promover o desenvolvimento. Tal fato, por exemplo, não ocorreu nos Estados Unidos da América, País que sempre primou pela não-intervenção direta na economia.

Não houve nos Estados Unidos uma estratégia de privatização/desestatização de empresas controladas pelo Estado para posterior regulação. Diversamente, no

2 Neste ponto parece que a teoria de MONTESQUIEU não influenciou o Brasil, país marcado pela reprodução, no Direito, de modelos alienígenas.

Brasil, grande parte do setor objeto de agências reguladoras foi alvo da retirada do Estado na prestação direta de serviços públicos e de atividades econômicas. A forçosa imposição do modelo norte-americano, em realidade tão distinta, como a brasileira, coloca a perder características essenciais das agências reguladoras, conforme veremos posteriormente.

É preciso, no entanto, esclarecer que a criação de agências reguladoras não pressupõe necessariamente o processo de privatização. Ressalta Carlos Ari SUNDFELD (2.001: 19):

> *"Autoridades com poderes de regulação existem para todos os setores, não só para os privatizados (mencionem-se os órgãos de defesa da concorrência e os voltados ao mercado financeiro). Agências reguladoras existem em países que nunca conheceram os fluxos de estatização e privatização, como os Estados Unidos. Privatizações foram implementadas sem que o Estado se preocupasse em ampliar sua função regulatória, quer por o setor não o justificar (caso das desestatizações de empresas siderúrgicas e petroquímicas federais no Brasil dos anos 80), quer por opção política (caso das privatizações de serviços básicos na Argentina na década de 80)".*

Nas décadas de 50 e 60 os setores de infra-estrutura brasileiros ensejaram a formação de monopólios naturais (quando o mercado absorve apenas a oferta de uma única empresa, não comportando concorrência) devido à necessidade de criação em larga escala e aos altos custos de produção. A prestação dessas atividades pelo Estado foi a solução apontada para lidar com esta estrutura de mercado.

A partir da década de 80, surge no Brasil a tendência de o Estado se retirar na prestação direta dos serviços públicos. Algumas das razões que justificam este fenômeno podem ser extraídas de Giampaolo ROSSI (*Apud* Aragão, 2001: 15) :

> *"a) mudanças no sistema de produção, com a desavalorização do setor primário, principalmente da agropecuária, e valorização de emergentes setores técnicos- especializados; b) aceleração e desenvolvimento tecnológicos dos meios de comunicação; o que acarretou o fim de alguns monopólios naturais até então inevitáveis; c) a globalização da economia que, potencializada pela evolução da informática, mitigou bastante os empecilhos econômicos e materiais para as trocas internacionais e interregionais; d) mudanças na sociedade pluriclasse, com os sujeitos deixando de se organizar preponderantemente pela posição que ocupam na cadeia produtiva (capital — trabalho), ocupação por sinal crescentemente instável e cambiante, para reunirem-se em grupos sociais de variados substratos (idade, lazer, religião, formação cultural, etnia etc.); e) erosão do conceito clássico de soberania do Estado, que vem perdendo espaço, tanto montante, para entidades internacionais (ONU, OMC, EU etc.) e poderosas organizações econômicas transnacionais, como a jusante, para organizações sociais locais e setoriais, o que tem causado sensível alteração na teoria das*

fontes do direito (fontes emergentes, de caráter internacional, privado, corporativo, comunitário, técnico, deontológico etc.); e, por esses motivos, f) a diminuição da importância da política estatal stricto sensu".

O incremento na tecnologia adotada nas atividades de infra-estrutura (diminuindo os custos fixos e a proporção destes no valor total) e o aumento da demanda permitiram a acomodação de mais empresas produzindo numa escala viável (concorrência), modificando a definição de tais setores como monopólios naturais.

A progressiva retirada do Estado na prestação direta dos serviços públicos e das atividades econômicas fez surgir a correlata necessidade de acompanhamento do setor por intermédio da regulação, desta vez por intermédio de entes especificamente criados para tal fim. A desestatização das empresas trouxe o risco de o Estado perder o poder de influir e controlar determinados setores, como telecomunicações, energia elétrica, petróleo.

A função regulatória busca proteger o consumidor contra a ineficiência, o domínio do mercado, a concentração econômica, a concorrência desleal, o aumento arbitrário dos lucros, ao passo que procura garantir a qualidade, a universalidade e a continuidade do serviço para os destinatários finais. Salienta Juan Carlos CASSAGNE (1994: 150):

> *"El fenómeno de la privatización, al abarcar la transferencia al sector privado de la gestión de los servicios públicos que antes prestaban empresas estatales, ha generado la correlativa necesidad de regular esas actividades para proteger devidamente los intereses de la comunidad. En el campo del Derecho administrativo no es común que el Estado regule sus propias entidades y articule controles en protección de los usuarios, y es difícil que exija a sus empresas que los servicios públicos sean prestados con la máxima eficiencia posible".*

Aumenta-se a ingerência estatal, de modo que a atual influência sobre a gestão privada é maior do que quando o Poder Público prestava diretamente, ou por intermédio de suas empresas, os serviços públicos, alcançando melhores resultados.

À época do intervencionismo direto, a regulação ocorria de forma precária e casuística. Este fenômeno pode ser analisado em outros países que, tal como o Brasil, utilizaram-se de empresas estatais para o desenvolvimento de setores tidos por estratégicos. Sobre o tema, necessário destacar os ensinamentos de Alberto Alonso UREBA, professor espanhol, a saber (*Apud* SUNDFELD, 2.001: 270):

> *"Apesar de, em geral, a empresa pública atual gozar, frente ao setor privado, de importantes privilégios, envolvendo a fruição de situações de monopólio, linhas especiais de crédito, subvenções, dotações orçamentárias, atribuições patrimoniais, isenções fiscais, etc., seus resultados globalmente considerados têm sido claramente negativos: escassa produtividade, importantes prejuízos e endividamentos, altos custos com pessoal, perda de*

competitividade internacional..., são notas comuns, sem prejuízo das matizações e exceções, a países como França, Reina Unido, Itália, Alemanha, e igualmente extensíveis à realidade espanhola. Esses resultados produziram-se tanto nos setores de serviço público como nos industriais ou comerciais competitivos, sem que os estudos que a esse respeito foram feitos permitam uma justificação razoável em função da 'rentabilidade social' implícita nos fins de interesse público que essas empresas perseguem, assinalando-se, ademais, as graves conseqüências que, para o conjunto do sistema econômico, tem um setor público ineficaz: alta pressão orçamentária, e, portanto, fiscal, canalizando assim grande parte dos recursos produtivos. (...) Na tensão própria da empresa pública entre controle e autonomia, os estudos realizados nos distintos países europeus demonstraram que um excessivo intervencionismo político na gestão empresarial foi e é a causa principal da ineficácia da empresa pública, sobretudo, como já assinalamos relativamente ao setor empresarial público competitivo ou de mercado. As deficiências do sistema político-administrativo através da politização excessiva da empresa pública, levou, em países como França, Reino Unido, Itália ou Espanha, a uma desprofissionalização e falta de independência de seus órgãos de gestão e administração. O controle político não se limitou à fixação dos grandes objetivos sociais, políticos e econômicos, através de diretrizes básicas ou gerais compatíveis com uma independência na gestão ordinária que permita uma atuação eficaz com base em critérios comerciais e, em conformidade com isso, uma exigência de responsabilidade quando fosse o caso, senão que se chegou a uma interferência total das instâncias políticas (ministro tutor diretamente ou através de entes de gestão, comissões delegadas do governo, comitês interministeriais etc., segundo os países) que não se traduz naquelas diretrizes básicas, nem no controle por nomeação e remoção direta e livre de diretores, conselheiros etc., mas que se estende inclusive à gestão ordinária (salários, tarifas, inversões, financiamento, comercialização, produção etc.), dando lugar a uma confusão dos poderes e das responsabilidades, o que se agrava ainda mais com as mudanças produzidas pela alternância política."

A regulação outrora praticada pelo Estado visava mais aos interesses secundários, próprios do ente estatal, do que ao interesse primário, público, aludindo-se à clássica distinção realizada por Renato ALESSI (1970). A atividade regulatória buscava preservar os interesses do ente estatal incumbido da prestação dos serviços em vez de proteger os usuários, destinatários finais.

Hodiernamente, pretende-se a imparcialidade na regulação, feita por um ente administrativo independente da volatilidade das decisões políticas. Não se pode cogitar que a regulação denote a instabilidade das políticas públicas implementadas por cada administração, mesmo porque se está diante de uma entidade que presta atividade típica de Estado e não deste ou daquele Governo. Como aponta Floriano Azevedo MARQUES NETO (SUNDFELD, 2001: 82):

"A instituição de entes reguladores autônomos revela-se como um recurso capaz de viabilizar: i) uma ação regulatória mais sintonizada com os interesses existentes na Sociedade (alternativamente à regulação autoritária e unilateral cabente num contexto de Estado autoritário); e (ii) uma esfera ordenadora e equalizadora dos interesses embatentes num dado setor da economia e da Sociedade, a um só tempo permeável aos interesses dos diversos atores envolvidos (produtores e consumidores da utilidade pública) na atividade regulada (permeável, pois, aos interesses existentes na esfera privada) e promotora dos interesses públicos difusos (razão de ser da esfera pública), mormente daqueles que não possuem representação nem no nem *perante o aparelho estatal".*

Nesse diapasão, buscou o Constituinte brasileiro novas formas de intervenção estatal, inovando na ordem jurídica com a criação de agências reguladoras (EC nº 08/95 e EC nº 09/95). Não existe no Direito brasileiro uma lei geral que as discipline; a criação está ocorrendo a partir de leis esparsas, como a Lei nº 9.427/96 (Agência Nacional de Energia Elétrica — ANEEL), Lei nº 9.472/97 (Agência Nacional de Telecomunicações — ANATEL), Lei nº 9.478/97 (Agência Nacional de Petróleo — ANP). Observe-se que o surgimento de algumas agências prescinde da previsão constitucional, é o caso da ANEEL, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária — ANVISA (Lei nº 9.782/99), da Agência Nacional de Saúde Suplementar — ANS (Lei nº 9.961/00).

2.3 — Características das Agências Reguladoras

2.3.1 — Independência

A adoção, no Brasil, do paradigma francês de unidade administrativa, a despeito de o nosso arcabouço constitucional ser inspirado no modelo norte-americano, gera uma série de impasses quanto à possibilidade de aplicação do modelo das agências reguladoras. Nos Estados Unidos, País inspirador do modelo, o Presidente da República não é ao mesmo tempo Chefe da Administração Pública Federal (como ocorre no Brasil, artigo 84, II, da Constituição Federal), o que torna mais viável a proposta de independência e de ausência de subordinação hierárquica relativa às agências.

No Brasil, a criação das agências reguladoras não trouxe em seu bojo as modificações constitucionais necessárias ao adequado funcionamento das características que lhes são próprias. A personalidade jurídica de "autarquias especiais", vinculadas aos Ministérios respectivos, gera indagações quanto à neutralidade das decisões tomadas pelos dirigentes, se são técnicas ou politizadas. Em que medida se espera independência de um ente vinculado a Ministérios? Carlos Ari SUNDFELD explicita a essencialidade da independência das decisões das agências reguladoras perante o Poder Executivo (2001: 25):

"A opção por um sistema de entes com independência em relação ao Executivo para desempenhar as diversas missões regulatórias é uma espécie

de medida cautelar contra a concentração de poderes nas mãos do Estado, inevitável nos contextos intervencionistas. A nova realidade da vida exige que o Estado interfira mais na economia? Pois bem, que se lhe reconheçam funções de regulador, mas sem somá-las a todos os vastos poderes de que o Executivo já dispunha. Daí a reivindicação, forte especialmente entre as empresas mais sujeitas à regulação — ou de organizações não-governamentais, em relação, por exemplo, à regulação ambiental, de que o regulador não seja o Executivo, mas um ente com toda a autonomia possível".

2.3.2 — Poder de resolver contendas em última instância administrativa

No referencial norte-americano, as agências reguladoras têm autoridade legislativa para limitar direitos e impor obrigações, bem como autoridade judicial para resolver definitivamente eventuais controvérsias oriundas da regulação. O maior ou menor grau de independência de tais agências dependerá dos poderes que lhes forem concedidos quando da criação. Bernard SCHWARTZ (1976: 05) acentua os poderes das *regulatory agencies*:

> *"Present-day administrative agencies are vested with authority to prescribe generally what shall or shall not to be done in a given situation (just as legislatures do); to determine whether the law has been violated in particular cases and to proceed against the violators (just as prosecutors and courts do); to admit people to privileges not otherwise open to members of public (as the Crown once could do); and even to impose fines and render what amount to money judgments".*

No presente, novas estruturas de regulação vêm sendo criadas nos Estados Unidos; gradualmente o sistema adotado no "New Deal" é substituído, de forma que o atual poder regulador distribui-se em uma estrutura mista, que conjuga tanto a participação de entes públicos como privados.

A plenitude de controle pelo Poder Judiciário Brasileiro torna inafastável deste a verificação de qualquer lesão ou ameaça de lesão, conforme disciplina o artigo 5°, XXXV, da Constituição Federal de 1988. Somente por meio do Poder Reformador Constitucional poder-se-ia prever o esgotamento das instâncias administrativas para posterior ingresso no Poder Judiciário[3] Esta solução traria o benefício da celeridade e da especialidade no julgamento das matérias objeto de discussão.

A agência reguladora, ao exercitar o poder concedente, pode ser uma das partes na contenda, gerando indagações acerca da imparcialidade e neutralidade do julgamento. Sobre o modelo norte-americano, Bernard SCHWARTZ (1976: 10) aponta:

3 Esse tema, contudo, é controverso. Muitos defendem a impossibilidade de condicionar o ingresso ao Poder Judiciário ao prévio esgotamento das instâncias administrativas, devido à limitação prevista no artigo 60, § 4°, IV da Constituição Federal.

"A court is an impartial arbiter, its sole job that of deciding cases brought by outside parties; it has no responsibility other than deciding which of the contesting claims is correct. The same is not true of the agency. There are two types of case in the administrative process: (1) the agency may, like a court, be in the position of a judge between two outside parties; (2) the case to be decided is one in which the agency itself is a party (this is the most significant difference between an agency exercising judicial-type authority and a court)".

2.3.3 — Especialidade

Uma das justificativas para a proliferação das agências reguladoras é a alta complexidade da atividade administrativa que desenvolvem, não afeita a saberes genéricos. A atuação desses entes requer um tipo de conhecimento técnico, especializado, de forma a melhor solucionar as questões que forem apresentadas.

A independência das agências reguladoras surge como corolário do alto grau de discricionariedade técnica dos atos regulamentares. Tal característica foi alvo de discussão nos Estados Unidos: percebeu-se que os atos técnicos, a princípio restritos a decisões de casos concretos (*adjudications*), passaram a se estender a imposição de verdadeiras normas (*rulemaking*), em que havia nítida opção política se sobrepondo à técnica.

No Brasil, a criação de entes com atribuições técnicas e reguladoras, e suposta neutralidade política, esbarra em óbices, como o princípio da reserva legal (artigo 5°, II da Constituição Federal), a competência privativa do Presidente da República quanto à expedição de decretos e regulamentos para execução das leis (artigo 84, IV da Constituição Federal), os limites do contencioso administrativo (artigo 5°, XXXV da Constituição Federal), além do artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal — ADCT, revogando todos os dispositivos legais que atribuíssem ou delegassem ações normativas aos órgãos do Poder Executivo.

As agências reguladoras não possuem competências para atuar fora do marco de especialidade que lhes foram atribuídas pelas leis instituidoras. O princípio da especialidade, todavia, vem sendo questionado pela doutrina, porque as entidades de regulação do setor terminam por ser "capturadas" pelas empresas reguladas. Os dirigentes das agências, escolhidos devido à especialização de conhecimentos, atuaram no mercado que passaram a regular, levantando dúvidas em relação à imparcialidade de suas decisões, que, em alguns casos, poderão representar mais os interesses das empresas reguladas do que o interesse público.

Outra questão que causa espécie em relação a este princípio surge da criação, por alguns estados-membros, de agências reguladoras multisetoriais, como a Agência Estadual de Regulação e Controle de Serviços Públicos no Pará — ARCON (Lei estadual n° 6.099/97), a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados no Ceará — ARCE — (Lei estadual n° 12.786/97), a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados, no Rio Grande do Sul — AGERGS — (Lei estadual n° 10.931 /97).

Se a criação das agências pressupõe a especialidade no conhecimento da matéria regulada, de modo que os dirigentes sejam técnicos absolutos no serviço a regular, como se pode esperar dirigentes especialistas em *todos* os serviços regulados pelas agências multisetoriais? Como tais dirigentes poderiam evocar a especialidade para justificar o poder normativo das agências? Acredito que tais casos denotam a avidez pelo empréstimo de modelos alienígenas, a intenção de "modernidade", sem que tenha havido, contudo, o acurado estudo prévio relativo aos institutos em debate, além de, é claro, flexibilizar as normas relativas ao regime de pessoal, licitação, controle externo.

2.3.4 — Estabilidade dos Dirigentes

A direção das agências reguladoras federais é feita por um colegiado, com mandatos não coincidentes, sujeitos ao período de quarentena após o término. A estabilidade dos mandatos dos dirigentes é uma conseqüência do princípio da independência na atuação das agências reguladoras. Significa que, à exceção dos casos legalmente previstos, como crimes de improbidade administrativa, violação grave dos deveres funcionais, descumprimento do contrato de gestão, não poderão os dirigentes ser demitidos ao arbítrio do Ministro ou do Presidente da República.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.949-0, proposta em relação à estabilidade dos dirigentes da AGERGS, o Supremo Tribunal Federal considerou não se aplicar à espécie a sua Súmula 25, assim redigida: "A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo dirigente de autarquia". Ao entender incidirem as restrições quanto à demissibilidade dos dirigentes pelo Governador, reconheceu que a não-estabilidade no cargo iria ferir os requisitos de imparcialidade e neutralidade das decisões, que não poderiam ser tomadas de acordo com as conveniências deste ou daquele governo[4].

O *caput* do artigo 8º da Lei nº 9.427/96[5], instituidora da ANEEL, trazia uma norma mitigadora da estabilidade dos dirigentes, na medida em que estabelecia a

4 No mesmo sentido está consolidada a jurisprudência nos EUA: *"The Federal Trade Commission is an administrative body created by Congress to carry into effect legislative policies embodied in the statute in accordance with Legislative standard therein prescribed... Such a body, cannot in any proper sense be characterized as an arm or an eye of the executive. Its duties are performed without executive leave and, in contemplation of the statue, must be free from executive control... We think that it plain under the Constitution that illimitable power of removal is not possessed by the President in respect of officers of the character of those just named. The authority of Congress, in creating quasi-legislative or quasi-judicial agencies, to require them to act in discharge of their duties independently of executive control cannot well be doubted; and that authority includes, as an appropriate incident, power to fix the period during which they shall continue in office, and to forbid removal except for cause in the meantime. For it is quite evident that one who holds his office only during the pleasure of another cannot be depended upon to maintain an attitude of independence against the latters will"* (Mr. Justice Sutherland. Apud Schwartz, 1976: 12).

5 Artigo 8º da Lei nº 9.427/96, revogado pela Lei nº 9.986/00: "A exoneração imotivada de dirigente da ANEEL somente poderá ser promovida nos quatros meses iniciais do mandato, findos os quais é assegurado seu pleno e integral exercício".

possibilidade de exoneração imotivada por parte do Presidente da República. Tal previsão terminava por diminuir a necessária independência dos dirigentes no trato da matéria regulada, haja vista que qualquer decisão técnica que viesse a desagradar o governante de então poderia levar à destituição do dirigente, o que parecia contrário à finalidade precípua a que fora investido. Referido artigo foi expressamente revogado pela Lei nº 9.986/2.000, instituidora do regime de pessoal das agências reguladoras.

Os dirigentes deverão ter reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, sendo escolhidos pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea *f* do inciso III do artigo 52 da Carta Política da República. Após o término do mandato, ficarão sujeitos ao período de quarentena, ou seja, não poderão prestar qualquer tipo de serviço no setor público ou em empresa regulada pelo prazo de quatro meses.

É preciso destacar que durante este período o ex-dirigente ficará vinculado à agência e fará jus à remuneração equivalente à do cargo de direção que exerceu, sendo assegurados, se servidor público for, todos os direitos como se estivesse em efetivo exercício das atribuições do cargo. Resta saber se a manutenção do vínculo com a agência não trará ao dirigente a possibilidade de obter informações privilegiadas, ainda que não mais esteja no exercício efetivo do cargo que ocupara.

2.3.5 — Poder Normativo

Talvez a principal controvérsia existente no que tange às agências reguladoras refira-se ao poder regulador que lhes é próprio. Maria Sylvia di PIETRO (1999) chega a afirmar que o poder regulador somente poderia ser exercido pelas agências previstas na Constituição Federal: artigo 21, XI — ANATEL — e artigo 177, § 2º, III — ANP.

Nos Estados Unidos, a justificativa da delegação de poderes normativos foi disseminada a partir de três teorias: *conhecimento técnico* (justifica-se a delegação pelo despreparo técnico do Congresso para normatizar a matéria); *transmissão democrática* (aceita-se a delegação legislativa feita às agências pelo fato de terem sido criadas por lei e por ser o legislador o detentor da legitimidade constitucional para transferir as balizas de atuação); e *teoria do procedimento* (a normatização feita pelas agências estaria legitimada por garantir a atuação dos interessados na tomada de decisões).

Esta questão do poder regulador leva a algumas considerações sobre o atual estado do princípio da separação de poderes, além do princípio da legalidade.

As agências reguladoras são dotadas de funções quase judiciais, porque resolvem, em última instância administrativa, os conflitos que lhe são apresentados; funções executivas, porque a elas cabe a concretização das políticas públicas formuladas para o setor, devendo alcançar as metas disciplinadas no contrato de gestão; e funções reguladoras, devido à necessidade de regulamentar questões específicas e complexas próprias ao âmbito de regulação.

MONTESQUIEU admira o modelo da constituição inglesa, na qual os poderes executivo, legislativo e judiciário[6]estariam nitidamente separados e cada um independeria dos outros dois, o que seria a melhor garantia da liberdade dos cidadãos e, ao mesmo tempo, da eficiência das instituições políticas.

A famosa teoria da separação dos poderes está delineada no "Espírito das Leis" de MONTESQUIEU, no Livro XI da obra, sob o título *Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a Constituição.* Afirma o autor (1998:165 e ss) que a liberdade política do cidadão só existe nos estados moderados, e mesmo assim, quando nesses estados não se abusa do poder, já que a experiência demonstra que todo aquele que possui poder tende a abusar dele. O poder se expande até onde encontra barreiras. Para que não haja abusos, é indispensável que o Poder limite o Poder.

No Capítulo VI, *Da Constituição da Inglaterra*, sustenta o filósofo político que há em cada Estado três tipos de poderes, que são: a) *o poder legislativo*, que deve fazer as leis ou alterá-las quando necessário; b) *o poder executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes* (o Poder Executivo tal qual conhecemos hoje), que tem a função de dar execução às leis, fazer a guerra e a paz, enviar e receber embaixadas, bem como prevenir invasões; e c) *o poder executivo das coisas que dependem do Direito Civil* (o atual Poder Judiciário), ou simplesmente, poder de julgar, cuja função é punir os crimes c julgar as demandas dos particulares.

Conclui o iluminista[7]que a liberdade política do cidadão só pode ser alcançada quando houver a separação dos poderes estatais. Reunidos os poderes legislativo e executivo na mesma pessoa, não existiria mais liberdade. É que haveria sempre a possibilidade de o monarca criar leis tirânicas para ele mesmo as executar, tiranicamente. Também não haveria liberdade se o poder que julga não estivesse separado do poder executivo e do legislativo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, transformando o juiz em legislador, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos se transformaria em arbitrariedade. Se estivesse ligado ao executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

O poder executivo deveria ficar nas mãos de um monarca, porque esta parte do governo, que quase sempre precisa de uma ação instantânea, é melhor administrada por um do que por muitos, enquanto aquilo que depende do poder legislativo é freqüentemente melhor ordenado por muitos que por um só.

Assim conclui o autor: "Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse esses três poderes:

6 ROUSSEAU não admite a tripartição dos Poderes estatais porque afirma ser a soberania una, o que impossibilitaria a divisão. Versa, porém, sobre o exercício de funções negativas relativas às demais funções, como o direito de veto.

7 O pensamento de MONTESQUIEU contribuiu de tal forma para as idéias revolucionárias francesas que atinge o paradigma de um dogma, como princípio de organização do Estado Liberal. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, determina, em seu artigo 16: *"Toute societé, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs détérminée, n'a point de constitucion"* (Toda sociedade em que não esteja assegurada a garantia de direitos, nem estabelecida a separação de poderes, não tem Constituição) Tradução nossa.

o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar crimes ou as demandas dos particulares" (1998: 168). Destarte, cada Poder deverá circunscrever-se às suas funções naturais, freando os demais Poderes para evitar a usurpação, resultando em um Governo Moderado, em que imperará a lei, e, portanto, a liberdade política dos cidadãos.

O poder executivo deve regular a época e a duração das legislaturas, de acordo com as circunstâncias dele conhecidas. Deve tomar parte na legislação a partir da faculdade de impedir[8]. Se o Monarca participasse por intermédio da *faculdade de estatuir*[9], não haveria mais liberdade.

A limitação do poder pelo outro não conduziria à paralisia da ação. Do contrário, tenderia a torná-los solidários, equilibrando forças opostas, combinando poderes que se distinguem e se unem, fortalecendo-se mutuamente. Talvez esta seja a principal distinção da teoria de MONTESQUIEU com a de LOCKE, porque enquanto nesta há uma nítida desconfiança entre os poderes estabelecidos, o iluminista opta por considerá-los acordados mutuamente.

Originariamente, a separação de poderes foi um valioso instrumento do liberalismo para conservar as garantias instituídas, salvaguardar os interesses individuais, expressando a necessidade de distribuir e controlar o exercício do Poder Político. O estabelecimento de funções, competências e legitimações gera o controle recíproco ("check and balances") e a responsabilização ("accountability"), visando a coibir o abuso e a concentração de poderes. A moderna doutrina propaga que as técnicas de controle do constitucionalismo representam corretivos eficazes ao rigorismo da separação de poderes, sendo suficiente a separação das funções estatais, atuando em cooperação, de forma harmônica e equilibrada.

Na medida em que as agências reguladoras encerram funções típicas dos três poderes, é necessário que haja uma delimitação precisa dos contornos da sua atuação, sem o que terminaria por descambar na criação de um ente com poderes superiores aos do criador.

O princípio da legalidade determina a sujeição e subordinação da Administração Pública às normas e prescrições emanadas do Poder Legislativo. Questiona-se se as agências reguladoras poderiam inovar no Ordenamento Jurídico.

EROS Roberto GRAU (1996: 187 e ss) defende que o poder normativo abarca o poder legislativo, o poder regulamentar e o poder regimentar. A função normativa regulamentar da Administração Pública adviria de um poder derivado, mas poderia instituir normas primárias, sem que isso viesse a caracterizar derrogação ao princípio da separação de poderes. A ausência de uma moldura legislativa não impediria a Administração Pública de dispor de direitos e impor obrigações aos particulares, inovando na ordem jurídica, porque é próprio da Administração o poder regulamentar, inserido na função normativa.

Assim versa o autor: "Os regulamentos autônomos ou independentes são emanados a partir da atribuição implícita do exercício de função normativa ao Executivo,

8 Direito de tornar nula a resolução tomada por outrem.

9 Direito de ordenar por si, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem.

definida no texto constitucional ou decorrente de sua estrutura. A sua emanação é indispensável à efetiva atuação do Executivo em relação a determinadas matérias, definidas como de sua competência". Nessa linha de raciocínio, poder-se-ia concluir que as agências reguladoras estariam autorizadas a criar direito novo, por meio de regulações, ainda que despidas da previsão legal.

A despeito da profundidade da análise do autor, é preciso destacar a posição minoritária em que se encontra. A maior parte da doutrina entende que o princípio da legalidade vincula a atuação administrativa, de forma que esta deve estar adstrita aos limites previstos em lei, explicitando o que fora legalmente previsto. A lei atua como fundamento de validade da atuação regulamentar, que deve apenas explicitar o modo de execução necessário ao cumprimento dos objetivos. José Afonso da SILVA (1989: 367) esclarece:

> *"O princípio é de que o Poder Regulamentar consiste num poder administrativo no exercício de função normativa subordinada, qualquer que seja seu objeto. Significa dizer que se trata de poder limitado. Não é Poder Legislativo; não pode, pois, criar normatividade que inove a ordem jurídica. Seus limites naturais situam-se no âmbito de competência executiva e administrativa, onde se insere. Ultrapassar esses limites importa em abuso de poder, em usurpação de competência, tornando-se írrito o regulamento dele proveniente. A lição de Oswaldo BANDEIRA DE MELLO é lapidar quanto a isso: "O regulamento tem limites decorrentes do Direito Positivo. Deve respeitar os textos constitucionais, a lei regulamentada, a legislação em geral e as fontes subsidiárias a que ela se reporta'".*

Apenas a lei em sentido formal poderia impor obrigações e restringir direitos. As agências reguladoras atuariam dentro dos limites legais, explicitando os preceitos, sem inovar no ordenamento jurídico.

O fundamento do poder regulador não pode advir de *standards*, quais sejam, dispositivos genéricos que fixem as competências das agências. Deve haver uma forte e bem articulada base legal que justifique o exercício da normatização por parte das agências reguladoras.

A obediência ao princípio da legalidade não significa que a regulamentação deve repetir aquilo que está previsto em lei, mesmo porque a norma legal não traz precisamente o conteúdo, a forma, a oportunidade da matéria a ser regulada. Decorre daí a necessidade de fazer leis que disciplinem a matéria, não de modo a engessá-la (para que o desenvolvimento da regulação acompanhe o progresso do setor), mas também que não sejam tão amplas a ponto de delegá-las a função de autonomamente regulamentar as questões. A lei deverá definir as metas principais a serem perseguidas, os princípios a serem observados, os limites de atuação, os contornos das atividades das agências reguladoras, as finalidades a que foram instituídas, concedendo-lhes, todavia, uma certa margem de atuação.

José Roberto Pimenta de OLIVEIRA (SUNDFELD, 2.001: 330 e ss) analisa a evolução da delegação normativa feita para as agências reguladoras nos Estados Unidos. A Suprema Corte Americana vem entendendo de forma pragmática, reco-

nhecendo que as delegações legislativas são necessárias pela proliferação das atividades das agências em setores muito diversos, e que o Congresso não tem conhecimento técnico, nem experiência necessária, para legislar exaustivamente sobre todas as matérias.

A captura do Direito pela Economia é um dos principais problemas que podem ocorrer da baixa densidade normativa das leis atributivas de poder normativo às agências reguladoras. Em vez de prevalecer a segurança jurídica, a garantia dos direitos individuais, a estabilidade de que apenas a lei pode sujeitar a conduta dos cidadãos, terminaria por predominar normas que acompanhassem a velocidade das inovações tecnológicas e a complexidade da matéria.

O instituto da delegificação (ou deslegalização) vem sendo discutido pela doutrina como uma das soluções possíveis em relação ao poder normativo das agências reguladoras. Por meio dele, o legislador atribui um amplo campo de atuação normativa à Administração Pública, que não deixaria de permanecer subordinada ao princípio da legalidade, haja vista que os regulamentos expedidos administrativamente não teriam força de lei, sendo revogáveis por leis posteriores, sem revogar as anteriores.

Nas palavras de DIOGO DE FIGUEIREDO Moreira Neto (2000: 166): "a delegificação consiste na retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (*domaine de la loi*) passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l'ordonnance*)". A lei de delegificação não é uma lei de regulação material, mas sim uma lei que limita seus efeitos ao possibilitar aos regulamentos inovar em uma matéria até então regulada por lei.

Alexandre ARAGÃO (2001: 51) entende que não haveria qualquer inconstitucionalidade na delegificação, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria.

Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR (2000: 147) expõe sobre a delegação nominada — poder regulamentar atribuído privativamente ao chefe de governo, restrita à forma prevista na Constituição — e a delegação inominada — quando se estabelecem normas para implementação de leis que contenham princípios e diretrizes gerais (as *loiscadres* dos publicistas franceses ou as *massnahmengesetze* dos alemães) ou quando se visa à consecução de serviços públicos e do exercício do poder de polícia.

Haveria os *regulamentos de complementacão*, para os casos em que caberia ao Legislativo o estabelecimento explícito das normas gerais, dos princípios e dos critérios diretores, sob cuja égide ocorreriam especificações de natureza executiva que não apenas particularizassem o conteúdo, mas, de algum modo, criassem regras dentro das linhas fixadas pelo legislador; os *regulamentos de execução*, cujo objetivo seria explicitar o conteúdo das leis e descer a pormenores que tornassem regular, disciplinada e viável a efetiva aplicação; e os regulamentos autônomos, constituídos por atos normativos do Executivo, incondicionados em face de lei ordinária e fundados em reserva regulamentar autônoma, por meio dos quais seriam disciplinadas matérias não submetidas à reserva legal ou para as quais não haveria, eventualmente, lei ordinária.

Sob a ótica da divisão dos poderes, o regulamento é competência própria da atividade administrativa, que dispõe de uma certa margem de discricionariedade, balizada sempre por uma ordem legal. Por esse prisma, salvo os regulamentos de execução, dificilmente poder-se-ia admitir que os regulamentos de complementação e os regulamentos autônomos não se constituiriam em uma forma de delegação legislativa, de discutível sustentação perante a tripartição dos poderes.

O Supremo Tribunal Federal discutiu os limites do poder regulamentar a serem exercidos pelas agências reguladoras na ADIn 1.668-5. O artigo 19, IV e X da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações — LGT —, que instituiu a ANATEL) tem o seguinte teor:

> "Artigo 19: À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:
> (...)
> IV — expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;
> (...)
> X — expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado".

A Corte brasileira terminou por conceder aos dispositivos mencionados interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, com o objetivo de fixar a exegese segundo a qual a competência da ANATEL para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado.

Claro resta estabelecida a posição de que o poder regulamentar, inerente às agências reguladoras, deve ser exercido nos moldes das leis instituidoras, de forma a delimitar os princípios, estabelecer o alcance, especificando o sentido a ser aplicado em cada caso. A pretensão de transpor os misteres regulamentares, ao invés de fortalecer o instituto, terminaria por enfraquecê-lo, diante da interpretação restritiva da Corte Constitucional brasileira.

3. Conclusão

A transferência das funções de utilidade pública do setor público para o privado, com o fenômeno da privatização, atribui ao Estado poder crescente de regulamentação, fiscalização e planejamento da atividade privada. No Brasil, o programa de reforma no Estado decorre da incapacidade de o setor público prosseguir como principal agente financiador do desenvolvimento econômico, sendo imperiosa a necessidade do aprimoramento do exercício das funções reguladoras. A retirada do Estado na prestação direta da atividade econômica não significa uma redução do intervencionismo estatal. Do contrário, faz-se necessária a criação de entes despro-

vidos de subordinação, com autonomia perante as ingerências políticas, com funções técnicas delimitadas, para que a prestação de serviços essenciais à população não fique ao alvitre de empresas privadas.

Teoricamente, as agências reguladoras não poderiam estar vinculadas ao Poder Executivo, para que suas decisões fossem dotadas da imparcialidade e neutralidade necessárias ao atendimento do interesse público. Para a perfeita consecução das atividades a que foram instituídas, deveria haver isenção quanto aos instrumentos de pressão políticos e econômicos; a autonomia financeira, pela arrecadação de tributos específicos, serviria para ampliar a margem de independência das agências reguladoras. Na experiência norte-americana, excluem-se os mecanismos de supervisão e coordenação da atividade regulatória. Suas decisões não estão sujeitas à reforma por nenhuma autoridade administrativa. No Brasil, devido à adoção do sistema francês de unidade administrativa, a Administração Pública é composta de maneira hierarquizada, havendo vinculação ou subordinação dos entes que lhe compõem. Destarte, foram as agências brasileiras criadas como autarquias especiais, vinculadas aos Ministérios respectivos, retirando parcela de sua independência, uma vez que os Ministros podem ser livremente nomeados/exonerados pelo Presidente da República.

Este tipo de problema não é peculiar ao Brasil. A "agencificação" foi adotada na Europa Ocidental e nos países latino-americanos (até mesmo porque faz parte do modelo de reforma do Estado "aconselhado" pelos organismos financeiros internacionais no Consenso de Washington). Na França, a criação das *autoridades administrativas independentes*, por vezes sem previsão de personalidade jurídica, causou estranheza e diversas indagações, como bem salienta o professor Francisco QUEIROZ (2.000: 262): "A estrutura tradicional francesa foi alterada com a presença da autoridade administrativa independente. A idéia básica de um ente autônomo, sem subordinação ou vinculação a Ministérios, afastada do sentido de unidade da administração, fez surgir polêmicas e discussões sobre vários aspectos dessa nova figura". A doutrina portenha também se ressente nesse aspecto, a saber:

> *"Autarquia no significa independencia. La entidad autárquica se halla vinculada a la Administración Central por el control de tutela que se encauza procesalmente a través del recurso de alzada. Esta es una importante diferencia de régimen jurídico entre nuestros entes regulatorios y las agencias regulatorias del Derecho norteamericano cuyo grado de independencia es mayor, a raíz de que sus actos no se hallan sujetos a la revisión por parte del Poder Ejecutivo"* (COMADIRA, Julio. *Apud* CASSAGNE, 1994: 152).

No Direito brasileiro, não há previsão do Recurso de Alçada para o Ministro respectivo. Todavia, a inúmeras vezes reeditada Medida Provisória 2.190/34, de 23.08.2001, que alterou o § 6°, do artigo 8°, da Lei n° 9.782/99, denota que não raro há previsão de interferência indevida do Poder Executivo nas decisões tomadas pelas agências. Analise-se: "O Ministro de Estado da Saúde poderá *determinar a realização das ações previstas nas competências da ANVS*, em casos específicos e que impliquem riscos à saúde da população".

Para a consecução dos fins a que foram destinadas, deverão as agências reguladoras promover a participação dos usuários, consumidores, destinatários finais dos serviços no que tange à regulação da matéria. O Direito Administrativo norte-americano, conhecido como o "Direito das agências" é também referenciado por ser pioneiro na instituição dos procedimentos a serem seguidos (*Procedure Act*, 1946). Tornam-se necessárias consultas públicas, instalação de ouvidorias, conselhos consultivos, audiências que visem a romper com a unilateralidade típica do poder extroverso estatal.

Deve-se ter em mente o motivo pelo qual as agências foram criadas. Buscava-se uma regulação técnica, séria, afastada da interferência político-partidária. Entretanto, a instituição da agência reguladora no Brasil está se iniciando de uma forma completamente desequilibrada, devido à interferência do Executivo na tomada de decisões.

De nada adianta usar velhos institutos, dando-lhes uma nova roupagem, se a mudança pouco ou nada tiver de significativa. Para que as agências reguladoras efetivamente desempenhem suas funções precípuas, faz-se necessário revesti-las das garantias fundamentais de independência, de autonomia financeira, de imparcialidade e neutralidade no trato com a matéria, para que tanto os agentes econômicos a serem regulados como os destinatários finais do serviço prestado não fiquem com a falsa impressão de que o adjetivo "especial", acoplado às autarquias, veio tão-somente funcionar como um paliativo para aqueles que, cientes da importância da questão, ousaram indagar por mudanças.

4. Bibliografia

1) ALDER, John (1989). *Constitucional and Administrative Law*. London: Macmillan.
2) ALESSI, Renato (1970). *Instituciones de Derecho Administrativo*. Tomos I e II. Barcelona: Bosch.
3) AMAN JR, Alfred C (1999a). *"A global perspective on current regulatory reforms: rejection, relocation or reinvention?" In*: Global Legal Studies Journal II.
4) AMAN JR, Alfred C (1999b). *"Proposal for reforming the administrative procedure act: globalization, democracy and the furtherance of a global public interest" In*: Global Legal Studies Journal vol. 6.
5) AMARAL, Diogo de Freitas (1986). *Curso de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina.
6) ARAGÃO, Alexandre Santos (2001). *"As agências reguladoras independentes e a separação de poderes — uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais". In*: Revista dos Tribunais, ano 90, volume 768. São Paulo: RT.
7) AUTIN, Jean-Louis (1998). *"Du Juge Administratif aux autorités administratives independentes: um autre mode de régulation". In*: Revue de Droit Public et de la Science Politique em France et a L'Etranger. Paris.

8) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (1968). *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. São Paulo: RT.
9) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (1987). *Prestação de Serviço Público e Administração Indireta*. São Paulo: RT.
10) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio.(2000). *Curso de Direito Administrativo*. 12°. São Paulo: Malheiros.
11) BONAVIDES, Paulo (1972). *Do estado liberal ao estado social*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas.
12) BONDY, William. *The Separation of Powers*. In: History in the Theory and the constitutions. New York: Collumbia College.
13) BURNS, Edward McNall (1993). *História da Civilização Ocidental*, 31ª ed., vol. 2. São Paulo: Globo.
14) CAETANO, Marcelo (1997). *Manual de Direito Administrativo*. 10ª ed. Coimbra: Almedina.
15) CANOTILHO, J. J. Gomes (1999). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina.
16) CASSAGNE, Juan Carlos (1995). *Derecho Administrativo*. Vol. 2, 5ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
17) CASSAGNE, Juan Carlos (1994). *La Intervencion Administrativa*. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
18) CASSESSE, Sabino (1994). *Las Bases del Derecho Administrativo*. Madrid: ENAP.
19) CASSESSE. Sabino (1998). *"De la vieja a la nueva disciplina em los servicios públicos". In*: AeDP-8, sep/dic. Buenos Aires: Ad Hoc.
20) CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra (1997). *"Reflexões sobre o papel do Estado frente à atividade econômica". In*: Revista de Direito Público, vol. 20. São Paulo: Malheiros.
21) CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra (2000). *"A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes" In*: Revista de Direito Administrativo, vol. 219, jan/mar. São Paulo: FGV
22) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (1999). *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3ª ed. São Paulo: Atlas.
23) ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón (1995). *Curso de Derecho Administrativo*. 4ª ed. Madrid: Editorial Civitas.
24) ENTERRÍA, Eduardo García de (1998). *Legislacion Delegada Potestad Reglamentaria y Control judicial*. 3ªed. Madrid: Editorial Civitas.
25) FARIA, Anacleto de Oliveira. Coord. (1981). *Textos Clássicos de Filosofia do Direito*. São Paulo: RT.
26) FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio (2000). *"Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade". In*: Revista Tributária e de Finanças Públicas. Ano 8, n° 35, nov/dez de 2000. São Paulo: RT.
27) GRAU, Eros Roberto (1997). *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros.

28) GRAU, Eros Roberto (1996). *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros.
29) HOBSBAWM, Eric (1995). *Era dos extremos: o breve século XX — 1914-1991*, 2ª ed. São Paulo: Cia. das Letras.
30) MATTOS, Mauro Roberto Gomes de (1998). *Compêndio de Direito Administrativo — Servidor Público*. Rio de Janeiro: Forense.
31) MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de (1998). Trad. e Notas de Pedro Vieira Mota. *O Espírito das Leis*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva.
32) MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat (1979). *Do espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Abril Cultural: SP.
33) MOREIRA, Egon Bockmann (1999). *"Agências Administrativas, Poder Regulamentar e o Sistema Financeiro Nacional"*. *In*: RDA nº 218, out/dez Rio de Janeiro: FGV.
34) MOREIRA, NETO, Diogo de Figueiredo (2000). *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar.
35) OS PENSADORES (1976). Vol. XXI. Montesquieu. *O espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural.
36) PEREIRA, Luís Carlos Bresser; SPINK, Peter. *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial* (1998). 1ª ed. Rio de Janeiro: FGV.
37) RIGOLIN, Ivan Barbosa (1993). *Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva.
38) SALDANHA, Nelson (1981). *O Poder Legislativo — a separação de poderes*. Fundação Milton Campos: Brasília.
39) SALOMONI, Jorge Luís (1999). *Teoria General de los Servicios Públicos*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
40) SANTOS, Antônio Carlos; (GONÇALVES, Maria Eduarda; LEITÃO, Maria Manoel (1995). *Direito Econômico*. Coimbra: Almedina.
41) SCHMIT, Carl (1970). *Teoría de la Constitución*. México: Nacional.
42) SCHWARTZ, Bernard (1976). *Administrative Law*. Boston and Toronto: Little, Brown and Company.
43) SEMINAIRE DE PROMOTION "RENE CHAR" (1994). *Les Agences, necessite fonctionnelle ou noveaux démembrements de l'État?* Paris: ENA.
44) SILVA, José Afonso da (1989). *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros.
45) SOUSA, Leomar Barros Amorim de (1999). *A produção normativa do Poder Executivo*. Brasília: Brasília Jurídica.
46) SOUTO, Marcos Juruena Villela (1999). *"Agências Reguladoras"*. *In*: RDA, 216, abr/jun. Rio de Janeiro: Renovar.
47) SOUTO, Marcos Juruena Villela (1997). *Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações*. Rio de Janeiro: Lumen Júris.
48) SUNDFELD, Carlos Ari (1997). *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros.
49) SUNDFELD, Carlos Ari. *Coordenador* (2001). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros.

50) VENÂNCIO FILHO, Alberto (1968). *Intervenção do estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas.
51) VITA, Álvaro de (1993). *Justiça liberal: argumentos liberais contra o neoliberalismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
52) WARREN, Kenneth F. (1997). *Administrative Law in the Political System*. 3ª ed. New Jersey: Prentice Hall.