Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

AGÊNCIAS REGULADORAS

NO

DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

ABRIL / 1999

342
C377a
1999
TESE

N.Cham. 342 C377a 1999 TESE
Autor: Cavalcanti,Francisco de Queiroz
Título: Agências reguladoras no direito
6060 Ac. 289373
Ex.1 CCJ

UFPE/CCJ - BIBLIOTECA FDR
Reg. 6060
Ac. 289373 | 26/05/2000

U. F. Pe.
FAC. DE DIREITO
BIBLIOTECA
060 | 26/5/2000

Tv. 2009

AGÊNCIAS REGULADORAS
NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

Tese apresentada nos termos do Art. 116, do Regimento Geral da Universidade Federal de Pernambuco e dos itens III, m (e) XII, b, do Edital do Concurso para provimento de Cargo de ***Professor Titular*** *da disciplina* ***Direito Administrativo****, do Departamento de Direito Público Especializado, da Faculdade de Direito da UFPE [Boletim Oficial da UFPE de 30.04.98]*

Recife – abril /1999

ÍNDICE

Introdução.....p. 04

Capítulo I -
A função reguladora e os entes reguladores independentes. Breve visão comparada p.10

Capítulo II -
Agências no Direito brasileiro. Agências Executivas e Agências Reguladoras. Enquadramento na atual estrutura da Administração Pública brasileira. Autarquias e Fundações. As Agências Reguladoras como espécies do gênero Autarquia.....p.31

Capítulo III -
Critérios para definição de Agências Reguladoras no Direito Brasileiro. Estabilidade dos dirigentes e autonomia financeira.....p.60

Capítulo IV -
A atividade normativa como um dos elementos para definição das Agências Reguladoras. p.70

Capítulo V –
Agências Reguladoras e concessões..... p.94

Capítulo VI –
Agências Reguladoras e regime de pessoal.....p.99

Capítulo VII –
Algumas experiências estaduais de criação de Agências Reguladoras p.103

CONCLUSÕES.....p.115

Bibliografia.....p.120

INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo, quer no Brasil, quer nos Estados que têm servido de referencial ao modelo deste país vêm sofrendo grandes mudanças. Os princípios básicos da Administração Pública evoluíram e se alteraram. Conceitos como o de discricionariedade[1] foram melhor lapidados. A moldura do Direito Público passou a ser mais permeável em relação ao Direito Privado. Evoluiu-se do Ato Administrativo para o Procedimento, com o aprimoramento da participação dos Administrados para a formação da vontade da Administração Pública.

"O Direito Administrativo de mão única caminha para modelos de colaboração, acolhidos em modernos textos constitucionais e legais, mediante a perspectiva de iniciativa popular ou de cooperação privada no desempenho das prestações administrativas"[2] . A procedimentalização[3], fundada modernamente em textos como o APA norte-americano e a Lei do Procedimento Administrativo da Alemanha [de 25.05.1976] é uma realidade presente nos principais ordenamentos jurídicos ocidentais. A contratualização é outra realidade inafastável e com ela o fortalecimento do direito dos usuários de serviços, não mais meros administrados, destinatários

---

[1] Vide, dentre outros, Maria Sylvia ZANELLA DI PIETRO : *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo : Atlas, 1991

[2] TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo Participativo*, in_____ Revista de Direito Administrativo 209. Rio de Janeiro :FGV, julho/setembro-1997, p.02

[3] Consulte-se David DUARTE. *Procedimentalização, participação e fundamentação : Para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório.* Coimbra : Almedina, 1996, p.106 e segs.

sem participação na formação da vontade da Administração. Por outro lado, os mecanismos de parceria se aprimoram e os papéis do Estado vão sendo paulatinamente alterados e reduzidos. Esse tendência reducionista se fez e se faz presente como ressaltado pela doutrina, em contraposição à idéia do Estado intervencionista, subsidiário, instrumento para a redução das desigualdades setoriais e regionais, representado no Brasil pelo ciclo iniciado com a Constituição de 1934 e que se estendeu até a Carta de 1988, na sua versão primitiva[4] , cuja base ideológica fundava-se na idéia que enquanto

> *"el Estado tradicional se sustentaba en la justicia comutativa, el Estado social se sustentaba en la justicia distributiva; mientras que el primero asignaba derechos sin mención de contenido, el segundo distribuye bienes jurídicos de contenido material."* [5]

Esse paradigma de Estado Social é que se teve como parâmetro nas constituições brasileiras, no período 1934 a 1988.

No caso brasileiro, esse modelo, em relação à intervenção do Estado na atividade econômica caracterizou-se por três vertentes :

> *"a) O Estado como sujeito da atividade econômica; b) o Estado como ente regulador, basicamente com o exercício do poder de polícia sobre as atividades econômicas [tendo, também, atividades de planificação];c) O Estado exercendo atividades indutoras, através ,p.ex., de política fiscal e creditícia no sentido de motivar atividades consideradas relevantes para o desenvolvimento econômico e social. Com essas formas mestras o Estado influenciava o exercício das <<funções alocativa, redistributiva e estabilizadora>> ".* [6]

Esse padrão foi sendo paulatinamente alterado, motivado por fatores endógenos e sobretudo , exógenos, prevalecendo a tendência de redução dos papéis do Estado, inclusive no campo das atividades administrativas, concretizando-se com as alterações constitucionais levadas a cabo na Carta Brasileira de 1988, sobretudo, aquelas que afetaram a participação do Estado na ordem econômica e social, com as Emendas de n.º s 06/95, 08/95, 09/95 e

---

[4] Relevante para conhecimento da evolução da intervenção do Estado na atividade econômica no período 1934 / 1967, consulta a Alberto VENANCIO FILHO : *A intervenção do Estado no domínio econômico. O Direito Público Econômico no Brasil.* Rio de Janeiro : Renovar [edição fac-similar de 1968]

[5] GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo.* Madrid : Alianza editorial,1995, p.27

[6] CAVALCANTI, Francisco. *Reflexões sobre o papel do Estado frente à atividade econômica,* in_____Caderno de Direito – 3, Recife: APPE, junho-1997,p.63

também a de nº.19/98 que completou o ciclo de reformas quanto ao disciplinamento do Estado interventor, tendo, também, alterado profundamente, a disciplina constitucional dos servidores públicos, inclusive quanto a institutos básicos e eles pertinentes como estabilidade, disponibilidade e outros característicos de seu regime jurídico. Ressalte-se, por outro lado, a drástica redução da participação do Estado como agente da atividade econômica a partir do Plano Nacional de Desestatização, da disciplina das concessões e permissões pelas leis nos.8.987/95 e 9.074/95, das alterações no regime jurídico das Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas, etc. Não se olvide outro aspecto relevante que foi o surgimento da figura das "Organizações Sociais", pela lei n.º 9.637, de 15.05.98, como entes privados para exercer atividades sem fins lucrativos, dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção do meio ambiente, à cultura e à saúde, atividades muitas delas anteriormente exercidas por fundações públicas e autarquias, recebendo, inclusive, transferências de verbas públicas, tendo bens e pessoal cedido, como foi o caso da Fundação Roquete Pinto, extinta, com a criação da Associação de Comunicação Educativa Roquete Pinto – ACERP, qualificada como Organização Social, que firmou contrato de gestão com a União Federal " *para fomento e execução de atividades nas áreas de produção e veiculação de radiofusão educativa e cultural por meio do estabelecimento de parceria entre as partes contratantes*" absorvendo todas " *as atividades de produção e veiculação de radiofusão educativa da extinta Fundação Roquete Pinto*" .

A implantação desse conjunto de reformas, além daquelas inseridas na Emenda nº.20/98, suas motivações mediatas e imediatas, suas conseqüências, as normas necessárias para que alcancem efetividade, faz com que o momento seja muito fértil para a exploração de novos temas no campo do direito administrativo. Os contratos de gestão, tidos, atualmente, como um dos pilares da administração de resultados, consagrados no Art.37, parágrafo 8º da Constituição Federal, as entidades representativas do "público não estatal", ou seja as já citadas Organizações Sociais, as Agências, a disciplina dos novos regimes jurídicos dos servidores públicos, a procedimentalização da Administração, são exemplos de uma gama imensa de temas que podem ser explorados em uma tese no âmbito do direito administrativo.

Optou o autor por centrar seus estudos no exame da figura da ***Agência Reguladora no Direito Brasileiro.*** Evidentemente, para tentar apreender o sentido desse instituto necessitou recorrer, em muito, ao tratamento a ele dispensado pela doutrina em Estados que há bem mais tempo já o disciplinam,

ou disciplinam entes visando atingir a mesma finalidade, como as autoridades administrativas independentes francesas, embora, não se olvidando a secular lição de CORMENIN, no sentido que " ***chaque pays a ses institutions, chaque institutions ses problémes, et chaque problêms sa solution propre***"[7] e que muitas vezes não é observada, importando-se, adotando-se e reproduzindo-se institutos e estudos sobre institutos sem a adequada adaptação ao sistema brasileiro. No caso do estudo sobre as Agências, o recurso à doutrina estrangeira fez-se necessário em função da inexistência de adequada bibliografia nacional . Poder-se-ia até dizer, da quase inexistência de qualquer bibliografia significativa sobre *Agências Reguladoras* no Brasil. Motivou o autor, também, o fato da figura das Agências Independentes Reguladoras ou de institutos análogos ter migrado daqueles Estados nos quais surgiram, como os Estados Unidos e Reino Unido, para a grande maioria dos Estados europeus ocidentais e daí, para muitos Estados periféricos, sendo sua utilização, inclusive, recomendada por Instituições Internacionais formadoras de modelos para utilização em Estados subdesenvolvidos. Nessa linha aportaram as Agências Reguladoras no Brasil, ao lado das Agências Executivas, outra inovação, fundada nas mesmas fontes. Ressalte-se, antes mesmo de terem sido objeto de tratamento pelo jurista brasileiro. Mas, mesmo assim e nem por isso, não se pode minorar a importância dessa figura da Agência Reguladora, cujo relevo se extrai do fato de estar ela a ser utilizada atualmente como modelo, como paradigma para o exercício de funções reguladoras pelo Estado Brasileiro. Verifica-se uma forte tendência no sentido de pretender que a grande maioria das atividades reguladoras no Brasil sejam exercidas por esse tipo de instituição .

Há grande lacuna doutrinária que urge seja preenchida, visando evitar inclusive, inadequações, distorções e má aplicação de verbas e bens públicos na gestão dessas Agências Reguladoras que, em sua origem representam um dos pilares da Administração Pública norte-americana.

Não é intenção desse modesto autor tentar suprir a lacuna bibliográfica acerca das Agências Reguladoras, no Direito Brasileiro, mas, apenas, tentar abordar alguns pontos fundamentais acerca delas a partir, inclusive, da necessidade de se tentar precisar um conceito a ser obtido pela constatação de elementos comuns, caracterizadores, existentes naquelas já criadas e hoje integrantes da Administração Pública brasileira. É de se verificar se à luz do Direito Brasileiro aqueles entes representariam apenas uma espécie de

---

[7] CORMENIN, M. de – Droit Administratif, Paris: tome I, Thorel/Pagnerre, 1840, p. I

autarquia especial, ou se poder-se-ia ter outras espécies de pessoas jurídicas de direito público (fundações) identificadas como *Agências Reguladoras* em função do regime jurídico a que estivessem submetidas ou ainda, se as *Agências* representariam, em verdade, uma nova espécie de pessoa jurídica.

Para se fazer um adequado exame desse tipo de figura entendeu-se necessário situá-la no contexto da reforma do Estado e, sobretudo, do papel ordenador daquele, com a redução de suas atividades em "áreas sensíveis". Também se fez mister identificar a origem desse instituto e as razões de sua propagação nos Estados Ocidentais. Outro aspecto relevante, que não poderia ser esquecido é o da compatibilização ou não das agências reguladoras com a estrutura do Estado tradicional, no qual o Executivo exerce um papel de supervisor das entidades da administração indireta [cf. decreto-lei nº 200/67], com o conhecimento, inclusive, de eventuais recursos impróprios contra atos de entidades públicas dela integrantes o que fica bastante afastado em relação às Agências Reguladoras, sobretudo na sua versão original, norte-americana, levando-se em conta o nível de independência que as alcança. Essa questão tem preocupado destacados doutrinadores como MARIO NIGRO[8] Fez-se , imprescindível, ainda, neste trabalho, a análise de alguns regramentos específicos de certas Agências Reguladoras brasileiras para checar e comparar com os modelos estrangeiros e com figuras preexistentes no direito brasileiro, tentando-se, a partir daí, extrair as características das *Agências Reguladoras* aqui criadas.

Esse modesto trabalho visa, apenas tentar construir um esboço, extraindo aquelas características que possam servir como identificadoras dessas novas figuras.

Procura-se com isso, atender ao disposto no Art.116 do RGU da UFPE, apresentando uma contribuição do Autor, ainda que modesta, para o estudo dessas novas figuras, já existentes, com vários exemplos em áreas de relevo da Administração Federal, como de telecomunicações, energia, petróleo,

---

[8] Citado por Nino LONGOBARDI, destacando que à luz do direito italiano "les problèmes du rapport entre nécessité de dépendence politique de l'Administration et nécessité d'autocéphalie et d'autoresponsabilité de l'Administration et les problèmes du rapport entre centralisation et pluralisme" [*Autorités Administratives indépendentes et position institutionnelle de l'Administration Publique,* in _____RFD adm. 11 (2) mars-avr 1995, p.384

vigilância sanitária e também, na estrutura administrativa de vários Estados-Membros da Federação brasileira, sem que tenha a doutrina, ainda, lhes dado uma adequada resposta em termos de construção teórica.

As Agências Reguladoras apresentam-se como um dos principais pilares no novo tipo de Estado ou pelo menos, no novo tipo de Administração Pública que se pretende ver implantado no Brasil , sobretudo no exercício da atividade ordenadora, preponderante no modelo que se propõe , ora em fase de implantação no Brasil, com o refluxo da participação do Estado, diretamente, como agente das atividades econômicas e sociais, enfim, como ente prestador de serviços , urgindo , em contrapartida, o seu crescimento, como responsável pela regulamentação, pela atividade reguladora, de fiscalização e imposição de sanções àqueles que mediante variados mecanismos de parceria passaram e vão passar a preencher espaços e prestar serviços antes exercidos por entes vinculados ao Estado. Urge que esses papéis sejam adequadamente desempenhados pelos entes reguladores, inclusive, em termos de efetividade das normas incidentes ,[fato esse que é um dos problemas do Brasil nas mais variadas áreas], sobre o exercício das atividades reguladas .

O AUTOR

CAPÍTULO I

A INDEPENDÊNCIA DA FUNÇÃO REGULADORA E OS ENTES REGULADORES INDEPENDENTES. BREVE VISÃO COMPARADA

1. A idéia de aprimoramento do exercício pelo Estado de funções reguladoras cresce e ganha importância na medida em que ele se afasta do papel de agente das atividades reguladas. Enquanto assumia esse duplo papel a premência do controle parecia não existir, embora, em muitas situações fosse patente a ineficiência da atuação estatal e a lacuna quanto à regulação das atividades exercidas. Aquela necessidade de exercício do poder regulador e de polícia é observável com maior nitidez no tocante às atividades econômicas , sobretudo, quando o Estado de seu exercício se afasta, passando a serem essas atividades exercidas por empresas privadas, cuja atuação se pauta, normalmente, na idéia de lucro, com redução de custos e aumento dos preços de bens e serviços. Juan Carlos CASSAGNE destaca tal fato ao lembrar :

> " *el fenómeno de la privatización al abarcar la transferencia al sector privado de la gestión de los servicios públicos que antes prestaban empresas estatales, há generado la correlativa necesidad de regular esas actividades para proteger debidamente los intereses de la comunidad*" [9].

[9] CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervencion administrativa.* Buenos Aires, 1994: Abeledo Perrot, p.151

No mesmo sentido poder-se-ia citar, dentre tantos outros, Patrícia Raquel MARTÍNEZ[10] e Carlos Ari SUNDFELD[11]. Verifica-se `a medida em que o Estado deixa de ser ele mesmo, por si, ou através de pessoa jurídica sob seu controle, o responsável por uma atividade econômica ou social, cresce a necessidade de aperfeiçoamento do sistema regulador, do decorrente poder de polícia, para que haja efetividade dessa regulação. Tal aperfeiçoamento do sistema regulador resultará, em proveito, ao final, dos próprios usuários dos serviços. Essa idéia norteadora da melhoria da qualidade do serviço vem se destacando até mesmo em relação aos próprios serviços que remanescem exercendo-se diretamente através do Estado ou de suas empresas, ou de pessoas jurídicas administrativas. Não se olvide, no caso brasileiro, a recente introdução explícita do princípio da **eficiência** , algo já existente, de modo implícito, no sistema, mas sem o rol de conseqüências decorrentes da Emenda Constitucional n.º 19/98. Relacionada a esse princípio encontra-se a previsão do vigente texto constitucional, da lei disciplinando a participação dos usuários na Administração Pública direta e indireta[12] . Participação essa, aliás, já é existente em inúmeros dos ordenamentos jurídicos que, usualmente, servem de referência ao Brasil.[13]

1.1 No tocante ao novo perfil da Administração Pública, pode-se afirmar, seguindo lição da doutrina italiana, que ela evoluiu e está a evoluir daquilo que se denominava " *amministrazione di erogazione [gestione dei servizi]*", para *"amministrazione di regolazione"*, mudança essa de perfil que tem algumas conseqüências fundamentais, como ressaltou Maria Alessandra STEFANELLI, ao lecionar :

---

[10] MARTÍNEZ, Patrícia Raquel. *Sistema de control de los servicios públicos "privatizados" en la Argentina*, in _____Los Servicios Publicos . Regimen Jurídico actual. Buenos Aires, 1994 : Depalma, p.136/137

[11] SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo, 1997 : Malheiros, p.20 e segs.

[12] Prevê a Constituição, no texto emendado:

Art.37...

Parágrafo 3° A Lei disciplinará as formas de participação do usuário na Administração Pública direta e indireta, regulando especialmente :

I- As reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento do usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II- O acesso dos usuários e registros administrativos e a informação sobre atos de governo, observado o disposto no Art.5°, X, XXXIII;

III- A disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na Administração Pública.

[13] Na própria América Latina já se encontram textos legais nesse sentido, como p.ex., no caso Argentino com a Lei 24.240 e o Decreto Regulamentar 1798/94, como ressalta Juan M. FARINA em *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aires : Astrea, 1995.

" *si tutto ciò gioca la sempre maggiore frammentazione della societá , per la presenza [e per il reconoscimiento di rilevanza giuridica] di una molteplicità sempre crescente di interessi in essa presente: il che consegue la trasformazione dello stato in stato pluriclasse, nel quale il problema maggiore diviene per l`appunto contemporare tra loro gli interessi di settore; va da sé che in questa trasformazione è sempre più difficile la* ***reductio ad unun*** *,e cioè il ricondurre questa varietá di interessi a quella unità [ teorica piùche reale] che è costituitá dall`interesse pubblico"*[14]

Essa idéia de pluralidade de interesses públicos, da inexistência de efetiva unidade não é aprofundada pela doutrina brasileira, mas é algo inarredável. Às vezes o pragmatismo supera a teoria , fazendo surgir novas construções teóricas fruto das acomodações. A necessidade de regulações específicas e relativamente independentes é algo inafastável e já percebido por doutrinadores como Sabino CASSESSE, que, tendo como pano de fundo a Itália, leciona, algo nem sempre observado pelos administrativistas, ou seja,

"la Administración Italiana es- como hoy todas las de los países desarrollados- multiorganizativa, en el sentido de quel ámbito y la variedad de las funciones públicas [no sólo han hecho desaparecer la unidad de la organización en torno al Estado, sino que han impulsado y aplicado modelos organizativos diversos. Las Administraciones Públicas están, portanto o fragmentadas, o diferenciadas. Por este motivo es preferible decir que la administración es multiorganizativa antes que pluralista o policéntrica"[15]

Partindo-se da existência de focos de regulação cada vez mais nítidos, devidamente identificados e segmentados, surgiu a necessidade da existência de Entes Reguladores Autônomos. O exercício desse poder regulador por entes reguladores autônomos encontra maiores dificuldades , conforme se verá mais adiante, em Estados como o Brasil, onde o poder regulamentar está ,ao menos teoricamente, mais subordinado à moldura legislativa e ao papel de ser mero instrumento de aplicação das leis, diferentemente de outros Estados, nos quais flui esse poder de produção de normas secundárias com maior facilidade. São aqueles nos quais o ordenamento jurídico contempla a

---

[14] STEFANELLI, Maria Alessandra. *La tutela dell`utente di pubblici servizi.* Padova, 1994 : Cedam, p. 02/03

[15] CASSESSE, Sabino. *Las bases del derecho administrativo.* Madrid, 1994: Instituto Nacional de Administracion Publica, p. 154

existência de "regulamentos autônomos" e a existência de centros regulamentadores em pessoas jurídicas sem capacidade política .

1.1.1 É natural que a figura do "Ente Regulador" relativamente autônomo e também, as técnicas reguladoras, tenham se desenvolvido, inicialmente, em Estados nos quais tenha havido, historicamente, menor participação do setor público no exercício das atividades produtivas, sentindo-se, pois, com mais intensidade e mais precocemente, a necessidade de rigoroso e efetivo disciplinamento das atividades econômicas exercidas por particulares, não só no interesse direto dos usuários , mas, também , no de serem evitados abusos do poder econômico ou pelo menos, de serem minorados os efeitos desses abusos.

O exemplo dos EUA é, naturalmente lembrado. *"Nos Estados Unidos, a legislação antitruste sobreveio à existência e consolidação da grande concentração econômica ocorrida a partir de meados do século XIX... as medidas destinadas a fortalecer a concorrência foram utilizadas ainda no regime do* ***common law****...A crescente onda de concentração de gigantes na Segunda metade do século XIX representada pelas ferrovias e pelos trustes, levou ao surgimento do* ***Sherman anti-trust Act,*** *em 1890 e continuando., ainda a situação de abuso, à adoção do* ***Clayton Act*** *e à criação da* ***Federal Trade Commission*** *em 1914."*[16] [17]

Ressalte-se ainda, que foi também no sistema norte americano que primeiramente surgiu e desenvolveu-se a proteção ao consumidor, a partir de Act de 1872.[18]

Relevante lembrar que a necessidade de regular atividades e a opção pela criação de Entes Reguladores não surgiu com a mesma intensidade e nem nos mesmos momentos nos vários ordenamentos jurídicos. Foi modelo originário dos EUA e do Reino Unido paulatinamente acolhido e adaptado, por vezes com dificuldade, fruto até das molduras constitucionais existentes , por outros ordenamentos jurídicos, nos quais nem sempre obteve idênticas respostas, nem gerou idênticos institutos. De qualquer sorte, as figuras que surgiram em decorrência apresentam traços aglutinadores e caracterizadores

---

[16] FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de Proteção da concorrência. Comentários à lei antitruste. Rio de Janeiro, 1995 :Forense, p.15*

[17] No mesmo sentido consulte-se Waldirio BULGARELLI. *Concentração de empresas e Direito antitruste.* São Paulo, 1996 : Atlas, 2ed.,p.35 e segs.

[18] EPSTEIN, David; NICKLES, Steve H. *Consumer Law.* St.Paul, Minn, 1981 : West. Publishing , p.05

muito fortes que indicam as fontes inspiradoras, basicamente a referida norte-americana e com menor relevo a britânica.

1.1.2 Michel GENTOT, por exemplo, ao referir-se à origem das **autoridades administrativas independentes** na França, lecionava no sentido que "*la création et le développement des autorités administratives indépendentes sont souvent expliqués par un souci de pragmatisme s`apposant aux traditions de jurisdisme, d`egualitarisme et de rigueur cartésienne par lesquelles on définit souvent l`administration française, par la recherche d'une capacité d'expertise d'innovation et d'adaptabilite dont seraient dépourveus les structures classiques et par une défiance à l'egard d'un État bureucratique et routinier qui tiendrait un compte insuffisant des libertés individuelles. Cette triple justification conduittout naturellement à rechercher un modèle de référence dans la tradition anglo-saxonne*". [19] Ressalve-se, entretanto, que GENTOT, embora reconhecendo a inspiração anglo-saxônica do modelo tenta encontrar os principais elementos do instituto francês na própria França.[20]

A grande maioria dos doutrinadores ao refereirem-se a centros de produção normativa independentes das pessoas políticas reconhece o modelo norte-americano de AGENCIAS REGULADORAS como a principal fonte inspiradora para o surgimento de institutos similares, ou pelo menos com inúmeras de suas características, para atender à finalidade básica para a qual aquelas existem ,tanto na Europa Ocidental como em vários Estados latino-americanos, inclusive Brasil e Argentina.

1.2 AS AGÊNCIAS têm sido, efetivamente, um dos pilares da Administração Pública nos EUA e é , normalmente, com a criação delas que o Estado americano procura responder aos anseios de participação do setor público na disciplina da vida em sociedade.

> É o que lecionam GELLHORN e LEVIN, ao destacarem que " *Administrative Agencies usually are created to deal with current crises or to redress serious social problems . Through out the modern era of administrative regulation , which began approximately a century ago, the Government's response to a public demand for action has often been to establish a new Agency or to grant new powers to a existing bureaucracy. Near the turn of the century, Agencies like the Interstate*

[19] GENTOT, Michel. *Les autorités administratives indépendentes* . Paris, 1994 : Montchrestien, p.19
[20] GENTOT, Michel. Obra citada, p.20

Commerce Commission and The Federal Trade Commission were created in the attempt to control the anticompetitive conduct of monopolies and powerful corporations".[21]

A figura das Agências é uma constante e até figura de importância crescente no " Administrative Law" norte-americano, dentre elas se destacando, como espécie, as **Regulatory Agencies.** Segundo Cass R. SUNSTEIN, nos EUA, antes de 1900 existiam apenas seis grandes Agências na Administração Federal, incluindo a **Interstate Commerce Commission [1887]** e a **Comptroller of the Currency [1863].** Na década entre 1900 e 1910 apenas uma Agência Reguladora foi criada, a **Antitrust Division .** No período entre 1910 e e 1920 surgiram mais cinco novas Agências Reguladoras, dentre elas destacando-se a **Federal Trade Commision [1914]** e a **Federal Power Commision [1920].** Na década entre 1920 e 1930 foram criadas apenas duas. Na década do " New Deal " o Congresso norte-americano criou dez novas Agências , além de outras entidades que, embora não incluídas no rol das Agências Reguladoras exerciam funções como *spending, taxing, insurance*. De 1940 até 1960 foram criadas apenas quatro Agências e na década de sessenta ,sete.

Nos anos setenta, entretanto , *"no fewer than twenty- one agencies were created by far the most explosive period of regulatory growth in the nation's history. In the period 1970- 1980 the most dramatic changes occured in the area of social regulation [defined to include consumer safety and health , job safety and working conditions and environment and energy] rather than economic regulations".* [22]

Verifica-se, no caso norte-americano, tendência de fortalecimento do Estado Regulador, compreensível e compatível com o papel traçado para Ele nos EUA, de regulador, disciplinador da iniciativa privada, do exercício por ela de atividades econômicas, culturais e sociais , postura imprescindível em um país no qual as atividades empresarias são exercidas, basicamente, pelo setor não público da economia. A proteção a valores e bens como a saúde, o meio ambiente, o trabalho, o consumo, a concorrência , etc. tem sido objeto de adequada atividade reguladora e de eficiente exercício da decorrente atividade de polícia pelas Agencias Reguladoras através do exercício de poderes como

---

[21] GELLHORN, Ernst; LEVIN. *Administrative Law and Process.* St. Paul, Minn. , 1997 : West Publishing, p.01

[22] SUNSTEIN, Cass R. *After the rights revolution- Reconceiving the Regulatory State.* London, Cambridge, Massachussets, Harvard, 1990: University Press, p.242/243

"rule making power, licencing power, power over business. É importante observar que o **"rule making power"** apresenta-se como bem mais amplo que o poder de expedir normas secundárias por Entes Reguladores como os brasileiros e por outro lado, o controle judicial sobre os atos das "Regulatory Agencies" americanas não tem a amplitude do controle judicial previsto na Constituição Brasileira, sobre a Administração Pública, inclusive, entes reguladores. Há, ressalte-se , previsão no **Federal Administrative Procedure Act** [APA, de 1946], de exclusão de controle judicial em relação a determinadas competências das Agencias Reguladoras. Prevê aquele diploma legal que a **judicial review** é cabível, **except to the extent that- 1- statutes preclude judcial review; or 2- Agency Action is committed to Agency discretion by Law.** Naturalmente, a doutrina e a jurisprudência se fixaram no sentido de não ser tal previsão aplicável em se tratando da proteção de direitos e liberdades de fundo constitucional, ou quando o agir da Agencia se caracterizar como **arbitrary, capricious, an abuse of discretion".**

1.2.1 Deve-se ressaltar, por outro lado, que a expressão **Agency,** no direito norte-americano, tem um sentido amplo, pode-se dizer, extremamente amplo que em Estados europeus ,ou latino-americanos . Bernard SCHWARTZ, fundado no APA federal , de 1946, chega a apresentar seu contorno, ao qual se chega por exclusão de alguns entes políticos e representativos da soberania do Estado.

Afirma aquele jurista que " *Agencies means each authority of the Government of the United States , whether or not it is within or subject to review by another Agency , but does not include*

(A) the Congress
(B) the Courts of the United States
(C) the Governments of the territories of the United States
(D) the Government of the District of Columbia"[23]

Verifica-se que Agência corresponde, basicamente, a muitas das unidades que compõem a Administração Federal norte-americana, excluídos os órgãos diretamente integrantes do *Executive Office of the President* , os *Departments* a ele vinculados, como *Department of State, Department of Justice, etc.* e as *Government Corporations.* É relevante, ainda, destacar que o gênero Agência, nos EUA, comporta classificação em duas espécies :

[23] SCHWARTZ, Bernard. *Administrative Law.* Boston and Toronto, 1977: Little, Brown and Company, p.05

regulatory agency e **non-regulatory agency**. Esse segundo tipo corresponde àquelas que, no dizer de SCHWARTZ, são investidas "*with authority to dispense benefits for promotion social, and economics welfare, such as pensions and government insurance*"[24] . São unidades para prestação de serviços públicos quando não exercidos através da Administração centralizada. Representam eficiente instrumento para exercício das funções administrativas, mas com poderes bem mais limitados que os do primeiro tipo, ou seja as regulatory agencies. Essas, por sua vez, se caracterizam pela maior independência e pelo poder que a qualifica, o regulador.

> São as "*with authority to regulate the economic activities of the individuals and businesses. They have the power to prescribe generally what shall or shall not be done in a given situation[just as legislative do] to determine whether the law has been violated in a particular case and to proceed against violators [just as prosecutors and Courts do] ; and even to impose fines and render what amount to money judgments. Agencies vested with these powers are usually called* ***regulatory*** *agencies because their activities impinge upon the rights of private individuals and regulate manner in which such rights may be exercised.*"[25]

É exatamente essa espécie de pessoa jurídica [Agência Reguladora], autônoma, com capacidade de produção normativa reguladora, com poderes discricionários, com capacidade de precisar conceitos indeterminados, com mecanismos de controle sobre ela mais limitados, com maior autonomia e com estabilidade de seus dirigentes, que serviu de fonte inspiradora para a criação de entes reguladores autônomos em outros sistemas jurídicos que adotavam modelos mais centralizadores e monolíticos para exercício das funções administrativas, inclusive no campo da regulamentação e do exercício do poder de polícia.

1.3 Outro modelo de administração descentralizada com base em entes autônomos, sempre referenciado , é o do Reino Unido. Ressalta-se a importância daquele modelo até em função de se tratar de algo já antigo, que antecede a grande maioria das existentes em outros Estados. A preocupação da reforma do Estado e da função administrativa naquele Estado não é tão recente, em verdade, já vem de longa data como lembra Kate JENKINS e um dos pilares desse sistema construído é a figura da agência. Ressalta aquela

---

[24] SCHWARTZ, Bernard. Obra citada, p.11
[25] SCHWARTZ, Bernard. Obra citada, p.11

Autora, examinando a estrutura atual ali existente, que " *o serviço público agora possui cerca de 65%de seu contingente trabalhando em agências. Elas variam em tamanho, de muito pequenas- um centro de conferências, com staff de 20 pessoas- até as enormes agências de benefícios, com 30 a 40 mil servidores. Os traços característicos dessas agências é terem sistemas de gestão separados da administração central e estarem cada vez mais gerindo seus próprios staffs, pagamentos e negociações, e trabalharem mediante acordo com seus Departamentos[secretarias] responsáveis, conhecido como documentos de referência*"[26] Em verdade, a tradição no sentido da descentralização da Administração Pública no Reino Unido, já é secular.

> *"The eighteenth and early nineteenth centuries saw a proliferation of special statutory bodies. These were created by Parliament to deal with the social problems caused by the industrial revolution. They , included Improvement Commissioners, Boards and Health, Poor Law Bodies, Turnpike Trusts and operate outside the hierarchy of ministerial responsability "* [27], entendendo a doutrina que *"one reason for their creation was to dilute the influence of the Monarch"*[28].

Um dos móveis, mais patentes, para o surgimento desses entes foi , evitar influência do poder político na regulamentação de questões específicas, pertinentes a segmentos da sociedade inglesa, normalmente especializados. Embora tenha havido extinção de várias dessas entidades e modificações de outras com as alterações do perfil do Estado , sobretudo no período "Tatcher", aquelas que desempenham atividades reguladoras foram mantidas, aperfeiçoadas e até ampliadas, passando a exercer, inclusive, atividades antes exercidas p/entes compostos de membros eleitos. Segundo JENNINGS, citado por ALDER, cinco seriam as principais razões para a criação desses entes :

> *"1. The need to provide cultural or personnal services supposedly free from the risk of political interference.*
> *2. The desirability of non-political regulations of markets.*
> *3. The regulation of independent profissions such as medicine and the law.*
> *4. The provision of tchnical services.*

---

[26] JENKINS, Kate. *A reforma do serviço público no Reino Unido,* in_____ Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial[org. Luiz Carlos BRESSER PEREIRA e Peter SPINK]. Rio de Janeiro, 1998: Fundação Getúlio Vargas, p.205

[27] ALDER, John. *Constitutional & Administrative Law.* London, 1989: Macmillan, p .224

[28] ALDER, John. Obra e p, citadas.

5. The creation of informal judicial machinery for settling disputes". [29]

São traços bastante relevantes os acima indicados, sobretudo os de n.°s 1 e 2 que ganham aceitabilidade nos principais sistemas jurídicos como justificadores da criação de entes reguladores autônomos, conforme ver-se-á oportunamente.

1.3.1 Na estrutura da Administração Pública britânica desenvolveu-se, também, a figura das "Executive Agencies", popularmente conhecidas como **Next Steps Agencies**. Essas entidades representam um dos referenciais adotados para o modelo brasileiro quando da reforma da estrutura da Administração Pública, em função do êxito alcançado no Reino Unido. Ali, WADE e FORSYTH as apontam como desenhadas e esboçadas para melhoria e aprimoramento dos serviços públicos, em proveito do cidadão e do Governo. Diferentemente dos entes reguladores, não têm atividade normativa. Seriam, segundo aqueles juristas," *established on a semi-autonomous basis with a profissional manager, usually recruited outside the civil service, as chief executive"*[30] . Pautar-se-iam em contratos de gestão entre seus Dirigentes e o Ministério responsável e teriam uma administração financeira mais flexível, com controle menos intenso pelo Parlamento. Esses referenciais estão bem presentes nas Agências Executivas previstas no modelo brasileiro.[31]

As Agências, no Reino Unido, em fins de 1993 eram 92 e utilizavam cerca de 60% dos agentes públicos britânicos.[32]

Esse modelo britânico, aqui apenas referenciado é que serviu, juntamente com o norte-americano, de fonte inspiradora para vários outros Estados Europeus e da América Latina.

1.4 Como exemplo de Estado no qual a figura das Agências, sobretudo das Reguladoras, causou forte impacto, poder-se-ia citar a França. Estado esse cujo modelo de Administração Pública fora relevante no passado como paradigma para Administrações Públicas de Estados como a Argentina e o

---

[29] ALDER, John. Obra citada, p.225

[30] WADE, William; FORSYTH, Christopher. *Administrative Law.* Oxford, 1994 : Clarendon, p.56.

[31] cf. BRESSER PEREIRA e SPINK, ao apresentarem o perfil do novo Estado brasileiro, no tocante ao exercício das atividades que lhe são próprias, afirmam que *"nas atividades exclusivas estão o núcleo estratégico do Estado onde as políticas públicas são definidas e os serviços de fiscalização e controle, onde o poder do Estado é exercido. Esses serviços devem ser realizados por Agências Executivas segundo o modelo britânico".* [em Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial,1998. Rio de Janeiro: FGV,p.11]

[32] cf. *Les Agences, necessité fonctionnelle ou nouveaux demembrements de l'Etat? Seminaire de la promotion RENE CHAR* . Paris: ENA, 1994, Annexe 3,p 01

Brasil, mesmo quando esses países a nível de arcabouço constitucional já haviam adotado como referencial o sistema norte-americano, causando, esse hibridismo, por vezes, dificuldades ao conjunto.

A França, tradicionalmente, representa um modelo de administração pública unitária, com subordinação dela às diretrizes do governo e a existência de uma estrutura recursal administrativa centralizadora. É um sistema já secular e que, como já salientado, serviu de inspiração a quase todas as administrações públicas latino-americanas. Modelo esse, formado, basicamente, entre 1880 e 1945, com a idéia de unidade de Direção. Jean-Claude RICCI justifica essa subordinação argumentando no sentido que *"La France est un État parlamentaire régi par une Constitution rigide. Dans ce cadre, le gouvernement, che de l'Administration est responsable de la politique devant le parlement, et donc nécessariement, de la politique en matière administrative. C'est le pouvoir legislatif dans le cadre tracé par la Constitution, qui ordonne l'action gouvernamental et par voie de conséquence directe celle de l'administration".*[33]

Trata-se de Administração estruturada a partir de órgãos centrais, que são o Presidente da República, o Primeiro Ministro , os Ministros [compondo o Governo] e outros órgãos de direção, estruturando-se os demais em duas linhas . A primeira a partir de critérios geográficos, surgindo as regiões, os departamentos e "*les collectivités locales*" e a segunda tendo como critério a especialização de serviços, surgindo estabelecimentos públicos, em regime de direito público, e, os " *établissements publics industriels e commerciaux*"[34] Essa estrutura tradicional, aqui indicada de modo extremamente simplificado, foi alterada com a presença da **autoridade administrativa independente**, pois, a idéia básica de um ente autônomo sem subordinação ou vinculação a Ministérios, afastada do sentido de unidade Administração, sem previsão na Constituição francesa de 1958 fez surgir polêmicas e discussões sobre vários aspectos dessa nova figura, partindo, inclusive, da indagação se seriam efetivamente novas figuras, ou novas roupagens jurídicas atribuídas a figuras já existentes. A segunda questão sobre a compatibilidade delas com o regime constitucional francês. Outra indagação relevante foi sobre os níveis de controle judicial sobre esses Entes e a quarta sobre a natureza das normas por elas criadas. São questões que dizem respeito à compatibilidade dessas figuras

---

[33] RICCI, Jean-Claude. *L'Administration Publique Française,* in L'Administration Publique en Europe . Paris, 1988 : Ed. Du CNRS,p.85

[34] LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de Droit Administratif,*. Tome 1, 1988. Paris : LGDJ, p.51 e segs.

com o sistema constitucional francês e que, por certo, são e serão, também, dúvidas a assaltar os publicistas brasileiros. Em relação a serem essas entidades compreendidas como uma nova categoria, Jean-Louis AUTIN destaca que a identificação delas obteve-se por via jurisprudencial, lembrando decisão do Conseil Constitutionnel, de 23/01/87 que reconheceu o Conseil de la Concurrence como um novo tipo de organismo administrativo não jurisdicional, ressaltando aquele autor que a identificação de uma entidade como autoridade administrativa independente tem aspecto de relevo em relação ao seu controle que é transferir o contencioso sobre seus atos , da justiça administrativa para a *"juridiction judiciaire"* inclusive no tocante a *"le pouvoir de prononcer le sursis à exécution contre ces mêmes décisions"*.[35] O mesmo AUTIN viria, posteriormente, a evidenciar a dificuldade teórica de se assegurar maior autonomia a essas entidades, mas ressalvando a importância pragmática de tal fato, ao afirmar :

> *"on l'espère, que le contrôle du Conseil d'État n'était en espéce ni décisif ni suhaitable. Le cas de censure juridictionnelle sont apparus à la fois peu fréquents et peu significatifs, heureusement peut-on ajouter, car la mission de régulation des autorités indépendantes postule effectivité et immédiateté; elle ne résisterait pas à la phagocytose des nouvelles institutions dans l'ordre administratif classique. Sur le plan théorique, la figure d'autorités indépendantes de tout contrôle peut sans doute inquiéter au regard des exigences de l'État de droit et sembler inopportune dans une conjoncture où, à son sommet, le Conseil d'État tente de conforter son autorité. Mais il est rassurant de constater que les nouvelles institutions agissant sous le contrôle étroit de l'opinion acquièrent progressivement une légitimité dont elles étaient à l'origine dépourvues."*[36]

1.4.1 Como primeira autoridade administrativa independente na França, a doutrina aponta de maneira uniforme, a **Commision Nationale de l'Informatique et des Libertes** criada pela lei nº 78-17 , de 06 de janeiro de 1978, cujo capítulo II estabelece:

> *"6.Une Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés est instituée. Elle est chargée de veiller au respect des dispositions de la*

---

[35] AUTIN, Jean-Louis. *Du Juge Administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation,. In* Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger, 1988, p.1217

[36] AUTIN, Jean-Louis. *Le contrôle des autorités Administratives indépendantes par le Conseil d'État,* in Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger, 1991, p.1565/1566.

présente loi, notamment en informant toutes les personnes concernées de leurs droits et obligations, en se concernent avec elles et en contrôlant les applications de l'informatique aux traitements des informations nominatives. ***La commision dispose à cet effect d'un pouvoir réglementaire, dans les cas prévus par la présent loi***

7... ***les dispositions de la Loi du 10 août 1922 relative au contrôle financier ne sont pas applicables `a leur gestion...***

8. ***La Commision Nationale de l'Informatique et des Libertés est une autorité administrative indépendante. Elle est composée de dix-sept membres nommés pour cinq ans ou pour la durée de leur mandat: ...***

...

13. ***Dans l'exercice de leur attributions les membres de la Commision Nationale de l'Informatique et des libertés ne reçoivent d'instruction d'aucune autorité.***

Comparando-se os traços principais acima indicados com a figura paradigmática norte-americana verifica-se como distinção a inexistência de qualificação das entidades francesas como pessoas jurídicas[37]. Por outro lado, os elementos convergentes são extremamente relevantes: poder normativo, autonomia financeira e administrativa em relação ao poder político, estabilidade dos integrantes do órgão de direção, etc.

Há, atualmente, na França, várias dezenas de entes sob a forma de Autoridades Administrativas Independentes, podendo-se citar a título de exemplo : ***Agence Centrale des Organismes d'Intervention dans le Secteur Agricole [criada em 1983], Agence du Médicament [criada em 1993], Agence de lÉnvironnement et de la Maîtrise de l'Énergie [criada em 1991], Agence Française du sang [criada em 1992]; Agence de Gestion du Spectre [criada em 1994].***

Representam essas instituições, pois, uma forma cada vez mais presente na estrutura da Administração Pública Francesa, rompendo, sem

---

[37] Apesar das divergências doutrinárias a tendência ,na França é de qualificar as Autoridades Administrativas independentes como Órgãos especiais. Nesse sentido, o referido AUTIN e , dentre tantos outros, Didier LINOTTE, Achille MESTRE e Raphael ROMMI, sobre elas lecionando no sentido que "*il est sûr en tout cas que , privées de la personnalité morale , elles devoient être considérées comme des prolongements de l'État, même si la loi du 11 juin 1983 les définit commes des "institutions administratives spécialisées de l'État...Ce Qui n'enterdut pas à certaines [la COB par example] d'ester en justice, ou de participer[elles sont plus nombreuses] à elaboration de règlements par l'État. Elles sont souvent investies de pouvoir de prendre des décisions individuelles, elles sont en tout cas des instances de régulation, pour l'heure manquant d'homogéneite, mais efficases et reconnues*" [in Services Publics et Droit Public Economique. 2éme.ed.,tome 1. Paris: LITEC, p.206.

dúvida, com a estrutura tradicional anteriormente existente, mais centralizada e unitária.

1.5 Também a Itália se viu influenciada por essa nova figura – A autoridade administrativa independente. A ela se refere CERULLI IRELLI como "*il fenomeno emerso nell'esperienza più recentedelle c.d. autorità amministrative indipendenti, dotate , o meno di personalità giuridica, costituite dalla lege per governare determinati settori di amministrazione in senso sostanziale, secondo moduli organizzativi e funzionali del tutto svincolati da qualqiasi relazione com l' Organizzacione ministeriale*".[38]

Destaca esse jurista algo que representa, sem dúvida, uma das maiores dificuldades teóricas da figura da autoridade administrativa independente, ou ente regulador autônomo, sobretudo frente ao regime parlamentarista, quando lembra que "*il modelo che ispira queste organizzacione è in qualche modo opposto a quello che aveva ispirato la costruzione dello Stato Parlamentarista, nel quale è principio fondamentale [come da noi espresse Cavour in formule limpidissime] che ogni articolazione, dell'organizzazione statale dipenda[in misura più o meno intensa] da un ministro [cioè da un'autorità politica] che a sua volta possa risponderne in Parlamento [cioè di fronte alle forze politiche reppresentative della comunità nazionale]. Il modelo che ispira la creazione delle c.d. autorita amministrative indipendenti tende viceversa alla dislocazione fuori dalla sfera di influenza politica di settori amministrativi ritenuti particolarmente delicati e delle relative organizzazioni*".[39]

1.5.1 Apesar das dificuldades de compatibilização da figura da Autoridade Administrativa independente, ou da Agência Reguladora no regime parlamentarista, não se deve olvidar e no caso, até antecipar, que também no regime presidencialista tal construção teórica de adaptação é bastante árdua. A separação de poderes e a moderna teoria da separação das funções sofrem, por vezes, alguns revezes com a teoria dos entes reguladores autônomos. O controle político sobre esse tipo de entidade, bastante atenuado, não é, facilmente compatibilizado com a idéia de legitimação democrática inerente aos órgãos compostos por titulares de mandatos eletivos. Elisabetta BANI , ao examinar a figura da Autoridade Administrativa independente, na Itália, a associa a **desregulação** [*desregulation*], no sentido da tendência reducionista de produção de normas jurídicas por Órgãos políticos do Estado,

---

[38] IRELLI, Vincenzo Cerulli. *Corso di Diritto Amministrativo.* Torino , 1993: Giappichelli, p.214.
[39] IRELLI, Vincenzo Cerulli. *Corso di Diritto Amministrativo.* Torino,1993: Giappichelli,p.215

possibilitando regramentos por órgãos específicos, segmentos especializados, através de entes com maior conhecimento técnico. Poder-se-iam apontar como alguns exemplos dessas entidades, naquele Estado, dentre outros, ***La Commissione di Garanzia Dirito di Sciopero [criada pela Lei 146, de 12.06.90] , Garante Radiodiffusine editoria [criada pela Lei 223, de 06.08.90],*** a ***Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato [criada pela Lei 287, de 10.10.90].*** BANI aponta, que apesar das variações legislativas em relação aos entes criados [*commissione, Istituto, Autorità, Agenzia, etc.*] teriam elas características básicas convergentes :

> "*1. Independenza dalle strutture burocratico-ministeriali dell'amministrazione tradizionale...*
> *2. ...Tali organi vengano ritenuti titolari di attività amministrative o giurisdizionali viene dato maggiore o minore rilievo alla loro effetiva indipendenza dal Governo...*
> *3... l'altro tratto caratteristico...è l'elevato grado di competenza dei membri di tali soggeti di grande profissionalità e integrità".*[40]

Essa autora, citando AMORELLI [*L'Amministrazione c/ funzione regolatorie : Le Autorità di disciplina della concurrenza sul piano interno e comunitario,* in Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario, 04/ 1991, p.947] também ressalta a dificuldade de adequação do modelo ao sistema constitucional italiano. Tal dificuldade evidencia-se inclusive para enquadramento da produção normativa desses entes como atos regulamentares, necessitando-se, no caso,dar um conceito mais alargado de ato regulamentar. Para não abarcar apenas os atos expedidos pelo Governo. A doutrina procura responder a esse questionamento entendendo como forma de compatibilização para os fins da Constituição Italiana, que tais entes seriam "análogos" ao Poder Executivo, fundados em "*attribuzioni di funzioni*". Nessa trilha, dentre outras, a lição de Gustavo ZAGREBELSKY.[41] Consolida-se, pois, na Itália, de modo similar ao modelo francês, a figura da autoridade administrativa independente, visando atender a essa necessidade de disciplinamento setorizado e técnico de atividades reguladas pelo Estado e cuja regulação exige uma disciplina mais técnica e isenta de conotação política. Constata-se, sem dificuldade a coincidência de áreas reguladas por esses tipos de entidades nos vários Estados da Europa ocidental.

---

[40] BANI, Elisabetta. *Stato Regolatore e autorità independenti.* In _____ Diritto Pubblico dell'Economia. Padova, 1994: Cedam, p. 14/15

[41] ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di diritto Costituzionale,* I [Il sistema delle fonti del diritto]. Torino, 1993: UTET, p. 213

Vale, entretanto, a advertência de LONGOBARDI, também pertinente em Estados como o Brasil. Ressalta aquele Mestre de Aquilla :

> " *les risques liès a la creation d'autoritès de ce type dans notre ordonnancement pourraient être nombreaux et graves- on les imagine facilement –si cette création n' était pas accompagnée par une demande exigeante de garanties de procédure d'organization et de participation, de transparence de l'action, de contrôle, appropriés, d'efficience et de compétence technique. La recherche de ces sources de légitimation, complementaires d'une légitimation democratique au degré minimum, pourrait, en revanche, amorcer un cercle vertueux pour l'ensamble de notre administration".*[42]

Pode-se afirmar, em relação a esses entes da existência de características convergentes e também em natural decorrência, de proximidade quanto aos questionamentos provocados pela adoção daqueles pelos Estados Europeus Ocidentais.

1.6 Em Portugal, Autoridades Administrativas independentes, ou AAI são conceituadas por SANTOS, GONÇALVES e LEITÃO MARQUES como " *organismos com funções administrativas especializadas e com independência orgânica e funcional- ou seja, não submetidos ao controlo hierárquico, nem à tutela de outro órgão administrativo, ou governamental"* caracterizando-se pelo exercício de funções reguladoras[*"incluindo poderes normativos, ainda que limitados, de fiscalização e sancionatórios"*].[43]

A doutrina portuguesa ressalta outro aspecto em relação a esses entes que é o fato de não terem necessariamente a mesma natureza jurídica, sendo , em verdade, pessoas jurídicas diferenciadas com características comuns suficientes para entendê-las como um conjunto. Importam como traços aglutinadores apresentarem algumas "**condições**", no dizer dos citados SANTOS, GONÇALVES e LEITÃO MARQUES, que seriam :

> *"As primeiras relacionam-se com os membros que as compõem , tais como a forma de sua designação; a duração do respectivo mandato e a*

---

[42] LONGOBARDI, Nino. *Autorités Administratives indépendantes et position institutionnelle de l'Administration,* in _____ RFD adm. 11 (02) mars-avrs, 1995, p.389.

[43] SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda ; LEITÃO MARQUES, Maria Manoel. *Direito Económico.* Coimbra,1995 : Almedina, p.142

sua irrevogabilidade e não renovação; o pluralismo de pontos de vista representados; a incompatibilidade com outras funções.

As segundas são as que asseguram a sua independência funcional. Para além da ausência de poder hierárquico, há que referir a autonomia de organização e funcionamento; a capacidade para definir o seu próprio regulamento; a autonomia do ponto de vista logístico assente na disponibilidade de recursos para desenvolver sua atividade."[44]

A matéria pertinente à disciplina dos entes reguladores autônomos é, também em Portugal, objeto de preocupação da doutrina, inclusive em sede de temas relevantes como o dos limites jurídicos do poder regulamentar dos entes autônomos face ao sistema constitucional vigente.[45]

O estudo dos entes reguladores autônomos, em Portugal, é, entretanto, matéria recente, tanto que não abordado por tradicionais e excelentes manuais como o de Marcello CAETANO [46], mesmo atualizado; o de Diogo FREITAS DO AMARAL[47]. Já Vital MOREIRA e CANOTILHO ressaltam, ao comentarem o Art. 266°, da vigente Constituição Portuguesa, estarem ,também eles sujeitos á observância de princípios constitucionais como os da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da impessoalidade.[48]

Resumidamente, pode-se afirmar que as autoridades administrativas independentes apresentam, em Portugal as características básicas do modelo adotado na Itália e na França.

Poder-se-ia, ainda, referenciar vários outros ordenamentos jurídicos europeus que incorporaram essa figura.

---

[44] SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; LEITÃO MARQUES, Maria Manoel. Obra citada, p.144

[45] Sobre o regime constitucional dos regulamentos em Portugal, consulte-se JJ GOMES CANOTILHO.*Direito Constitucional e teoria da Constituição,2ª ed.* Coimbra, 1998: Almedina, p.732 e segs.

[46] CAETANO, Marcello.*Manual de Direito Administrativo.10ªed. ,6ª reimpressão, vol,*I, 1997,. Coimbra: Almedina

[47] AMARAL, Diogo Freitas. *Curso de Direito Administrativo.*Vol I, Coimbra: Almedina e os demais pela AAFDL [Lisboa]

[4848] CANOTILHO, JJ Gomes; MOREIRA, Vital .*Constituição da República Portuguesa anotada.* Coimbra, 1993 : Coimbra ed., p.921.

A título de exemplo poder-se-ia, ainda, citar a Suécia que tem " *probablement dans le monde la tradicion la plus ancienne e la plus marquée d'organisation administrative sous forme d'agences.*[49]

Ali são encontradas mais de oitenta desses entes, normalmente dirigidos por um Diretor Geral, nomeado por seis anos, mas exonerável "*ad nutum* ", atuam em áreas setorizadas e especializadas, tem maior nível de autonomia, inclusive de gestão e financeira, embora não alcançando o nível de autonomia das "*Agencies*" norte-americanas, exprimem um grau de autonomia maior que a figura das autarquias tradicionais brasileiras.

1.7 A figura dos entes reguladores autônomos também migrou para a América Latina, sobretudo a partir do fenômeno da desestatização, ocorrido e ora ocorrendo, em Estados como a Argentina e o Brasil. Desestatização essa motivada por fatores endógenos e exógenos, com a conseqüente redução dos papéis do Estado, inclusive, no tocante ao exercício das funções administrativas atípicas, ou ditas, impróprias, periféricas, a partir da segunda metade da década de oitenta e sobretudo na presente década, embora já, antes desse período fossem encontrados alguns exemplos isolados, ou ,pelo menos algumas características em embrião, dessas entidades reguladoras.

1.8 Na Argentina, tal como no Brasil, o surgimento das "agências", ou dos entes reguladores autônomos teve como ponto inicial o processo de privatização, ou de desestatização. Nesse sentido leciona Jorge GARCIA SARMIENTO ao destacar que "*el processo de privatizaciones iniciado en 1989 há incluido, com el objeto de regular y controlar las actividades privatizadas, la creación de los ahora denominados* ***entes reguladores****. Estos entes se han inspirado en las agencias y comisiones del derecho norteamericano, y como aquéllas, se distinguen por concentrar funciones normativas, jurisdiccionales y administrativas, com pretensiones de neutralidad y independencia del Poder político junto a la especialización técnica.*"[50] Destaca, ainda, aquele Jurista , fenômeno também pertinente ao Brasil, ou seja, "*pese a la inspiración norteamericana que se les reconoce , lo cierto es que han adoptado para su naturaleza jurídica , la autarquia de raigambre francesa. Y esse carácter autárquico a diferencia de las agencias norteamericanas, implica um control de sus decisiones por vía del recurso de*

---

[49] *LES AGENCES, NECESSITÉ FONCTIONNELLE OU NOUVEAUX DÉMEMBREMENTS DE L'ÉTAT?* Seminaire de la Promotion "Rene Char". Paris, 1994 : ENA [Annexe 4: Les Agences en Suède]

[50] GARCIA, Jorge Sarmiento. Concesion de Servicios Publicos. Buenos Aires, 1996 : Ediciones Ciudad Argentina, p.146

alzada"[51] . Essa idéia que a Agência seria enquadrável na figura da autarquia, embora implique em dificuldades teóricas, é aceito pela doutrina argentina. Juan Carlos CASSAGNE, p.e., após examinar a criação dos entes reguladores de gás , eletricidade e água; e a *Comisión Nacional de Telecomunicaciones* defendeu que *"**la condición jurídica de estos entes es la propia de las entidades autárquicas** pues se trata de descentralizaciones juridicas del Estado que participan de la naturaleza pública de éste, perteneciendo, en realidad, a su organización administrativa pese a su personalidad diferenciada."*[52] [destaque inexistente no original]. Faz CASSAGNE a mesma ressalva de SARMIENTO GARCIA quanto à autonomia dessas entidades, em cotejo com o modelo norte-americano, ao destacar que " *como es sabido , autarquía 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. Esto es una importante diferencia de règimen 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.*[53]

É relevante, por outro lado, por em destaque que a Constituição Argentina, expressamente, fixou a subordinação do poder regulador ao princípio da legalidade, ao menos em termos de fixação dos limites dessa produção normativa secundária. Assim dispõe a Constituição Argentina em seu Art.42 [pós reforma de 1994] :

> ...**La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y LOS MARCOS REGULATORIOS DE LOS SERVICIOS PUBLICOS DE COMPETENCIA NACIONAL...**
>
> BIDART CAMPOS, ao comentar esse dispositivo constitucional ressalta que *"estes organismos controladores han de tener facultad en el doble ámbito: para prevenir y solucionar conflictos y para fiscalizar y exigir que las prestaciones de bienes y servicios se encuadren en el marco regulatorio fijado por la Ley.*[54]

---

[51] GARCIA, Jorge Sarmiento. Obra c p. citadas

[52] CASSSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo.* Tomo II, 5ª ed, atualizada de acordo com a reforma Constitucional de 1994. Buenos Aires, 1996: Abeledo Perrot, p.492.

[53] "CASSAGNE, Juan Carlos. Obra citada,p.493

[54] "CAMPOS, German J. Bidart. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, tomo VI [La reforma constitucional de 1994].* Buenos Aires, 1995 : Ediar, p.309.

1.8.1 São, sem duvida, os entes reguladores argentinos dotados de menor autonomia em relação à Administração Central que o paradigma norte-americano, possibilitando o controle pelos Ministérios. Embora seja de ressaltar-se que esses entes reguladores apresentam-se com autonomia mais acentuada em cotejo com as autarquias tradicionais. O que se constata, em verdade, é uma certa insegurança da doutrina em construir o adequado perfil desses entes, inclusive face às mudanças recentes do ordenamento jurídico, ainda não adequadamente assimiladas. Há toda uma construção por se fazer ou pelo menos, por completar.

Esse fato já foi destacado por Agustín GORDILLO, afirmando estar a Argentina neste " *tema, como en tantos otros, ante una realidad a mitad de camino entre el sistema preconstitucional y el que debe ponerse en marcha com la nueva Constitución de 1994. Por de pronto, falta aún dictar el resto de los marcos reguladores legales exigidos por el artículo 42 [por ahora existen el del gas y la eletricidad, leyes 24.076 y 24.065] readecuar los preexistentes, y talvez como igualmente se propone dictar una ley marco que establezca los trazos generales de su funcionamiento, sin dependencia del Poder Ejecutivo ni facultades reglamentarias de éste sobre tales entes o sus relaciones com los concesionarios sujetos al control.*"[55]

Destacou, ainda, aquele notável jurista, da dificuldade de serem apresentadas generalizações, deduções sobre os entes reguladores em função da pluralidade de textos, nem sempre bem sistematizados. Fez algumas ponderações, entretanto, que merecem atenção, inclusive para o caso brasileiro. Uma delas é que a faculdade regulatória deve ser considerada distintamente do poder concedente e outra, decorrente, no sentido que "*el que concede, outorga un monopolio no debe ser el que lo controle. Es pues el mismo principio actualizado, de la división de poderes, y el sistema de frenos y contrapesos, que nuestra Constitución perfecciona.*"[56]

1.8.2 Verifica-se, pois, no estágio atual, que em relação às agências, ou aos entes reguladores autônomos, o direito argentino se encontra em relação ao direito brasileiro, mais evoluído, com maior densidade doutrinária, etc. Tal se justifica, pois, o surgimento desses entes aconteceu e vem acontecendo em

[55] GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo.* Parte General, tomo I, 3ª Ed. Buenos Aires , Bogotá, Caracas, México DF, 1995: Ediciones MACCHI, p.XV, 1

[56] GORDILLO, Agustín. Obra citada, p.XV-4

função das desestatizações e privatizações que se iniciaram naquele país antes do início de processo similar no Brasil. Mas, mesmo assim, ainda persistem inúmeras questões por abordar e por terem melhor tratamento jurisprudencial e doutrinário acerca dos **entes reguladores independentes** argentinos. Já se pode, entretanto, traçar alguns marcos identificadores daqueles, na Argentina: 1. Têm menor autonomia que as "Agencies" norte americanas; 2.Estão, ainda, ligadas à tradicional figura das autarquias, das quais são consideradas espécies; 3. Têm capacidade normativa, mas essa subordinada ao princípio da legalidade; 4. Surgiram com o fenômeno da privatização, ou desestatização e também com a desregulamentação, que seria mais adequadamente denominada de "deslegalização", pois significa redução da disciplina das relações jurídicas, atos, etc. por lei e sua regulação por entes setoriais; 5. Não devem sofrer influência política, devendo seu poder normativo ter caráter basicamente técnico. Sem dúvida a figura do *recurso de alçada* enfraquece a autonomia dessas entidades e a neutralidade política pretendida.

Concluindo essa breve referência a outros ordenamentos jurídicos, pode-se afirmar que a figura da agência, do ente regulador autônomo, independente da denominação [**Agency, Commission, etc**] representa uma das maiores contribuições do "*Administrative Law*" norte-americano, juntamente com o instituto da procedimentalização, expresso sobretudo no Federal APA de 1946 , para o direito administrativo moderno, tanto europeu, como latino-americano. Pode-se afirmar até, para a teoria geral do direito administrativo. Sabido é, entretanto, que aquela figura encontrou dificuldades de adaptação em vários ordenamentos jurídicos, não só face aos sistemas jurídicos existentes, mas, inclusive, face às molduras constitucionais nem sempre adequadas ou compatíveis com a figura do ente regulador autônomo. O princípio da **legalidade** apresenta-se, por vezes, quando não devidamente compatibilizado, como um dos "entraves" ao adequado funcionamento dessas entidades. É relevante destacar que ao se falar em adequação do princípio da legalidade o que se deve entender é da construção de normas legais que sejam fixadoras de competência, indicadoras do conteúdo de direito material, mas não suficientemente densas a limitar em excesso essa produção normativa secundária que deve ser mais dinâmica. Sem dúvida, foi necessário que se desenvolvesse a idéia de desregulação **pelos entes políticos**, para que se pudessem desenvolver as normatizações secundárias, setoriais, especializadas, por entes reguladores autônomos, em processo também chamado de *deslegalização*.

p. 16

Outro aspecto relevante a ser observado é *da necessidade desses entes autônomos* que exercem, como decorrência da normatização setorial, poder de polícia, verificando a compatibilidade de ações, condutas, omissões, relações jurídicas com a previsão normativa, fiscalizando e impondo sanções, em procedimentos ablativos regulares, *estarem aptos* , *devidamente estruturados para exercerem esses papéis* , sem ingerência do poder político , ou do poder econômico, assegurando aos administrados os direitos constitucionalmente previstos, inclusive procedimentais, sem perda de efetividade. Outro aspecto a se observar é se esse tipo de ente é, de fato, compatível com a estrutura estatal de um Estado subdesenvolvido. Procurar-se-á no curso desse trabalho responder a essas indagações, após examinar da inserção dele na Administração Pública Brasileira.

CAPÍTULO II

AGÊNCIAS NO DIREITO BRASILEIRO. AGÊNCIAS EXECUTIVAS E REGULADORAS. ENQUADRAMENTO NA ATUAL ESTRUTURA DA ADMINISTRAÇÃO BRASILEIRA. AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES. AGÊNCIAS REGULADORAS COMO ESPÉCIE DO GÊNERO AUTARQUIA

2. A figura da Agência Reguladora ou do Ente Regulador Autônomo é recentíssima no Brasil, apesar de algumas de suas características, já serem encontradas em entidades públicas anteriormente existentes . Trata-se, sem dúvida, como já destacado, de adoção de um modelo influenciado pelo paradigma norte- americano, embora com dificuldades de harmonização com a Estrutura jurídica da Administração Pública brasileira, a começar pelo fato de a Constituição de 1988 elencar os tipos de entes da Administração Indireta levando o legislador a ter de inseri-la dentro das espécies alí contempladas por não poder, a não ser em sede de Emenda Constitucional, ampliar aquele elenco.

Constata-se que, seguindo por essa trilha o legislador federal criou Agências Reguladoras [ANEEL, ANATEL, ANP, ANVS] como **autarquias** em regime especial. Tal orientação fez surgir uma indagação que, de logo se adianta. Existe a possibilidade de criação de Agências Reguladoras sob a forma de Fundações Públicas ? Ou seria a atividade reguladora incompatível com a estrutura e o regime jurídico das Fundações Públicas, no direito Brasileiro? Para responder a esse questionamento mister se faz uma digressão no sentido de examinar as distinções existentes entre as autarquias e as fundações públicas.

Antes de partir para o exame de tal questão, é importante destacar que a expressão AGÊNCIA, no direito brasileiro, sem um adjetivo a qualificá-la, não é termo unívoco, mesmo em se tendo como universo sob pesquisa apenas o campo do Direito Público. Pode-se afirmar que no direito administrativo brasileiro AGÊNCIA representa um gênero , dividido em duas espécies, calcadas nas figuras das "*Executive Agencies*" e na das "*Regulatory Agencies*" norte-americanas, que são as Agências Reguladoras e as Agências Executivas, tendo , naturalmente, alguns traços comuns, caracterizadores do gênero, como maior autonomia, flexibilidade financeira e de administração, estarem sujeitas a contrato de gestão,etc.

2.1 Em relação às chamadas **Agências Executivas,** não estão essas a surgir no direito brasileiro como uma categoria nova, uma outra espécie de pessoa jurídica, mas como uma qualificação dada a pessoas jurídicas de direito público já tradicionais [fundações públicas e autarquias] em função da submissão a regime jurídico especial. O próprio Governo federal, representado pelo hoje extinto MARE assim as justificava:

> *"É exatamente no âmbito da implementação de políticas públicas, no que o caráter dessa implementação tiver de exclusivo do Estado, que se situa o projeto Agências Executivas. Assim, toda atividade execução de prestação de serviços exclusivos do Estado, deve ser realizada por instituições descentralizadas [preferencialmente autarquias, mas também fundações] que para terem maior efetividade, eficácia e eficiência na sua ação terão ampliada sua autonomia de gestão.*
>
> ***A denominação Agência Executiva é, entretanto, apenas uma qualificação a ser concedida, por Decreto Presidencial específico a autarquias e fundações públicas responsáveis por atividades e serviços exclusivos do Estado, não se tratando, portanto, da instituição de uma nova figura jurídica da Administração Pública, nem de qualquer alteração nas relações de trabalho dos servidores das instituições que venham a ser qualificadas. "*** [57]

Os requisitos para qualificação de uma entidade pública como agência executiva foram estabelecidos, inicialmente, pela medida provisória nº 1.549-28, de 14.03.97, que viria a ser convertida na lei nº 9.649, de 27.05.98, que estabelece:

---

[57] http: // www. Mare.gov.br/reforma/ AE/ index.htm [em 26.09.98]

> Art. 51. O Poder Executivo poderá qualificar como Agência Executiva a fundação , ou autarquia que tenha cumprido os seguintes requisitos mínimos:
>
> I- Ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento;
>
> II- Ter celebrado contrato de gestão com o respectivo Ministério supervisor.
>
> Parágrafo primeiro . A qualificação como Agência Executiva será feita em ato do Presidente da República.

Prevê, ainda, a citada lei, a edição pelo Poder Executivo de medidas de organização administrativa visando assegurar : 1- autonomia de gestão; 2- disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para cumprimento do contrato de gestão; 3- Definição de critérios para a elaboração e acompanhamento dos contratos de gestão e dos programas de reestruturação e de desenvolvimento institucional das Agências Executivas.

No tocante à qualificação de autarquias e fundações públicas federais como agências executivas, a medida provisória convertida na lei acima referida foi regulamentada pelo decreto nº 2.487, de 02.02.98, enquanto os efeitos da qualificação foram objeto de regulamentação pelo decreto nº 2.488, de 02.02.98.

O primeiro decreto além de reproduzir em seu Art.1° o disposto no já referido Art.51 anteriormente transcrito , estabeleceu o conteúdo mínimo dos planos estratégicos dessas entidades [Art.2°], segundo o qual, aqueles devem conter, pelo menos, delineamento de seu objeto, identificação de macroprocessos operacionais, mecanismos de racionalização, discriminação de competências, redução e ampliação de estruturas de modo a facilitar a descentralização e a delegação, com redução de custos, implantação de programas de capacitação, etc. Na verdade, os tais planos, representam um conjunto de metas a atingir e instrumentos por alcançá-las, muitas vezes profundamente irreais. Traz, ainda, o texto, a indicação dos componentes obrigatórios do contrato de gestão, com fixação de : 1- prazo mínimo de um ano; 2- necessária presença nos contratos, dos titulares do Órgão Federal da Administração e Reforma do Estado, do Ministro do Planejamento e Orçamento e Fazenda, como intervenientes [são responsáveis pelo acompanhamento dos contratos]; 3- indicação que o valor da proposta

orçamentária para o ente contratante a ser incorporado aos contratos de gestão e dos elementos que têm de constar, obrigatoriamente, dos contratos, que são: objetivo, metas da entidade, demonstrativo de compatibilidade dos planos de ação com o desembolso orçamentário, medidas para assegurar maior autonomia, administrativa, financeira, operacional, etc.

2.1.2 Quanto aos efeitos da qualificação, deve-se ressaltar que, nesse ponto a previsão legal foi extremamente genérica, verdadeira norma em branco, com indicação de finalidade sem precisar os meios.

Estabeleceu a lei nº 9.649, de 27.05.98 :

Art. 51 :...

> Parágrafo segundo – o Poder Executivo editará medidas de organização administrativa específicas para as Agências Executivas, visando assegurar a sua autonomia de gestão, bem como a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas definidas nos contratos de gestão.

O decreto nº 2.488/98, por sua vez define essas genéricas medidas, em alguns casos chegando a afastar a incidência de normas legais. São as seguintes as principais delas:

1. Não aplicação às Agências Executivas dos limites anuais referentes à realização de serviços extraordinários, previsto no decreto nº 948/93, desde que haja recursos orçamentários disponíveis e necessidade para cumprimento do contrato de gestão.
2. Permissivo de subdelegação aos dirigentes máximos das Agências Executivas para autorizar afastamentos do País, de servidores de seus quadros.
3. Permissivo às Agências Executivas p/edição de regulamentos de avaliação de desempenho de servidores [após aprovação pelo MARE/ SEAPE]
4. Execução orçamentária e financeira das Agências Executivas nos termos do contrato de gestão, sem limitação nos seus valores para movimentação e empenho.
5. Delegação aos Ministros para fixação de limites específicos, aplicáveis para suprimento de fundos para atender despesas de pequeno vulto.

6. Autorização para as Agências Executivas adotarem regulamentos próprios sobre valores de diárias e condições de concessão, respeitando os valores máximos previstos na lei nº 8.112/90 [c/ a redação vigente] e os valores máximos fixados pelo Órgão central de Administração de Pessoal.
7. Dispensa às Agências de celebração de termos aditivos a contratos e convênios de vigência plurianual, quando objetivarem unicamente a identificação de créditos à conta dos quais devam correr as despesas relativas ao respectivo exercício financeiro.

Além disso, com a alteração introduzida na lei nº 8.666/93 [Estatuto das licitações e contratos] pela lei nº 9.648/98 em relação às autarquias e fundações públicas qualificadas como agências executivas passaram a ter essas tratamentos mais favoráveis em relação aos limites de dispensa e às faixas de valores para definição de modalidade de licitação.

Essas são, basicamente, as principais características das agências executivas, em verdade, perfil mais dinâmico que se atribui a relevantes autarquias e fundações públicas, como mecanismo para se obter agilização e modernidade em seus funcionamentos. Como exemplo dessa qualificação poder-se-ia lembrar o INMETRO. Por outro lado, não há como se olvidar que urge se tenha a necessária cautela para que essas modificações ao perfil das tradicionais autarquias e fundações públicas não venham, em concreto, a significar criação de meios para a gestão politizada e má aplicação de verbas públicas, algo tão presente na história da Administração Pública brasileira.

2.3 Observe-se que, como móvel da idéia de Agência Executiva está a **eficiência** que, de acordo com a concepção dos atuais responsáveis pela Reforma do Estado brasileiro estaria ligada à flexibilização no tocante à aplicação de verbas públicas, maior autonomia, observância de programas de desenvolvimento e reestruturação, capacitação de pessoal e à existência de um CONTRATO DE GESTÃO.

Essa figura do contrato de gestão, de origem francesa, apresenta-se como um dos pilares apregoados da reforma administrativa. No Brasil já existe há alguns anos, embora sua introdução tenha ocorrido de forma anômala, sendo utilizado, inicialmente pela COMPANHIA VALE DO RIO DOCE até sua desestatização e pela PETROBRÁS, em função do decreto nº 137, de 27.05.91, e normas subsequentes, de natureza infra-legal . Essa criação do contrato de gestão em desarmonia com o ordenamento jurídico brasileiro pela

violação do princípio da hierarquia das normas, estabelecido na própria Constituição, pois, no caso, se tratava de texto de mero decreto afastando a incidência de normas legais, sobretudo de gestão financeira e controle, levou, inclusive, o Tribunal de Contas da União a se posicionar no sentido que:

> " *em caráter normativo de que a sistemática de relacionamento entre empresas estatais e a União, sob regime de contrato de gestão não desobriga essas entidades governamentais do cumprimento de preceitos constitucionais e legais pertinentes à espécie, tais como seleção de pessoal; limite de remuneração de dirigentes e servidores; licitação para contratos, obras, serviços; aquisição e alienação de bens.*"[58]

Essa posição, anterior à Emenda constitucional nº 19/98 decorria do fato de inexistir previsão legal para o instituto, "*tendo sido a matéria disciplinada apenas por meio de Decreto.*"[59]

Posteriormente, viria o contrato de gestão, após previsões legais específicas , ganhar importância a partir de sua inclusão na Constituição Federal, com a EC nº 19/98, embora sem expressa referência à denominação.

Dispõe a CF/88, em seu Art. 37...

> *Parágrafo 8º A Autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração Indireta e Direta poderá ser ampliada mediante contrato a ser firmado entre seus administradores e o Poder Público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão, ou entidade,* ***cabendo à lei*** *dispor sobre :*
>
> *I. O prazo de duração do contrato;*
> *II. Os controles e critérios de avaliação de desempenho;*
> *III. A remuneração do pessoal.*

É de se ressaltar que a norma supra não é auto-aplicável, estando a depender de lei.

O contrato de gestão é instituto que alcançou resultados satisfatórios no âmbito de outros Estados, sobretudo na Europa e ainda não foi adequadamente

---

[58] Trecho de voto do Ministro Relator Homero Santos, no julgamento do processo 10.659/94, publicado na Revista de Direito Administrativo 201, jul/set-1995. Rio de Janeiro: FGV, p.317

[59] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 10ª ed.. São Paulo, 1998: Atlas, p.252

examinado, nem mesmo delineado com precisão, no caso brasileiro. Sua importância, entretanto, constata-se por ser elemento sempre presente para a caracterização de várias das novas entidades previstas como integrantes do projeto de reforma administrativa. O contrato de gestão é imprescindível para a caracterização das Agências Executivas. É , também, elemento imprescindível para a caracterização do regime jurídico das Agências Reguladoras, conforme ver-se-á oportunamente. Também necessário para a caracterização das pessoas jurídicas de direito privado que pretendam se ver reconhecidas como **Organizações Sociais.** Essa sendo tida como nova forma de prestação de serviços públicos não típicos, ou privativos, nas áreas sociais, forma essa, inclusive, destacada no projeto de reforma da prestação de serviços até então exercidos por entes estatais.

Segundo BRESSER PEREIRA e SPINK, "*os serviços sociais e científicos...são e devem continuar a ser custeados pelo Estado, precisarão ser gradualmente publicizados, ou seja, transformados em entidades sem fins lucrativos, públicas não-estatais que, na medida em que tenham autorização do Poder Legislativo para participar do orçamento público, serão chamadas de* ***organizações sociais.***" [60] Segundo eles " as Agências Executivas e as Organizações sociais " realizarão suas tarefas sob contrato de gestão . A própria lei nº 9.637, de 15.05.98, que dispõe sobre a qualificação das Organizações Sociais, [pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades são dirigidas para o ensino, a pesquisa científica, o desenvolvimento tecnológico a saúde e a cultura e que observem os requisitos formais estabelecidos nos arts.2° e 3° daquela lei] dá o contorno do contrato de gestão em seus arts. 5° a 10, como instrumento firmado pelo Poder Público com a Organização Social com vistas à formação de parceria para o fomento e execução das áreas de atuação dessa última, discriminando as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da Organização, devendo observar os princípios da moralidade, publicidade, economicidade, além de outros como o da razoabilidade; devendo especificar o programa de trabalho proposto pela entidade, a estipulação de metas a serem atingidas e os prazos de execução, critérios objetivos de avaliação, mediante indicadores qualitativos e quantitativos de produtividade ; estipulação de limites e critérios para despesas com com remuneração e vantagens de qualquer natureza para dirigentes e empregados.

---

[60] BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter. *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial.* Rio de Janeiro, 1998: Fundação Getúlio Vargas, p 1

Essas características, embora referenciadas na lei às organizações sociais, extraídas as peculiaridades, podem ser tidas, pois o são, como genéricas à figura do **contrato de gestão**. Trata-se essa figura, de instrumento expressivo da tendência contratualista do moderno Direito Administrativo, em busca de eficiência que, entretanto quando mal utilizado, pode também representar um grande instrumento para a má aplicação de verba e de bens públicos . Observe-se, p.e., que cria a possibilidade de estabelecimento de níveis de remuneração não fixados por lei, sendo os critérios de fixação e os limites fixados no negócio jurídico de gestão. É o contrato de gestão exemplo de tendência que Umberto CELLI JUNIOR sintetiza afirmando que " *a ação do Estado , enquanto administrador de interesses públicos que, tradicionalmente se dá pela via da subordinação, isto é, com o Estado impondo unilateralmente sua vontade para a realização do interesse público a seu cargo, tem sido gradativamente substituída pela via da coordenação. Pela coordenação o Estado atua consensualmente , unindo sua vontade a cooperadores e colaboradores, na prossecução dos interesses públicos a ela cometidos. Trata-se, em uma palavra, da chamada Administração Pública consensual*".[61] Essa tendência negocial, pela contratualidade, que se faz presente mais modernamente na Administração Pública, em setores de atuação os mais variados, é algo que, em princípio, pode representar instrumento de modernização, mas, por outro lado, em Estados como o Brasil, pode também representar, pelo abrandamento das normas de gestão financeira, de pessoal, etc., uma larga estrada para desvios de finalidade, mal que aflige esse país, cronicamente. Os mecanismos de controle têm que ser modernizados para que possam, adequadamente e com efetividade , evitar a ocorrência de prejuízos e agressões a bens jurídicos públicos e de interesse público, apurar e impor sanções aos maus gestores públicos na chamada Administração Gerencial.

2.4 Encerrando essa breve digressão sobre o contrato de gestão, pode-se afirmar que, adequadamente utilizado pode vir a representar, tal qual o foi em países como a França, instrumento eficiente para a modernização da Administração Pública e para a prestação de serviços de relevo para a sociedade, quer por entes públicos como as agências, quer por entes de cooperação como devem ser as Organizações Sociais. Por outro lado, mal utilizado e sem controle adequado, pode vir a se transformar em mais um instrumento para a má aplicação de verbas públicas. Não se olvide que face à alteração da lei nº 8.666/93 os contratos firmados entre organizações sociais e

---

[61] CELLI JUNIOR, Umberto. *Contratos de gestão e o processo de abertura de capital das empresas de Telecomunicações,* in_____Revista de Direito Administrativo 206. Rio de Janeiro, 1996: Fundação Getúlio Vargas, p.171.

entes públicos, no âmbito do contrato de gestão, o são, sem prévio procedimento licitatório.

Retomando o tema das Agências, verifica-se que a reforma administrativa traz como segunda espécie de Agências, as eguladoras, inspiradas nas já mencionadas *"Regulatory Agencies"* do direito norte-americano.

Seria, primeiramente, de lembrar uma indagação que SABOURIN[62] formulou à luz do Direito Francês, se essas instituições representariam, efetivamente "une categorie nouvelle", ou se seriam características especiais atribuíveis a entes públicos preexistentes. Elementos orgânicos e regime jurídico que, em estando presentes, levariam por previsão legal à qualificação de pessoas jurídicas de direito público como agências reguladoras.

Essa questão é de relevo pois leva a outro tópico para análise que é se no direito brasileiro as Agências seriam uma nova espécie de pessoa jurídica integrante da Administração Indireta, ao lado das anteriormente existentes; ou se seriam uma espécie dentro do gênero autarquia; ou se a caracterização como agências reguladoras decorreria da presença de elementos identificadores e qualificadores, legalmente previstos, compatíveis com as autarquias, mas ,também com outras pessoas jurídicas de direito público interno, não políticas: as fundações públicas.

Antes de partir para a tentativa de resposta a essas indagações, deve-se relembrar a estrutura dos Órgãos e Pessoas Públicas e Privadas responsáveis pela prestação de serviços atribuíveis ao Estado, próprios ou impróprios, típicos ou não.

Pode-se esboçar o seguinte esquema :

ADMINISTRAÇÃO DIRETA – representada pelo conjunto de Órgãos integrantes das pessoas Jurídicas Políticas [União, Estados Membros, Distrito Federal e Municípios], divididos em de direção, de execução e consultivos.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POR TERCEIROS:

a)Através de Pessoas Jurídicas vinculadas ao Estado- *a Administração Indireta.*:

---

[62] SABOURIN, Paul. *Les Autorités Administratives Indépendantes. Une categorie nouvelle.* In_____L'Actualité Juridique Droit Administratif, AJDA, 1983. P.275

Pessoas jurídicas de Direito Público :
-Autarquias
-Fundações Públicas

Pessoas jurídicas de Direito Privado vinculadas ao Estado
-Empresas públicas em sentido estrito [art.5°, I, do decreto-lei nº 200/67] e em sentido lato [art. 5° do decreto-lei nº 900/69] e suas subsidiárias
-Sociedades de Economia Mista e suas subsidiárias.

b)Através de Pessoas Jurídicas não vinculadas ao Estado:
-Em atividades de competência estatal, de cunho econômico[em geral], através de concessões, permissões [regidas, em princípio pela lei nº 8.987/95] e autorizações.
-Em atividades de cunho não lucrativo, assistenciais, culturais,etc., através de entes de colaboração como as "organizações sociais".[63]

Pacífico é que o exercício de atividades econômicas, diretamente pelo Estado ou por empresas sob seu controle sofreu sensível redução no Brasil, na década de noventa, a partir do Plano Nacional de Desestatização e das alterações constitucionais ocorridas. O princípio da subsidiariedade foi aguçado. Mesmo as atividades econômicas, ou de valor econômico, aquelas passíveis de exploração empresarial que permanecem na competência do Estado, foram desestatizadas, em sua maior parte, quanto à exploração e execução sobretudo através do renascido instrumento das concessões e , em menor monta, de permissões, impondo-se ao Estado, para assegurar o direito dos usuários, reforçar o seu papel regulador e fiscalizador, normalmente exercido através de pessoa de direito público especializada. Surge , pois, o questionamento anteriormente formulado, no sentido de se só autarquias poderiam destinar-se a esse papel, ou se tal, também, poderia ser exercido por fundações públicas.

Como pressuposto para a resposta, mister se faz examinar se no direito brasileiro as fundações públicas correspondem a uma espécie do gênero autarquia ou se, efetivamente, correspondem a uma figura distinta.

---

[63] Deve-se referir, ainda à existência de outros mecanismos de parceria. Pode-se, inclusive, lembrar, que a lei nº 9.790, de 23.03.99 permite que sejam firmados *Termos de Parceria*, entre entes públicos e *Organizações da Sociedade Civil, de Interesse Público* para a prestação de serviços que, embora não públicos, pois não inseridos no rol das competências dos entes públicos, sejam de interesse público.

2.6 A natureza jurídica das fundações instituídas e mantidas pelo Estado foi até recentemente, objeto de acesas controvérsias doutrinárias, que, por certo , poderão ser em parte reavivadas face à nova redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19/98 à CF/88, Art.37...

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

Deve-se a essa altura fazer um breve retrospecto sobre as fundações públicas no direito brasileiro, instituição que até a entrada em vigor da Constituição de 1988, dividiu a doutrina quanto à sua natureza jurídica e ao seu regime. Tal diversidade de posicionamento, ressalte-se , foi algo peculiar à doutrina brasileira, considerando não se tratar de matéria objeto de grandes controvérsias na doutrina estrangeira.

A possibilidade de existirem fundações submetidas ao regime de direito público já era apontada por Otto MAYER no início deste século. Lecionava aquele jurista que a *"fondation publique [öffentliche Stiftung] on leur donne pour caractére particulier d'avoir comme base [substract] simplement un certain patrimoine à l'opposé de la corporation et de l'association qui ont derrière elles un même temps , un groupe de personnes"*[64] Demonstra que o ser fundação depende da estrutura jurídica da pessoa e não de ser a pessoa submetida a regime jurídico de direito privado ou público. Acolhe expressamente a existência de Fundações Públicas.

Na mesma linha, poder-se-iam citar, dentre inúmeros outros, LEHMANN[65], FORSTHOFF[66]. Também LAUBADÉRE, VENEZIA e GAUMET, à luz do direito francês, citando Drago e L. Constans ressaltam da existências de fundações submetidas ao regime de direito público, distintas das corporações públicas. Lembram " *une nouvelle distinction fondamentale entre les collectivités publiques qui sont à caractère de corporation [et engloberaient avec les actuelles collectivités territorielles , les actuels*

---

[64] MAYER, Otto. *Le Droit Administratif Allemand [edition française p/ l' auteur].* Paris, 1906: V Giard & Briére, p.268.

[65] LEHMANN, Heinrich.*Tratado de Derecho Civil.* Vol I [parte general]. Madrid, 1956 : Editorial Revista de Derecho Privado, p.634.

[66] FORSTHOFF, Ernst. *Traité de Droit Administratif Allemand* [Trad. Michel Fromont], Bruxelas,1969 : Émile Bruylant, p.679

établissements publics rassemblant des groúpes humains] et les établissements publics qui sont... à caractère de fondation."[67]

2.6.1 Na Itália, já desde o início do século, autores como Carlo GIROLA[68] já se preocupavam com as fundações públicas. Mais recentemente, Guido ZANOBINI[69] também procurou apresentar caracteres distintivos dessas instituições em cotejo com as demais integrantes da Administração Italiana. ALESSI, por sua vez, procurou caracterizar as fundações públicas, identificando-as como *instituições* e apresentando seguinte formulação :

> *"Las classificaciones de las personas jurídicas públicas pueden ser varias segun los distinctos elementos que se tomen com base de clasificación. Las clasificaciones mas importantes son las baseadas sobre el distinto caráter del substracto del ente... en base al primer elemento, las personas jurídicas públicas se clasifican en entidades de base corporativa e entidades de base institucional. Esta distinción se funda en la de los entes jurídicos en generaly de las personas privadas en particular , en las que distingue entre corporaciones e instituciones , conocida distinción basada en la destinta estructura y funcionamiento de ambas categorias".*[70]

No direito português, autores como Diogo FREITAS DO AMARAL, lecionam, seguindo a trilha de Marcello CAETANO, sobre a figura das fundações públicas, como instituto autônomo , ao lado das fundações de direito privado. Afirma :

> *" Damos por conhecido o conceito de fundação. Acrescentar-se-á apenas que a fundação pública é uma fundação que se reveste da natureza de pessoa colectiva pública. Enquanto a generalidade das fundações são pessoas colectivas privadas, reguladas pelo Código civil, há umas quantas fundações , que são pessoas colectivas públicas, reguladas pelo direito Administrativo. Trata-se, portanto, de patrimônios que são afectados à prossecução de fins públicos especiais."*[71]

---

[67] LAUBADÉRE, Andre de ; VENEZIA, Jean-Claude: GAUDEMET, Yves. Traité de Droit Administratif, tome I, Paris, 1988: LGDJ, p.222

[68] GIROLA, Carlo.*Teoria del Decentramento Amministrativo.* Torino, 1929: Fratelli Bocca, p. 237

[69] ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo,* 1° Vol, 5ª ed., 1974 , Milano : Dott A giuffré,p.88

[7070] ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo,* tomo I. Barcelona, 1970: Bosch, p.54

[71] AMARAL, Diogo Freitas. *Curso de direito Administrativo.* Coimbra, 1986: Almedina. OBS.: Essa posição já era defendida por Marcello CAETANO, há várias décadas, em *Fundações.* Lisboa, 1962: Ática, p.08.

A existência das fundações públicas é aceita pelos principais ordenamentos jurídicos, normalmente tidos como referenciais para as construções jurídicas brasileiras e por seus doutrinadores.

2.7 No direito brasileiro, as fundações de direito público já eram mencionadas por clássicos como J. M. de CARVALHO SANTOS, que, inclusive destacava que o Estado *"mantém diferentes organizações de difícil enquadramento no sistema legal, compreendendo diferentes espécies de pessoas jurídicas de Direito Administrativo, tais como:*

a) as autarquias...

b) *os estabelecimentos de ensino e cultura...*

c) *as organizações o tipo fundacional, subordinadas a organizações outras de interesse público...*

d) ***as fundações de direito público interno, ou administrativo"...***[72]

Já publicistas como Themistócles BRANDÃO CAVALCANTI consideravam inadequado aquilo que denominavam de adaptação do modelo germânico, concluindo que *"pouco importam as analogias que existem entre as fundações e as entidades públicas autônomas quer quanto `a impertinência de seu elemento patrimonial à sua destinação especial, traço característico das fundações, quer quanto à finalidade coletiva de sua instituição, porque essas analogias se encontram na maioria das instituições jurídicas"*[73]

Essas divergências seriam aguçadas, com a entrada em vigor do decreto-lei nº 200/67 e sobretudo, com sua alteração pelo decreto-lei nº 900/69, esse último tido por relevante parcela da doutrina, como evidencia da adoção da tese da inexistência de fundações de direito público no sistema brasileiro.

De um lado, autores como Manoel Oliveira FRANCO SOBRINHO afirmavam que *"fundações como públicas inexistem. A pessoa jurídica chamada fundação não há como forçar argumentos que se perdem na abstração sejam quais sejam os seus fins específicos, somente poderão ser de direito privado, porque assim está institucionalizado e consagrado pelo*

---

[72] CARVALHO SANTOS, J M. *Repertório Enciclopédico de Direito brasileiro, vol. XXIII.* Rio de Janeiro,1947 : Borsoi, p.225.

[73] CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro, 1943 : Freitas Bastos,p.162.

direito positivo"[74], ou Hely LOPES MEIRELLES[75], ou Sérgio D'ANDRÉA FERREIRA[76] .

De outro lado, autores como José CRETELLA JUNIOR tentam demonstrar da existência das fundações de direito público. Aquele Mestre paulista, p.e., em respeitável monografia, procuraria demonstrar que " *partindo-se da categoria jurídica da fundação- patrimônio personalizado dirigido a um fim atingem-se as das modalidades paralelas e inconfundíveis, a fundação de direito privado[patrimônio privado, personalizado pelo registro, afetado a fins particulares] e a fundação de direito público[patrimônio público personalizado pela lei e afetado a fins de interesse público] realidades absolutamente inconfundíveis, o que se verifica pela compreensão rigorosa entre os respectivos regimes jurídicos, levando-se em conta uma a uma todas as conotações..[* argumentando, ainda*] ..."uma pessoa jurídica administrativa, de substrato patrimonial estatal, criada por lei, regida pelo direito administrativo, que não pode auto-desfazer-se, que edita atos administrativos, sujeitas à tutela da entidade matriz criadora, que não pode receber liberações que importem em desvio de finalidade, cujas contas são fiscalizadas pelo Tribunal de Contas, de modo algum pode identificar-se como uma fundação de direito privado."*[77] Miguel Reale, seguiu pela mesma senda, lembrando lições de mestres como Clóvis Beviláqua, Lacerda de Almeida e João Mendes , ressaltando os equívocos em se pretender entender como de direito privado as fundações instituídas pelo Estado para o exercício de atividades tipicamente públicas.[78] Também, no mesmo sentido Lafayette PONDÉ.[79]

A matéria viria a ser, paulatinamente, pacificada a partir da predominância dessa última posição, sendo marcante para tal a argumentação de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO , delineada na magistral tese *Natureza e regime jurídico das Autarquias,* onde aquele autor após aprofundado exame da doutrina sobre a matéria, ressaltava do equívoco em

---

[74] FRANCO SOBRINHO, Manoel Oliveira. *Fundações e Empresas Públicas.* São Paulo, 1972: Revista dos Tribunais,p.11.

[75] LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro.* 12ª Ed., 1986: RT, p.317 e segs. (duas edições após a CF/88, o autor alteraria seu posicionamento, por entender que a nova Carta publicizara essas instituições)

[7676] D'ANDRÉA FERREIRA, Sérgio. *Da posição na Administração Indireta das Fundações instituídas pelo Estado,* in_____Revista de Direito Administrativo, vol 121. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1979[também no comentário ao Acórdão no. 101.126 do STF, in RDA no. 161, p.50/75.

[77] CRETELLA JUNIOR, José. *Fundação de Direito Público.* São Paulo, 1976: Forense, p.92.

[78] REALE, Miguel. *Direito Administrativo[Estudos e pareceres].*Rio de Janeiro, 1969: Forense

[79] PONDÉ, Lafayette. *Considerações sobre o sistema Universitário* , in _____Revista de Direito Administrativo, no. 146. Rio de Janeiro, 1981: FGV.

rotular-se um instituto pela denominação que se lhe dá e de se supor que a fundação seria um instituto próprio do direito privado e não da teoria geral do direito. Admitiu aquele jurista que o Estado participasse da criação, instituição e manutenção de fundação de direito privado, não se confundindo essa hipótese com a de criação de fundações para o exercício de atividades típicas, com titularidade de competências estatais, sendo essas , evidentemente, de direito público, espécies do gênero autarquia.[80]

2.7.1 Em verdade, no período de vigência da EC nº 01/69, sobretudo até os meados da década de oitenta, a divergência doutrinária, refletida na legislação, possibilitou o surgimento de algumas construções, no mínimo, esdrúxulas, p.e., a lei n.º 6.860/80 que autorizou a criação da Fundação Petrônio Portella, vinculada ao Ministério da Justiça, o fez como ente de direito privado, embora atribuindo àquela fundação a gestão de serviços públicos e assegurando-lhe imunidade só pertinente a entes de direito público [art.19,III, a da EC 01/69]. No mesmo sentido a lei n.º 7.555, de 18.12.86, autorizadora da criação da Fundação São João del Rey e a lei n.º 6.687, autorizadora da criação da Fundação Joaquim Nabuco. Aos poucos, entretanto, observou-se tendência moralizadora, de publicização dessas entidades, com suas "reintegrações" à Administração Indireta e o conseqüente aumento de normas de controle incidentes evitando-se ou minorando os abusos que estavam a ocorrer, sobretudo em relação à aplicação de verbas nos contratos de obras e serviços e nas contratações de pessoal, inclusive em relação à questão da acumulação de cargos e empregos. Nessa linha o decreto-lei n.º 2.299, de 29.11.86, cujo art. 4º expressamente as incluiu na administração indireta e as subordinou aos mecanismos de gestão financeira e inseriu seus serviços no plano de classificação de cargos e salários então aplicáveis aos órgãos e pessoas jurídicas de direito público [cf. lei n.º 5.645, de 10.12.70]. Também nesse sentido as modificações que se seguiram em relação ao regime de licitações e contratos. A jurisprudência, por sua vez, também evoluiu, no sentido da aceitação e reconhecimento da publicização desses entes fundacionais. Dentre outros, pode-se lembrar o conflito de jurisdição 6.073-MG, STF Pleno- Relator Ministro Cordeiro Guerra, admitindo a possibilidade de dois tipos de fundações instituídas pelo Estado a depender do regime jurídico e do objeto. Pode-se afirmar que o STF apresentou várias fases interpretativas em relação a essa questão. Primeiramente adotou a tese privatista de Hely Lopes Meirelles e outros [

---

[80] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio . *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias.* São Paulo,1968: RT, p.363 e segs. ; no mesmo sentido *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta.*São Paulo, 1987 : RT, 2ª Ed.,p.84 e segs.

nesse sentido, Recurso Extraordinário nº 75.315- GO, 1ª Turma , Conflito de jurisdição 6175- 2ª Turma]. Posteriormente, aquela Corte passou a aceitar a tese da existência das Fundações de Direito Público, entendendo que aquelas que assumiam a gestão de serviços públicos seriam enquadráveis como espécie do gênero autarquia. Nesse sentido, dentre outros o Recurso Extraordinário nº 101.126, de 24 de outubro de 1984, que teve como relator o Ministro Moreira Alves, com a seguinte Ementa :

> **Nem toda Fundação instituída pelo Poder Público é fundação de Direito Privado. As Fundações instituídas pelo Poder Público que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público e , portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécies do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o parágrafo 2º , do art. 99, da Constituição Federal.**[81]

No mesmo sentido, o Conflito de Jurisdição nº 6.566- Relator Aldir Passarinho, onde esse , em seu voto condutor, destacava :

> ..."*as fundações instituídas pelo Poder Publico, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos estados membros, por leis estaduais, são fundações de direito público que integram o gênero autarquia. O mesmo obviamente ocorre em relação a fundações que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo no âmbito da União por leis federais.*"[82]

2.7.1.1 Essa tendência jurisprudencial, juntamente com os novos textos legais e com a postura doutrinária publicista, influenciaram decisivamente a Carta de 1988, que consagrou a figura da fundação de direito público, várias vezes referenciada em seu texto, inclusive, expressamente constando *administração fundacional* no texto original do Caput do Art.37.Sabido é, que a redação desse dispositivo alterada pela Emenda Constitucional n.º 19/98 suprimiu a referência *fundacional* , não devendo, entretanto, tal ser entendido como afastamento das fundações públicas do elenco de entes da Administração Pública, mas de mera supressão de um equívoco, pois, ao

---

[81] Revista de Direito Administrativo 161, 1985. Rio de Janeiro: FGV , p 50; e RTJ do STF, 113,**, Brasília DF, p. 314

[82] in Revista de Direito Administrativo 171, Riode Janeiro: FGV, p.124.

referir-se o citado caput do Art.37 à Administração Indireta estaria a alcançar aquele tipo de pessoa jurídica.

Encontram-se referências a essas entidades no Art.37, XVII [acumulação de cargos, empregos e funções] e, ainda, Art.37, XII e XIX, Art. 22, XXVII, Art.38, Art.150,VI, a e ADCT, Art.19, parágrafo 2°, sem esquecer o revogado Art.39. Esse conjunto normativo aponta para um regime de direito público. Não se deve, entretanto, afirmar que o Estado não possa participar, devidamente autorizado por lei, da instituição ou manutenção de alguma fundação de direito privado que exerça atividade de interesse público. Embora, nessa hipótese seja vedada a criação para exercício com titularidade de serviço público, mas, de qualquer modo, exercido, evidentemente, o devido controle, interno e externo, sobre as verbas oriundas dos cofres públicos.

Em relação às fundações de direito público, predomina na doutrina a tese que seriam espécie do gênero autarquia. É expressão dessa corrente Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, que defende :

> " *em rigor as chamadas fundações públicas são pura e simplesmente autarquias às quais foi dada a designação correspondente à base estrutural que têm. É que , como se sabe, as pessoas jurídicas sejam elas de direito público, sejam de direito privado, são classificáveis em dois tipos, no que concerne ao* ***"substracto básico"*** *sobre que assentam: pessoas de base corporativa [corporações , associações, sociedades] e pessoas de base fundacional [fundações]. Enquanto as primeiras tomam como substrato uma associação de pessoas, o substrato das segundas é, como habitualmente se diz, um patrimônio personalizado ou, como mais corretamente dever-se-ia dizer, a personalização de uma finalidade."* [prossegue] ..." *a Constituição referiu-se às Fundações Públicas em paralelismo com as Autarquias, portanto, como se fossem realidades distintas porque, simplesmente existem estes nomes diversos, utilizados no direito brasileiro para nominar pessoas estatais. seus objetivos foram pragmáticos. Colhê-las seguramente nas dicções a elas reportadas, prevenindo que, em razão de discussões doutrinárias e interpretações divergentes pudessem ficar à margem dos dispositivos que as pretendiam alcançar."*[83]

---

[83] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo, 1998 : Malheiros, 110

O pensamento desse Autor é brilhante e bem desenvolvido em termos de lógica jurídica. Parte de um conceito amplo de autarquia : " ***Pessoa jurídica de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa*** " [84], conceito esse que dentre o rol das pessoas jurídicas de direito público interno só exclui os entes políticos , a considera como gênero e a partir dessa idéia básica define as espécies: autarquias de base patrimonial , autarquias de base corporativa.

Parece, entretanto, que apesar da qualidade da construção daquela doutrina, , não foi essa a previsão da Constituição de 1988 que pretendeu limitar o conceito AUTARQUIA a apenas uma das espécies de pessoas de direito público de capacidade meramente administrativa. Poder-se-ia até fazer uma digressão para ressaltar que, efetivamente, quase não existem entidades de direito público de base patrimonial, no Brasil. Observe-se, não por existir incompatibilidade entre o regime de direito público e a base fundacional, mas por não terem aquelas sido efetivamente criadas, pelo menos na Administração indireta federal brasileira. Nessa esteira, poder-se-ia exemplificar com o caso das "fundações públicas universitárias federais brasileiras", que, efetivamente, não têm patrimônio e rendas capazes de gerar receitas suficientes para as suas manutenções, não se distinguindo, na prática, das autarquias federais universitárias brasileiras, a não ser por serem instituições mais recentes, criadas, normalmente nas décadas de sessenta e setenta, quando o modismo criador dessas entidades se justificava sobretudo pela maior liberdade na aplicação de recursos e pela maior limitação em relação aos mecanismos de controle pela idéia prevalente à época, de serem instituições de direito privado, mesmo voltadas para a prestação de serviços públicos.

2.7.2 A Constituição de 1988 nos já referenciados arts. 37,22, 38, 150, etc., refere-se, sempre a dois tipos distintos de entidades: **fundações públicas e autarquias, devendo-se entender que apesar de serem ambas pessoas jurídicas de direito público interno, com vários traços comuns, não se confundem**. Em tendo a Constituição feito distinção não cabe à doutrina desprezar essa diversidade.

Nesse ponto, extremamente ponderada a lição de Odete MEDAUAR, ao afirmar sobre a matéria que " *aparecem , na doutrina e na jurisprudência, afirmações no sentido de que* ***as fundações públicas***

[84] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime Jurídico das Autarquias,* citado, p.226

são espécies do gênero autarquia, *sendo, portanto, autarquias. Parece melhor aceitar que, embora possam ter semelhanças com as autarquias, as fundações foram criadas nas últimas décadas por iniciativa do Poder Público são uma nova forma de descentralização por serviço, um novo tipo de pessoa administrativa(Como afirmam Homero SENNA e Clóvis ZOBARAN MONTEIRO, na obra Fundações Públicas- No direito, na administração, 1970, p.231) . Parece estranho uma entidade (fundação) ser tida como espécie de outra (autarquia)sem se confundirem nos seus conceitos(como bem ponderou o saudoso Hely LOPES MEIRELLES, Direito Administrativo brasileiro, 15ª ed. 1990,p.311). Trata-se, portanto de outra entidade, como prevê a legislação brasileira. Mesmo distanciando-se das características das fundações apontadas no direito civil, sobretudo por faltar , muitas vezes a reserva de patrimônio destinada a um fim. O ordenamento intitulou-as fundações públicas, como entidades da Administração indireta, que realizam atividades que o Poder Público assume para atendimento de fins de interesse geral."*[85]

A ponderação é relevante. A Constituição referiu-se a duas figuras e tal fato não pode ser desprezado. O que vinha ocorrendo era, tão somente, a criação de entidades rotuladas de fundações públicas sem que os requisitos para a existência como tal estivessem presentes. É possível a criação de entidades de direito público com a forma de fundação, exigindo-se, entretanto que seu patrimônio e suas rendas sejam suficientes para tê-las como auto-suficientes.

2.7.3 Não se olvide que a Emenda Constitucional n.º 19/98 diferenciou a autarquia em sentido estrito da fundação pública, inclusive quanto ao processo de criação. Enquanto em relação às autarquias o Art.37, XIX com a redação Emenda já referida, exige **lei especial para criação**, em relação às fundações públicas a lei especial é, de acordo com o citado dispositivo, apenas um **instrumento autorizativo.** Evidentemente, o objetivo da Emenda foi especializar as fundações, tanto que, novas só surgirão para atuar nas áreas a serem definidas por **lei complementar,** fazendo cessar a criação, sem critério, dessas entidades, como vinha ocorrendo. A necessidade do procedimento complementar à lei servirá, inclusive, para afetação de patrimônio destinado a possibilitar ao ente fundacional alcançar seus objetivos. Com o novo texto constitucional, ora vigente e a edição da prevista lei complementar, ter-se-á

[85] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno.* São Paulo, 2ª ed.,1998: RT, p.87.

como critério diferenciador, além do substrato, o procedimento de criação e a área de atuação, podendo-se, por previsão legal, ter , inclusive, regime diferenciado de pessoal, face à modificação do Art.39 da Carta Constitucional com a decorrente possibilidade de uma pluralidade de regimes jurídicos de pessoal. Poder-se-á precisar os contornos dessas fundações públicas a serem, doravante, criadas, como pessoas jurídicas públicas de direito público de substrato patrimonial, criadas a partir de uma lei autorizativa para atuação em áreas definidas em lei complementar. As fundações públicas hoje existentes, não enquadráveis nessa conceituação deverão, ou pelo menos deveriam ser transformadas em meras autarquias ou até mesmo extintas, com suas competências assumidas por meros órgãos da Administração Direta.

2.8 Pode-se, aqui, até, antecipar o que será objeto de conclusão oportunamente, ou seja, que não existe incompatibilidade entre a figura da fundação pública e a qualificação de Agência Reguladora, pois o que a tipifica não é ser criada como autarquia ou fundação pública, mas a presença de elementos que efetivamente a caracterizem como ente regulador autônomo. É a presença dos "elementos orgânicos operacionais e funcionais" da noção de Agência que leva à definição de uma entidade como tal e não o fato de se ser fundação pública ou autarquia. Nesse sentido, invoca-se lição de SABOURIN, onde , `a luz do direito francês, mas em observação assimilável ao caso brasileiro, após examinar os elementos orgânicos e funcionais de várias autoridades administrativas independentes, identifica-as a partir desses elementos caracterizadores.[86] Nessa mesma trilha segue GENTOT em sua excepcional monografia quando lembra a diversidade de estrutura das várias autoridades administrativas independentes, lecionando :

> " *Regroupées sous une appelation commune, exerçant dans la societé des fonctions comparables, dotées d'attribuitions et d'organes de direction qui font la spécialité à côté de l'hiérarchie administrative traditionnnelle les autorités administratives indépendantes sont loin de présenter des caractéristiques parfaitement homogènes entre elles. L 'analyze de leur particularités fera ressortir la diversité de ces institutions, des fonctions qui leur sont assignées , des problemes Qui sont les leurs. Bien qui l'on ait fait prévaloir une conception large de la notion d'autorité administrative independante."*[87]

---

[86] SABOURIN, Paul. *Les autorités Administratives Indepéndantes. Une categorie nouvelle.* In_____L'Actualité Juridique Droit Administratif, 1983.

[87] GENTOT, Michel. *Les Autorités Administratives Indépendantes.* 2e.ed. Paris, 1994 : Montchrestien, p.99.

Pode-se antecipar, afirmando, que apesar de não terem ainda sido criadas fundações públicas para exercer atividades como agências reguladoras, não há incompatibilidade jurídica entre a estrutura fundacional pública e tal figura . O que não é possível é que pessoa jurídica de direito privado exerça atividade como Agência Reguladora.

Feitas essas breves considerações sobre as fundações públicas relevante uma singela visão panorâmica sobre as autarquias no Direito brasileiro.

2.9 Preliminarmente, deve-se ressaltar não ser a expressão **autarquia** palavra de um só sentido na língua portuguesa. Mesmo no campo jurídico várias acepções são encontradas.

Frente ao direito português p.e., o sentido do termo é diverso. Ali, CAUPERS conceitua como " *Entes Públicos de natureza institucional criados pelo Estado a fim de assegurar a prossecução sem fins lucrativos de determinadas atribuições daquele*"[88] os Institutos Públicos [que no caso brasileiro corresponde à figura da autarquia], que alcança os estabelecimentos públicos, os serviços públicos personalizados, etc. Consideração similar poder-se-ia fazer frente a outros sistemas jurídicos, nos quais a expressão autarquia está ligada e refere-se a entes de base geográfica. O já referido CAUPERS, p.e., define as autarquias como " *pessoas colectivas públicas, de base territorial, correspondentes aos agregados de residentes em diversas circunscrições do território nacional, que asseguram a prossecução de interesses comuns resultantes da proximidade geográfica, mediante a actividade de órgãos próprios representativos das populações.*" [89] Esse conceito de autarquia, corresponde, no caso português, como lembram Diogo FREITAS DO AMARAL[90], CANOTILHO e Vital MOREIRA[91], a um gênero, composto por Freguesias, Municípios e Regiões, tendo como substrato " *um agregado de pessoas definido pela residência em certa circunscrição do território do Estado*"[92]

---

[88] CAUPERS, João, *Direito Administrativo. Guia de Estudo.* Lisboa, 1995: Aequitas/ Editoria de Notícias, p228.

[89] CAUPERS, João. Obra citada, p.230.

[90] AMARAL, Diogo Freitas. *Curso de Direito Administrativo.* Vol I. Coimbra ,1986 : Almedina , p.422 e segs.

[91] CANOTILHO, JJ Gomes; e, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada.* 3ª ed. Coimbra, 1993: Coimbra ed., p.848 e segs.

[92] CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo,* vol I. Coimbra,1997, 10ª ed., 6ª reimp.: Almedina, p.308.

2.9.1 Já no direito brasileiro, apesar de na vigência da Constituição anterior alguns autores[93], inspirados em modelos como esse , terem pretendido vislumbrar nos territórios federais a figura das autarquias geográficas, tal não prosperou por evidente falta de adequação, como bem destacou Luiz Rafael Mayer[94].

Afastada a figura da autarquia geográfica, restou a autarquia de serviços que no Brasil foi expressão da descentralização administrativa. Inicialmente foi utilizada com muito maior amplitude, atendendo à mudança da postura do Estado brasileiro, pós-1934, sendo utilizada antes da Constituição de 1967 e da reforma administrativa introduzida pelo decreto-lei nº 200/67 inclusive para serviços e produção de bens no campo econômico, o que se mostrou, com o tempo, opção inadequada dada a rigidez do regime de direito público em cotejo com a necessária celeridade e dinamismo exigíveis para o desempenho de atividades econômicas.

A figura da autarquia era desconhecida no período imperial brasileiro. Até mesmo a idéia de descentralização como opção para melhor administrar não era objeto de aceitação pelos dirigentes de então e pela doutrina predominante. Pode-se citar como exemplo dessa aversão àquela idéia a posição do Conselheiro VEIGA CABRAL, defensor ardoroso da centralização que argumentava :

> " *descentralização, descentralização! É o que se ouve de todas as partes e aqui se reproduz como expressão de uma das necessidades mais imperiosas da nossa época! Descentralizar como pretendem os adversários da centralização...e descentralização administrativa é abater o poder central para que os negócios públicos sejam expendidos conforme a sua natureza geral...A centralização não é um Poder atraindo para o centro, nem prejudicando a liberdade legal dos cidadãos e da população, como inculcão os seus detratores , pelo contrário, é o princípio mais essencial e mais vital da Administração.*"[95]

Apesar dessa idéia centralizadora, alguns órgãos tinham relativa autonomia, quer no campo cultural, quer no campo econômico. No primeiro

---

[93] Dentre eles Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO , em *Natureza e Regime Jurídico das autarquias*, citado, p.399 a 408.

[94] MAYER, Luiz Rafael. *A natureza Jurídica dos Territórios Federais.* In_____Revista de Direito Administrativo, 125. Rio de Janeiro : FGV, p. 15 e segs.

[95] CABRAL, P G T Veiga. *Direito Administrativo Brasileiro.* Rio de Janeiro, 1859: Laemmert, p 20/21.

caso lembrando-se situações como a das Faculdade de Direito de Recife e de São Paulo e no segundo como a da " *Caixa de Amortização .Instituída e criada pela Lei de 15 de novembro de 1827, exclusivamente destinada a pagar os capitais e juros da dívida pública fundada por lei... independente do thesouro e administrada por uma junta composta pelo Ministro da Fazenda como Presidente, de cinco capitalistas nacionais escolhidos pelo Governo e do Inspetor Geral da Caixa".*[96]

Por outro lado, autores como o Conselheiro RIBAS já admitiam e defendiam nos meados do século passado a descentralização, embora o sentido da expressão utilizada fosse mais em termos geográficos: Poder Central em contraposição ao das províncias e dos municípios, do que em relação à especialização e destaque de serviços. Lecionava que " *a nossa Lei Fundamental estabelece o princípio da descentralização administrativa limitada... esse princípio da descentralização recebeu mais amplo desenvolvimento pela lei de reforma constitucional [12 de agosto de 1834]...a tendência da opinião pública parece ser favorável ao alargamento da descentralização administrativa."*[97]

No campo econômico, relevante a referência quanto a utilização de contratos de concessão para exploração de atividades de tecnologia de ponta e que demandavam recursos elevados, como o exemplo das Estradas de Ferro.

A descentralização política viria com o sistema federativo introduzido pela República. A descentralização administrativa dentro da órbita de cada ente político viria um pouco mais tarde. Pode-se afirmar que, em verdade, a descentralização administrativa funcional , com a personificação de entes para a prestação de serviços e produção de bens de competência do Estado , só viria a ter impulso a partir da década de trinta, com o crescimento e transformação do Estado, fruto sobretudo de inspirações, como da Constituição Mexicana e da Carta Alemã, do pós-guerra, no sentido do Estado do bem estar social, em oposição ao modelo liberal, ou como pretendem alguns, como síntese entre a idéia liberal e a idéia socialista. Essa idéia de descentralização administrativa causou à época certa perplexidade entre os doutrinadores brasileiros e certa dificuldade de adaptação da nova figura aos princípios tradicionais que regiam a Administração Pública. São as naturais e sempre repetidas rejeições aos novos institutos. É o que ressaltava à época

---

[96] CABRAL, P G T. Obra citada, p.358.

[97] RIBAS, Conselheiro. *Direito Administrativo brasileiro* Rio de Janeiro, 1866: F L Pinto & Livreiros-Editores, p. 88 e 89..

Themístocles BRANDÃO CAVALCANTI, " *a creação, dentro do nosso regimen de entidades collectivas com personalidade jurídica e autonomia administrativa, mas dirigida directamente pelo Estado ou por seus delegados de sua nomeação, veio crear grande confusão em torno dos princípios do nosso Direito, dominado pela divisão de público e privado e pelos princípios civilistas dentro dos quais se procuram enquadrar todas as relações jurídicas, mesmo aquelas em que intervem o Estado.*"[98] Caracterizava aquele Jurista as autarquias pela autonomia financeira e de serviço, ressaltando que " *sua autonomia importa na sua representação própria, na possibilidade de preencher as suas finalidades pelos seus órgãos, dentro dos limites dos seus estatutos e regulamentos*"[99]

2.9.2 Poder-se-iam citar vários administrativistas da época para traçar o perfil dessas entidades tidas como de direito público; com quadro de pessoal e receitas próprias, criadas para exercer serviços de competência do Estado, próprios, ou não, sob supervisão dos entes políticos.

A nova figura proliferou a partir da década de trinta. Surgiram o Departamento Nacional do Café, criado pelo decreto nº 22.452, de 10.02.1933; o Instituto Nacional do Açúcar e do Álcool, pelo decreto nº 22.789, de 01.07.1933; aperfeiçoaram-se as Caixas de Aposentadorias e Pensões (criadas pela lei nº 4.682, de 24.01.1923), com áreas de atuação extremamente ampliadas a partir do decreto nº 20.465, de 1931. O que se constatou desde então e com grande força na vigência das Constituições subsequentes, a de 1937 e a de 1946, foi a expansão dessas entidades que passaram a ser utilizadas, como instrumento de descentralização, nas mais variadas áreas de atuação do Estado, desde atividades tipicamente estatais, como a Superintendência de Moeda e Crédito- SUMOC [depois sucedida pelo Banco Central do Brasil]; em áreas assistenciais, como as Caixas de Aposentadorias e Pensões e os posteriores Institutos, como o IAPI, IPASE, IAPB. IAPETEC; em atividades tipicamente de polícia administrativa como a SUNAB; em atividades educacionais, como as Universidades Federais então criadas; e, inclusive em atividades empresariais como o Lloyd Brasileiro [explorando navegação de longo curso, médio curso e de cabotagem]; a Costeira [navegação de cabotagem] ; as "Redes Ferroviárias Federais", como a Rede Ferroviária do Nordeste- RFN, depois unificadas ; a Siderúrgica Nacional, etc.

---

[98] CAVALCANTI, Themístócles Brandão. *Instituições de Direito Administrativo brasileiro.* Rio de Janeiro, 1936: Freitas Bastos, p.49

[99] CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Obra citada, p.40

Essa utilização da estrutura e do regime jurídico de pessoas jurídicas de direito público mostrar-se-ia, com o passar dos anos, de elevado grau de inadequação com a exploração de atividades econômicas, quer pela evidente quebra de isonomia em comparação com as empresas privadas também atuantes nos mesmos setores, quer pela incompatibilidade do regime de direito público com o dinamismo que se faz necessário nas atividades empresariais.

A década de sessenta, com a implantação da reforma administrativa, foi palco da extinção de muitas entidades autárquicas [e também de órgãos públicos] que exerciam atividades econômicas, com o surgimento de Pessoas Jurídicas de Direito Privado para exercerem as mesmas atividades econômicas [como concessionários nas hipóteses de serviços de competência do Estado]. Tal ocorreu, p.e., com a criação da sociedade de economia mista Rede Ferroviária Federal S/A e a extinção das autarquias exploradoras de ferrovias federais; com a extinção do Lloyd Brasileiro [autarquia] e a criação da Companhia Lloyd brasileiro [como sociedade de economia mista], com a extinção da Siderúrgica Nacional de natureza autárquica e a criação da Companhia Siderúrgica Nacional; com a extinção do Departamento de Correios e Telégrafos e a criação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, como empresa pública federal, dentre inúmeros outros exemplos que poderiam ser citados.

O modelo previsto no decreto-lei nº 200/67 [fundado no Ato Institucional nº 04, de 07.12.66] e também consagrado na Constituição de 1967, foi no sentido que o exercício de atividades econômicas pelo Estado seriam instrumentalizadas com a utilização de pessoas jurídicas de direito privado. Nesse linha o Art.5º , I, do citado decreto-lei , limitador do papel das autarquias.[100] Em relação à exploração de atividades econômicas pelo Estado, as pessoas jurídicas previstas para exercício dessas atividades e também para o exercício de serviços públicos como concessionários foram as sociedades de economia mista e as empresas públicas e suas subsidiárias, sujeitas às normas de direito privado, sem quaisquer das prerrogativas pertinentes à Fazenda Pública embora sobre elas incidam inúmeras regras e princípios de cunho constitucional e também normas legais, regra geral destinadas ao controle e à proteção do patrimônio e do interesse públicos. Aquele decreto-lei incorreu,

---

[100] Definiu o Decreto-Lei 200/67, Art 5º, I, como **autarquia** : *O serviço autônomo, criado por lei, como personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, **para executar atividades típicas da Administração Pública**, que requeiram para o seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.*

entretanto, em alguns equívocos, como o de não salientar serem as autarquias pessoas jurídicas de direito público e o mais grave, salientado por Eduardo Lobo BOTELHO GUALAZZI, " *considerou possível que a entidade mais típica da Administração Indireta- autarquia- preste serviços industriais [art. 182]; por fim, silenciou com relação a quatro figuras que necessariamente abrangem descentralização de serviço público administrativo típico- concessão, delegação, permissão e autorização*"[101] Também, na mesma linha, evidenciando a má formulação dos critérios distintivos dos Entes da Administração Indireta, de conformidade com o decreto-lei nº 200/67, mesmo com as alterações introduzidas pelo decreto-lei nº 900/69, é o pensamento de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO[102]

Deve-se salientar, ainda, que a Constituição de 1967 continha a impropriedade de prever autarquias exercendo atividades econômicas, como se verifica do disposto no Art. 163...

...

Parágrafo 2º. Na exploração , pelo Estado, de atividade econômica, as empresas públicas, ***autarquias*** *e sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao Direito do trabalho de das obrigações.*

Prevaleceu, entretanto, regra geral, a previsão do decreto-lei nº 200/67, art.5º, I, ou seja, as autarquias, cujas criações se seguiram visaram executar **atividades típicas da Administração Pública**, sendo submetidas ao mesmo regime jurídico das entidades matrizes, com as mesmas prerrogativas básicas.[103] Exceções como a exploração da Unidade agro-industrial produtora de acúcar da Usina Caxangá, situada em Ribeirão- PE, por uma autarquia [INCRA] foram desastrosas.

Na vigência da Constituição de 1967 e da EC nº 01/69 [verdadeira Constituição, fundada em ato de força de uma Junta Militar que se impôs, ao arrepio da Constituição então vigente, invocando os Atos Institucionais nºs 10/69 e 05/68] foram qualificadas algumas **autarquias** como **especiais**, ou

---

[101] GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Serviços Comerciais ,Industriais e Internacionais do Estado.* São Paulo,1985 : RT, p.141.

[102] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta.* 2ªEd., 1987. São Paulo : RT, p.31 e segs.

[103] Nota : Observe-se que essa aproximação de regimes jurídicos continuou com a EC nº 01/69 e na vigência da CF/88, tendo, inclusive se aprofundado, como se verifica, p.e. com a unificação do sistema recursal em relação às remessas ex-officio, em relação às restrições no tocante a concessões de antecipações de tutelas e liminares, às intimações pessoais de procuradores, etc.

seja pessoas jurídicas dessa espécie, com regime diferenciado, inclusive quanto aos servidores. Foram exemplos dessa situação, à época, a Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste- SUDENE e o Banco Central do Brasil- BACEN. Observe-se que, em relação ao regime de pessoal do BACEN a resistência à adoção do regime jurídico unificado foi grande. Só mesmo após decisão do STF é que se reconheceu que os servidores do BACEN, na vigência da CF/88, estariam sujeitos àquele regime jurídico unificado, então previsto no Art.39 da Carta, na redação original e na lei nº 8.112/90.

2.10 A Constituição de 1988 e a legislação infra-constitucional que se seguiu tiveram como conseqüência a unificação do regime básico das autarquias, inclusive em relação a pessoal, regras processuais, regramento de direito financeiro, licitações e contratos, disciplina processual, etc .Tal conjunto normativo vem causando uma gradativa perda da autonomia dessas entidades. Atualmente, pode-se afirmar que em relação a aplicação de recursos, à administração de pessoal, à defesa em juízo, a posição das autarquias federais não apresenta sensível distinção em relação aos órgãos da Administração Direta. A título de exemplo poder-se-ia fazer referência ao fato que todas as folhas de pagamento das autarquias federais são elaboradas pelo órgão central de pessoal SEAPE [antigo MARE] que decide sobre as solicitações de implantações de remunerações e vantagens de pessoal de quaisquer autarquias.

Criou-se, em verdade, um sistema que, em muito facilitou os mecanismos de controle e fiscalização, mas por outro lado trouxe a centralização do poder decisório , em praticamente todas as áreas de atuação das autarquias federais, podendo-se até antecipar, no sentido que as entidades autárquicas cujas existências não mais justificarem uma qualificação como Agências, quer Executivas, quer Reguladoras, devem ser extintas e suas funções agregadas a órgãos da Administração Direta. Sem dúvida, as telecomunicações, as grandes redes de informática aproximaram de tal modo os entes públicos situados nos mais longínquos rincões do Brasil, que a existência de certas autarquias e fundações públicas tradicionais não mais se justifica, restando dois caminhos, ou a qualificação como Agência , como foi o caso do INMETRO, ou a extinção, como foi o caso da SUNAB.

Pode-se afirmar que para o aperfeiçoamento da Administração Pública Brasileira, relevante será que as entidades autárquicas e fundacionais cuja atuação possa ser exercida por Órgãos, com estruturas mais simplificadas o

sejam ou quando suas áreas de atuação exigirem maior dinamismo e descentralização, que sejam qualificadas como *"agências executivas"* o que corresponderia a ser uma autarquia sem parte das restrições que os textos legais dos últimos anos estão a impor e com maior dinamismo operacional, ou quando houver necessidade de desenvolver um núcleo normativo e regulador, que sejam criadas *"Agências Reguladoras"*, embora subordinadas ao princípio da legalidade,esse de fundo constitucional, no caso brasileiro.

O que é relevante é a constatação, independente de denominações, que a Administração Pública precisa afastar-se da idéia de imobilismo. Há necessidade que instituições públicas que atuem regulando e policiando áreas sensíveis como saúde , mercado de capitais, disciplina da concorrência na produção de bens e serviços, etc., sejam dotadas de uma estrutura jurídica capaz de tornar efetiva a disciplina dessas áreas de atuação. Este deve ser um dos fundamentos para a criação de Agências Reguladoras. Por outro lado, atividades exercidas pelo Estado que necessitem de maior independência no atuar, embora sem a necessidade de existência de um núcleo regulador, devem ser objeto de atuação de entes dotados de maior autonomia. Em quaisquer situações, ambas espécies, devem estar vinculadas à idéia básica de eficiência, representada, inclusive e sobretudo pelos contratos de gestão. O modelo é relevante, ousado um tanto quanto decalcado de outros modelos e perigoso, considerando restará examinar de sua efetividade.

Ver-se-á a seguir as principais características dessas instituições [**Agências Reguladoras**] no caso brasileiro, partindo-se para obtenção dessas características do exame de várias "agências" criadas e já instaladas. Ressaltando-se, de logo, que várias dessas características já eram encontradas em autarquias preexistentes, embora o conjunto , o somatório necessário à caracterização dessas entidades, só tenha vindo a ocorrer recentemente.

Tentar-se-á, nos capítulos seguintes, identificar os elementos caracterizadores dessas Agências a partir, sobretudo, das estruturas jurídicas de alguns de seus principais exemplos : ANATEL, ANP, ANEEL, ANVS, com referências, ainda, a traços de algumas autarquias mais antigas como o CADE e a CVM e de Agências de alguns Estados Membros, para esboçar-se, a partir desses exemplos, teorizar um conceito de Agência Reguladora no Direito Brasileiro.

CAPÍTULO III

CRITÉRIOS PARA DEFINIÇÃO DE AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO BRASILEIRO. ESTABILIDADE DOS DIRIGENTES E AUTONOMIA FINANCEIRA

3. Mister se faz tentar vislumbrar os elementos caracterizadores, o mínimo comum presente nas entidades qualificadas como Agências Reguladoras Independentes, para a partir desses elementos se tentar conceituar o instituto no Direito Brasileiro.

Como primeiro desses elementos, poder-se-á ressaltar a relativa estabilidade de seus dirigentes e modo de designação desses. Essa característica é, inclusive, destacada pela doutrina estrangeira, como fundamental para o ente regulador autônomo. SABOURIN, p.e., frente ao modelo francês, lembra que " *trois se révèlent singulíerment significatifs du degré d' independance d'institution :* ***le mode de désignation et les garanties prévues au statut****, la présence e le rôle du commissaire du Gouvernement*"[104] A estabilidade dos dirigentes das agências é ,também, nos EUA, característica marcante dessas entidades, como se verá adiante.

3.1 No Brasil, algumas referências devem ser feitas quanto à maneira especial de designação. Deve-se observar que já a lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, em relação ao Conselho Monetário Nacional-CMN, órgão

---

[104] SABOURIN, Paul. *Les Autorités Administratives Indépendantes, une catégorie nouvelle.* In _____L'Actualité Juridique Droit Administratif [AJDA], 1989, p.282

regulador em relação a adaptação de volume de meios de pagamento às reais necessidades da economia nacional, fixação do valor da moeda, orientação de aplicação de recursos das instituições financeiras, coordenação das políticas monetária, creditícia, orçamentária, fiscal e da dívida interna e externa , autorização da emissão de papel moeda, fixação de política cambial, etc., tem seus membros não natos [nessa condição de natos encontram-se os presidentes do BACEN, do Banco do Brasil S/A , do BNDES, o Ministro da Fazenda] nomeados pelo Presidente da República *após aprovação pelo Senado*, escolhidos dentre brasileiros com reputação ilibada e notória capacidade em assuntos econômicos, financeiros, com mandato de sete anos, podendo ser reconduzidos. Na mesma área, o BANCO CENTRAL DO BRASIL, autarquia responsável pela execução da política do CMN e pelo vasto elenco de competências previsto no Art.10, da lei n.º 4.595, de 31.12.64, tem seu presidente e diretores também com processo especial de investidura, sendo as nomeações precedidas de indicação ao Senado e aprovação por aquela Casa. Ressalte-se que, em relação aos dirigentes do BACEN há uma específica previsão constitucional, ao lado da genérica para cargos de outras instituições, conforme prevê a Constituição Federal de 1988:

> Art. 52. *Compete privativamente ao Senado Federal :*
> ...
> *III- aprovar , previamente, por voto secreto, após argüição pública, a escolha de :*
> ...
> *e) Presidente e Diretores do Banco Central;*
> f) *Titulares de outros cargos que a lei determinar.*

Ocorre que aos Dirigentes do BACEN não é assegurada estabilidade e podem, por conseguinte, ser exonerados "*ad nutum*". Ainda na área de controle sobre instituições financeiras, a CVM- Comissão de Valores Mobiliários, autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, com competência , basicamente, no sentido de fiscalizar permanentemente as atividades e serviços do mercado mobiliário, exercendo, também atividades reguladoras nos termos prefixados pelo CMN, tem, apesar de sua importância, seus dirigentes nomeados pelo Presidente da República, exigindo-se como requisitos, reputação ilibada e reconhecida competência em matéria de mercado de capitais, sem que haja a chancela de outro poder.

Já o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, tem as indicações de seus dirigentes , antes das nomeações, sujeitas à aprovação pelo Senado, conforme prevê a lei nº 8.884, de 13.06.94, em seu Art. 4º :

> *O Plenário do CADE é composto por um Presidente e seis Conselheiros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico, ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República* ***depois de aprovados pelo Senado Federal.***
>
> *Parágrafo 1º O mandato do Presidente e dos Conselheiros é de dois anos, permitida uma recondução.*

A razão de ser dessa forma de indicação, bem como dos pressupostos previstos nos arts. 5º e 6º, da citada lei, foi, como ressalta João Bosco Leopoldino da FONSECA, a *"fixação de critérios que garantam a independência, a idoneidade, a capacidade e a intangibilidade dos integrantes do CADE".*[105]

É a idéia básica de estabilidade dos dirigentes dos entes reguladores. No caso, o Art.5º da referida lei assegura a estabilidade relativa do mandato, cuja perda só pode ocorrer em virtude de decisão do Senado, após provocação do Presidente da República ou em razão de condenação criminal irrecorrível, por crime doloso, ou de processo disciplinar [com aplicação das leis nº 8.112/90 e nº 8429/92]. Fala-se aqui, em estabilidade relativa, pois, a doutrina tem se posicionado, no sentido que a prerrogativa do Presidente da República de propor a exoneração de dirigentes do CADE seria expressão do poder discricionário, sujeito apenas a mero controle político do Senado. Leciona-se que " *a perda do mandato por iniciativa do Presidente da República se justifica quando as decisões do Presidente ou de Conselheiros do CADE não se harmonizam com os demais aspectos da política econômica do Poder Executivo. Não há necessidade de se imputar ao Presidente ou ao Conselheiro do CADE, nessa primeira hipótese a prática de infração de qualquer ordem. Os integrantes do plenário da entidade autárquica ainda que exerçam seus cargos com absoluto profissionalismo e competência técnica, podem não estar*

---

[105] FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Lei de proteção da Concorrência. Comentários à lei antitruste.* Rio de Janeiro, 1995: Forense, p.61

atuando em consonância com os agentes do poder executivo encarregados da formulação e aplicação da política econômica"[106]

Essa vinculação entre o Executivo e o CADE não é recomendável. De nada adianta fixarem-se critérios rigorosos para as nomeações , tendo-se exonerações imotivadas. Deve-se, partir, na interpretação do dispositivo permissivo de exoneração que tal se dará em função de motivo a justificá-la, mesmo que não caracterize falta grave. Mas sempre motivo relevante, determinante, cuja existência está sujeita a perquirição em sede de controle judicial.[107] A autonomia atenuada do CADE é um dos fatores impeditivos de sua maior eficiência para o adequado desempenho das relevantes funções para as quais foi criado, campo onde urge a presença do Estado e que em vários daqueles que servem de referencial ao Brasil, se adotou a figura da autoridade administrativa independente como instrumento para sua regulação. A isenção e a independência face aos instrumentos de pressão econômicos e muitas vezes político-econômicos são imprescindíveis em áreas como a disciplina da concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico. Ressalte-se , nesse tópico,como exemplo a ser observado, a independência assegurada, nos EUA , à *Federal Trade Comission.*

3.2 Em relação a essa questão da estabilidade dos dirigentes das agências brasileiras e as formas de designação, alguns textos legais mais recentes devem ser observados para tentativa de obtenção de um princípio.

A lei n.º 9.427, de 26.12.96, criadora da ANEEL- Agência Nacional de Energia Elétrica previu serem o Diretor-Geral e os demais Diretores dessa autarquia especial, titulares de mandatos não coincidentes de quatro anos, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da indicação presidencial, pelo Senado da República. Adquirem esses Dirigentes, após nomeados estabilidade temporária que se estende, inclusive, além do seu término quanto aos efeitos financeiros, no chamado "*período de quarentena*", visando evitar a cooptação desses dirigentes por empresas do ramo. A perda

---

[106] COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro. Comentários à Lei 8.884/94.* São Paulo, 1995: Saraiva, p.16

[107] Estados como Portugal, procuram assegurar a autonomia do Conselho da Concorrência com a previsão legal do exercício de sua presidência por um Magistrado Judicial, ou do Ministério Público, nomeado após autorização , consoante o caso, do conselho superior da Magistratura, ou do Conselho Superior do Ministério Público, com mandato de três anos, renovável, além de quatro a seis vogais [cf. NOGUEIRA SERENS e Pedro MAIA . *Legislação Comunitária e Nacional de Defesa da Concorrência.* Coimbra, 1994: Almedina, p.343. A matéria tem , também , sido objeto de preocupação por normas da comunidade européia como o Art.85 do Tratado de roma, Os Regulamentos do Conselho da Comunidade no.s 17, de 06.02.62; 27 ,de 03.5.62; 2.988, de 26.11.74; dentre outros

do mandato está limitada a situações específicas devidamente motivadas, como a prática de crime, o cometimento de falta grave, o não atendimento das cláusulas , condições e metas previstas no contrato de gestão pactuado. Observa-se, nesse caso, a estabilidade melhor delineada que na hipótese do CADE, inadmitindo-se a ruptura do vínculo por "denúncia vazia", durante o mandato.

A lei n.º 9.472, de 16.07.97, criadora da ANATEL- Agência Nacional de Telecomunicações, também como autarquia em regime especial, em relação a seus dirigentes prevê nomeação após aprovação pelo Senado, da indicação do Presidente da República. Estabelece aquela lei que o órgão de direção da ANATEL é o Conselho Diretor, sob a chefia de um Presidente, nomeado dentre os Conselheiros. Prevê:

> *Art. 23. Os conselheiros serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeado após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f, do inciso III, do Art. 52, da Constituição Federal.*
>
> *Art.24 O Mandato dos membros do Conselho Diretor será de cinco anos vedada a recondução.*
>
> *Parágrafo Único. Em caso de vaga no curso do mandato, este será completado por sucessor investido na forma do artigo anterior, que o exercerá pelo prazo remanescente.*
>
> *Art.25. Os mandados dos primeiros membros do Conselho Diretor serão de três, quatro, cinco, seis e sete anos a serem estabelecidos no decreto de nomeação.*
>
> *Art.26. Os Membros do Conselho Diretor somente perderão o mandato em virtude de renúncia de condenação judicial transitada em julgado , ou de processo administrativo disciplinar.*

Verifica-se no caso da ANATEL que características semelhantes no tocante à investidura e estabilidade são encontradas, em cotejo com a situação dos dirigentes da ANEEL. Pode-se afirmar que a forma de investidura é idêntica e também a existência de mandato fixo. Destaca-se, apenas que, no caso da ANATEL a duração do mandato é mais longa, cinco anos ao invés de

quatro. O princípio da não coincidência dos mandatos e a estabilidade só quebrada pela prática de falta grave devidamente apurada, ou condenação penal com trânsito em julgado, também são coincidentes. Além disso só haveria ruptura do vínculo com a quebra das obrigações assumidas com o contrato de gestão.

Já a lei n.º 9.478, de 06.08.97, instituidora do Conselho Nacional de Política Energética e da Agência Nacional de Petróleo- ANP, no tocante à Diretoria dessa Agência, também criada e *submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo*, estabeleceu ser aquela em regime de colegiado, formada por quatro diretores e um diretor-geral, com seus membros nomeados pelo Presidente da República após aprovação da indicação pelo Senado da República com mandatos não coincidentes de quatro anos [mesma duração de mandato dos dirigentes da ANEEL]. Mantém-se, pois, as mesmas regras básicas para investidura de seus dirigentes, semelhante às das agências anteriormente referidas.

Mais recentemente, em 27.01.99, pela lei n.º 9.782, foi criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária- ANVS, como autarquia de natureza especial, caracterizada pela *independência administrativa, estabilidade de seus Dirigentes e autonomia financeira* e que , de acordo com o Art. 4º da citada lei, *atuará como autoridade administrativa independente.* É importante uma singela digressão para referência à utilização de certas expressões, importadas de modelos estrangeiros. A Agência se caracteriza como pessoa e o similar francês que é a autoridade administrativa independente se caracteriza por não ter personalidade jurídica. Daí a dificuldade da assertiva do já referido artigo, no sentido de que a agência atuará como autoridade administrativa independente. Em verdade, deve-se entender a assertiva no sentido que a Agência atuará como ente regulador autônomo.

Em relação ao primeiro mandato dos dirigentes dessa agência, diferentemente do ocorrido com as demais, optou-se por encurtar os mandatos de alguns de seus dirigentes, estabelecendo-se que *O Diretor Geral e dois Diretores serão nomeados ... com mandato de três, dois e um anos e dois Diretores com mandatos de quatro anos.* Em relação ao princípio da estabilidade, essencialmente é o mesmo encontrado no regramento das demais agências, observando-se quanto ao mandato que é de apenas três anos, mas admitida uma recondução.

Pode-se a partir desses exemplos dados chegar à algumas conclusões em relação à investidura e estabilidade de dirigentes das agências reguladoras, federais, brasileiras :

a) são as agências dirigidas por diretorias colegiadas de mandatos não coincidentes;
b) têm os dirigentes das agências, suas indicações submetidas à apreciação do Senado antes das nomeações pelo Presidente da República;
c) devem ser os nomeados pessoas de idoneidade moral e especialistas nas áreas de atuação das agências que forem dirigir [*recomendável seria que o critério da barganha política não estivesse presente*];
d) não podem ser afastados dos cargos, a não ser em situações que caracterizem a ocorrência de falta grave, violação das obrigações pactuadas no contrato de gestão ,apurados em regular processo administrativo ou na hipótese de condenação por crime doloso.

3.2.1 Esse relevo dado à estabilidade dos dirigentes, é uma das características mais marcantes dessas entidades, de modo a que a sua atividade reguladora seja mais técnica e menos influenciada por fatores contingências de cunho político e muitas vezes político- partidário.

Essa característica da estabilidade é bem destacada nos modelos que serviram de paradigma ao que se está a implantar no Brasil . o exemplo norte-americano merece referência, inclusive, pelo exercício de atribuições de relevo na solução de conflitos por parte das agências, com mais limitado acesso ao Judiciário, além de terem relevante capacidade normativa fatos esses que as fazem crescer em importância no cotejo com outras instituições e põe em destaque a questão da autonomia.

SCHWARTZ defende a autonomia das Agências e a decorrente estabilidade de seus dirigentes, alegando que " *These independent commissions principally regulate powerful interests and industries, and have been vested not only with administrative but with legislative and judicial powers also.*"[108] Nos Estados Unidos, inclusive, o Presidente da República não tem poderes para afastar dirigentes de "regulatory agencies" regularmente nomeados, no curso de seus mandatos, a não ser em hipóteses de má conduta, ou de violação de dever funcional.

---

[108] SCHWARTZ, Bernard. *Administrative Law.* Boston and Toronto, 1977 : Lttle, Brown and Company, p.28.

Essa questão foi objeto de dois destacados "*cases*" do Judiciário norte-americano. O primeiro deles o "*Humphrey's Executor v. United States, 295 US 602 [1935]*" , no qual a Suprema Corte entendeu com base no "*Federal Trade Act*", de 1914, Section 1,15 USC , Section 41, no qual o Congresso, especificamente, proibira o Presidente da República de remover os " *Commissioners*" exceto por "*inefficiency, neglect of duty or ma feasance in Office*", entendeu a Corte que o ato presidencial no sentido do afastamento do Comissioner seria ilegal. O segundo "*case*" foi o " *wiener v. United State, 357 US 349 [1958]* , sendo que, nesse último a jurisprudência evoluiu no sentido de entender que essa proteção contra exonerações imotivadas seria inerente a esse tipo de entidade mesmo quando não houvesse expressa previsão legal [como era o caso da War Claims Act , de 1948]. As conclusões desse doutrinal decisão, são destacadas por WARREN :

> "*Judging the matter in all the nakedness in which it is presented namely the claim that the President could remove a member of an adjudicatory Body like de War Claims commission merely because he wanted his own appointees on such a commission, we are compelled to conclude that no such power is given to the president directly by the Constitution, and none is impliedly conferred upon him by statute simple because congress said nothing about it. The philosophy of Humphrey's Executor, in its explicit language as well as its implications , precludes such a claim*".[109]

Tais fundamentos são, com ponderação , aplicáveis ao caso brasileiro e mais ainda em um Estado onde urge que a regulação se faça, afastada de interesses transitórios, meramente político-partidários e por vezes, mais diretamente, eleitoreiros. Sabe-se o mal que o "*spoil system*" causa ao funcionamento da Administração Pública.

3.2.2 Não se pode, entretanto , por apego à realidade brasileira, deixar de lançar dúvida se os mandatos dos dirigentes da "agências" não representarão, nesse caso, um instrumento para alongamento temporal da influência do Presidente da República, ou dos Chefes de Executivos estaduais ao invés de ser um instrumento para neutralizar esse caráter de mera indicação político partidária . Não se pode olvidar que a apreciação das indicações pelo Senado Federal, para cumprimento do disposto no Art.52, da

[109] WARREN, Kenneth F. *Administrative Law in the political System.* 3rd ed. New Jersey, 1997: Prentice Hall., p.175.

Constituição, não tem passado de mera formalidade, sem atender à finalidade para a qual foi tal apreciação prevista. Por outro lado, regra geral, nos Estados Membros, as indicações dos dirigentes das Agências reguladoras não são submetidas ao crivo do legislativo, ressalvadas exceções como a da Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos Delegados do RS – AGERGS, criada pela lei estadual nº 10.931, de 09.01.97, que condiciona as posses dos membros do Conselho Superior à aprovação pela Assembléia Legislativa. É de se reconhecer que, de qualquer modo, a não coincidência de mandatos é relevante para reduzir essa influência do elemento político ocasional.

Por outro lado, verifica-se que as indicações de todos os dirigentes dessas agências federais, até hoje criadas, é feita pelo Presidente da República, sem que representem segmentos interessados da sociedade e sem a participação do Legislativo, o que enfraquece a legitimidade de tais indicações.

Outro elemento caracterizador dessas instituições é a *autonomia financeira ampliada* , comparando-se com as demais pessoas jurídicas que compõem a Administração Pública Indireta. Ao contrário delas, as autarquias tradicionais e as fundações públicas não qualificadas como agências executivas ou reguladoras encontram-se em paulatino processo de redução de suas autonomias financeiras.

A autonomia financeira das agências se evidencia pela previsão de receitas específicas, fruto sobretudo da arrecadação de tributos específicos como as taxas, da justa remuneração pela prestação de serviços, produto da arrecadação de multas, valores recebidos de concessionários, além de outras receitas legalmente previstas. Observa-se que a garantia imprescindível de receita específica está prevista em todos os textos legais criadores das agências antes enumeradas. Por outro lado, deve-se salientar não ser apenas a previsão de receitas específicas, patrimônios afetados, etc.a caracterizar a autonomia financeira. Também a diferenciação em relação à forma de aplicação de recursos tende a assegurar uma maior *"flexibilidade"*, inclusive com a aplicação do Art. 37, parágrafo 8º ,da CF/88, ou seja, de acordo com o previsto nos contratos de gestão[110], constantes de todos os textos criadores de agências. É relevante, entretanto, observar-se que essa dita flexibilização

[110] Não se olvide que o **contrato de gestão**, previsto a nível constitucional a partir da Emenda Constitucional nº 19/98, e já referenciado neste trabalho,é um dos pilares da pretendida administração gerencial por resultados, idéia que se evidencia não só no tocante às agências reguladoras, mas também em relação às agências executivas, e às organizações sociais e apresenta-se como um dos instrumentos apresentados para se alcançar o princípio da eficiência.

deverá estar definida e com sua moldura fixada na lei. Urge, sem dúvida, que as diferenciações em termos de regime jurídico dessas entidades sejam previstas em lei, inclusive quanto aos contornos e limites das matérias objeto de contratos de gestão.

É de se ressaltar, ainda, que as "agências reguladoras autônomas" são estruturadas em função da idéia de " *responsability for results*", o que já era bem presente e de modo enfático no modelo norte-americano. Naquele, SCHWARTZ ressaltava que " *taken togheter, the various federal administrative agencies have the responsability for making good to the people of the country . A major part of the gains of a hundred and fifty years of democratic government. This means that the agencies cannot take a wholly passive attitude toward the issues which come before them*".[111]

[111] SCHWARTZ, Bernard. *Obra citada*,p. 17.

CAPÍTULO IV
A ATIVIDADE NORMATIVA COMO UM DOS ELEMENTOS PARA IDENTIFICAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

4. **Outro elemento caracterizador** das agências reguladoras independentes de grande relevo, o mais significativo, inclusive pois é o responsável pela identificação delas é , exatamente, o poder de produção normativa dessas instituições sendo, pois, de grande relevo o seu exame, bem como da questão referente á compatibilidade desse poder regulador com os princípios da **legalidade** e da autonomia das funções. Essa questão , de grande destaque, está ligada à análise da compatibilidade da figura das agências reguladoras com a própria estrutura constitucional brasileira e tem sido objeto de preocupação dos doutrinadores frente a vários sistemas jurídicos, visando evitar uma usurpação da atividade legislativa por "entes autônomos", integrantes da Administração Pública.

4.1 Pode-se afirmar que a subordinação do Estado-Administrador ao princípio da legalidade é fundamental para a preservação do *Estado de Direito-Democrático*. Esse princípio da legalidade pode ser observado sob dois aspectos , como destacado por Hartmut MAURER:

1 O princípio do primado da lei; e,
2 O princípio da existência de um domínio reservado à lei.

De acordo com o primeiro, "*L 'Administration aux lois existantes et signifie que l' Administration ne doit prendre aucune mesure qui serait en contradiction avec une loi* "[112] A prevalência da lei como fonte formal do Direito é o que exprime esse aspecto do princípio da legalidade.

O segundo aspecto indica campos, áreas, matérias a serem objeto de normatização exclusivamente pela lei no sentido formal. Como exemplo dessas áreas sujeitas apenas à disciplina pela lei não só no sentido material, mas, também no sentido formal, aponta-se o direito penal, sobretudo em relação à criação de tipos, à caracterização de condutas puníveis, agravantes, qualificadores, etc.

Em verdade, a subordinação da Administração ao princípio da legalidade tem raiz em algo bem mais profundo que é a tradicional teoria da separação dos poderes, matriz que evoluiu para a moderna teoria da separação de funções, chegando autores como Martin MATEO a afirmar que " *la teoria de la división del poder, posteriormente transformada a veces en teoria de la division de funciones, pero , que responde más o menos al mismo esquema inicial.*"[113] Apesar de ser compreensível, caracteriza-se pelo excesso em termos de simplificação a posição desses autores . Deve-se estar atento à lição de SÉRVULO CORREIA no sentido que "*não pode confundir-se a classificação das funções do Estado com o princípio político da separação de poderes, que encontra a sua origem teórica nas obras de LOCKE e MONTESQUIEU. A análise das realidades encarregou-se de demonstrar que a separação de poderes não envolve especialização de funções, mas a existência de diversos tipos de órgãos, pelos quais se encontra reputado o exercício da soberania e que devem impedir-se reciprocamente de exorbitarem do âmbito de seus poderes.*"[114]

O relevante, entretanto, é , sem olvidar a distinção entre o princípio da separação dos poderes e o da autonomia das funções, observar-se que a não concentração de poderes nas mesmas mãos, legislando, administrando e julgando, é imprescindível ao Estado Democrático de Direito. Tal era, no fundo, a grande preocupação de Montesquieu e a maior lição que pode ser extraída de seus ensinamentos . Não deve ser relegado o pensamento :

---

[112] MAURER, Hartmut. *Manuel de Droit Administratif Allemand* [traduit par Michel Fromont]. Paris,1992 :LGDJ, p.108

[113] MATEO, Ramón Martin. *Manual de Derecho Administrativo.* Madrid, 1991 ,14ª ed. : Trivium, p.35.

[114] SÉRVULO CORREIA, J. M. . *Noções de Direito Administrativo.* Lisboa, 1981 : Danúbio, p.18.

" *Tout seroit perdu si le même homme, ou les mêmes corps des principaux ,ou des nobiles ou de peuple exerçoient ces trois pouvoirs : ce lui de faire les lois, celui d'executer les resolutions publiques et celui de juger les crimes ou les differences des particuliers*"[115]

Também na linha restritiva à concentração de funções é a teoria dos "*checks and balances*", um dos pilares do sistema jurídico político dos Estados Unidos e que pode ser sintetizada no pensamento de BONDY :

" *The accumulation of all powers, legislative, executive and judicial in the same hands whither of one, a few, or many whither hereditary, self-appointed, or elective, may justly be pronounced the very definition of tyranny*"..."*the concentration of these in the same hands is precisely the definition of despotic government. It will be no alliviation that these powers will be exercised by a plurity of hands, and not by a single one, one hundred and seventy three despots would surely be as oppressive as one.*"..."*it is balancing each of these three powers against the other two that the efforts in human nature towards tyranny, can be checked and restrained and any degree of freedom preserved.*"[116]

4.2 Tal idéia de distinção entre órgãos que exercem as três funções básicas do Estado, visando evitar a concentração e o abuso também tem se feito presente no direito brasileiro, sendo consagrada, teoricamente em todos os textos constitucionais. A subordinação da Administração ao princípio da legalidade é secular, com alguns momentos de ruptura. Não se deve olvidar que embora os regimes presidencialistas se caracterizem por uma mais nítida divisão de funções, encontram-se períodos que representaram fases de hipertrofia do Executivo. Poder-se-iam citar na Carta de 1937, os Arts. 74, 12 e 13; o período iniciado com os Atos Institucionais nº 02 e segs, prosseguindo com a Constituição de 1967, face ao disposto nos Arts.49, V e 58, com a previsão da figura do decreto-lei. Destaca-se desse tipo , como mais grave violação ao princípio da independência de funções , aquele decreto-lei fundado em Atos Institucionais, pois esses não eram sujeitos a aprovação pelo Congresso Nacional e em princípio, estavam excluídos do controle judicial. Não se pode olvidar, também a atual Constituição, com a previsão da *Medida*

---

[115] MONTESQUIEU. *De l'esprit des Lois [avec des notes de Voltaire, Crevier, de Maliby, de la Hárpe, etc.]* Nouvelle Edition, 1871 : Garnier Frères, p.143

[116] BONDY, William.*The Separation of Powers*_____in, History in the Theory and the Constitutions. New York: Collumbia College, p. 13

Provisória [Arts. 84 e 62, Parágrafo Único]. Nos dois primeiros períodos, os atos normativos excepcionais, emanados do Poder Executivo, com força de Lei, tiveram a denominação de decreto-lei, sendo que na Carta de 1937 não havia especificação de matéria objeto desse tipo de produção normativa, apenas referindo-se o Art. 12, que tal expedição far-se-ia nos termos autorizados pelo Congresso Nacional. Já o Art.13 previa que nos períodos de recesso do Parlamento e de dissolução da Câmara dos Deputados o presidente poderia expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União Federal[excetuando-se apenas : modificações à Constituição, Legislação eleitoral, orçamentos, impostos, instituição de monopólios, moedas, empréstimos públicos, alienações e onerações de imóveis da União].

Na vigência da Constituição de 1967 e da EC nº 01/69, a expedição de decretos-leis teve, em tese, campo mais restrito e estava condicionada à observância de alguns requisitos, tais como, não aumento de despesas, existência de urgência e interesse público e tratar-se de uma das matérias expressamente indicadas no texto constitucional, ou seja, segurança nacional, finanças públicas, inclusive normas tributárias, criação de cargos públicos e fixação de vencimentos. Não se deve olvidar que, na vigência dessas Constituições [1967 / EC nº 01/69] foi dado à expressão *segurança nacional* sentido amplíssimo, fundado na doutrina política dos então detentores do Poder, sendo utilizado de modo exacerbado, como fundamento para a edição de decretos-leis, levando autores como Manuel Gonçalves FERREIRA FILHO a alertarem sobre aquela figura : " *a inovação é perigosa. Difícil é determinar , por exemplo, o que vem a ser , precisamente, segurança nacional, ou interesse público relevante. São termos bem amplos, capazes de incluir muita coisa.*"[117]

Os decretos-leis, por sua vez, expedidos, fundados em Atos Institucionais, não sofriam as mesmas limitações quanto à matéria tratada, que aqueles expedidos com base na Constituição de 1967. Poder-se-iam apontar como exemplos o decreto-lei n.º 911/69, expedido com base no Art. 1º, do ato Institucional n.º 12/69 [disciplinando negócio tipicamente privado: contrato de mútuo com alienação fiduciária], o decreto-lei nº 271/67, expedido com base no Art. 9º, do Ato Institucional n.º 04/66 [disciplinando loteamentos urbanos], etc.

---

[117] FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo : Saraiva

4.2.1 A Constituição de 1988 não previu instrumento com a denominação de decreto-lei. Inúmeros fatores, inclusive emocionais e circunstanciais levaram à rejeição , ao menos, nominal, dessa figura. Observe-se que no anteprojeto de 1986 não foi aquele previsto, nem qualquer instituto similar, apesar de ser a previsão de ato de governo, com força de lei, em situação de relevo e urgência, plenamente compatível com o regime parlamentarista que se pretendia ver implantado.

Ao final dos trabalhos prevaleceu a idéia de um instituto com as mesmas características básicas do decreto-lei, ou seja um procedimento substantivo, excepcional, dando competência ao Presidente da República para expedir atos com força de Lei, sujeitos à ratificação pelo Legislativo, para atender a situações de urgência e relevo que não pudessem aguardar a regular tramitação de processo legislativo ordinário. Na verdade, a figura da medida-provisória nada mais é que o antigo decreto-lei, com poderes mais alargados para o Chefe do Executivo, como bem ressaltou IVO DANTAS: " ***só a fobia pela expressão Decreto-Lei e a vontade de ocultar a verdadeira face do novo instituto trazido à Constituição, justificaram a substituição da primeira e tradicional expressão do nosso constitucionalismo [Decreto-Lei], por esta outra [Medidas provisórias], cujos aspectos negativos, em razão dos poderes aparentemente ilimitados conferidos ao Presidente da República são muito mais amplos que aqueles permitidos pelo Decreto-Lei***".[118]

Adotou-se como referencial o modelo constitucional italiano em relação à edição dos atos do Poder Executivo com força de lei, embora sem se atentar para as dificuldades e os riscos de tal concentração de poderes no regime presidencialista.

Observe-se, para fins de comparação com o Art.62 da Constituição Federal brasileira, o disposto na Carta italiana :

> *Art.77.Il governo non può , senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria.*
>
> *Quando, in casi straordinari di necessità e d'urgenza, il governo adotta sotto la sua responsabilitá, provvedimenti provvisori com forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere*

[118] DANTAS, Ivo. *Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias.* Recife, 13ed., 1991 : Nossa Livraria/ Ciência Jurídica, p.57.

che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni.

I decreti perdono efficacia sin dall'inizio , se sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla pubblicazione. Le Camere pessono tuttavia regolare com legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti.

O que se tem constatado, quer no Brasil, quer em outros Estados é o fortalecimento dos governos no exercício da função normativa, em detrimento dos Parlamentos, cuja morosidade, muitas vezes, os vem tornando reconhecidamente obsoletos, como instrumentos para a rápida normatização de certas áreas da atuação humana, como a econômica e outras áreas que exigem pronta e eficaz disciplina. No futuro, ter-se-á de encontrar instrumento para fazer com que os legislativos ganhem mais vigor e respondam àquelas atribuições para as quais foram criados sob pena de se ter sensivelmente abalada a idéia de democracia em sua concepção atual. Não é aceitável que as Casas do Parlamento sejam reduzidas a meros entes de fiscalização.

4.2.2 Figuras similares , são encontradas, dentre outros Estados, na Espanha, onde a Constituição de 1978, em seu Art. 86, autoriza o Governo a editar "*disposiciones legislativas personales que tomarón la forma de Decretos-leis*"; na França, com as "*Ordonnances* "[embora com as características e limitações previstas no Art.38, da Constituição vigente naquele País, ou seja, depender de autorização, com prazo limitado, pelo Parlamento, mais se aproximando da figura da Lei-Delegada] ; em Portugal, com a previsão da Constituição de 1976, em seus Arts. 115°, 1 e 4 e 201°, esse último artigo com a redação dada pela Lei Constitucional nº 01/82 estabelecendo o disciplinamento e as limitações às edições de decretos-leis, ou seja , sobre matérias não reservadas à Assembléia da República; para desenvolvimento de princípios , ou bases gerais de regimes jurídicos contidos em lei, não havendo nesse último caso, equivalência à lei.[119]

Se por um lado, há uma tendência expansionista dos governos em preencherem necessários vazios em termos de produção legislativa, em função da inércia dos parlamentos, por outro lado, urge existirem mecanismos de delimitação dessa produção normativa pelo Executivo.

---

[119] CANOTILHO, JJ Gomes ; e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada.* 3ª ed., Coimbra, 1993 : Coimbra editora, p.775

Abusos na edição, na reedição de Medidas Provisórias estão a ocorrer , com freqüência, no Brasil, sem que os mecanismos para coibí-los tenham se mostrado eficientes.

A "timidez" do Judiciário e do próprio Congresso Nacional em enfrentar o exame de pressupostos constitucionais, como relevância e urgência, são patentes. O Supremo Tribunal Federal chegou a entender que " *os pressupostos constitucionais legitimadores dessa verdadeira ação cautelar legislativa , relevância da matéria e urgência na sua positivação submetem-se, num primeiro momento , ao juízo político e à sua avaliação discricionária do Presidente da República. O Chefe do Executivo concretiza, na emanação das Medidas Provisórias, um Direito POTESTATIVO, cujo exercício, presentes as razões de urgência e relevância, só a ele compete decidir."*[trecho do voto do Ministro Celso de Mello, quando do julgamento da ADIN 295-3]. Felizmente, mais recentemente, aquela Corte ao examinar ADIN pertinente a medida provisória tratando de matéria processual [dilação de prazo para propositura de ação rescisória por ente público] entendeu da possibilidade de exame dos pressupostos constitucionais, o que é , evidentemente, posição cientificamente mais correta face à vinculação da atuação estatal, mesmo no campo da produção normativa, aos motivos determinantes. Inexistindo faticamente os motivos [urgência e relevância] a dar ensejo à edição da medida provisória, desaparecem os pressupostos teóricos de urgência e relevância, transformadas em meras alegações. Pode-se salientar, ainda, que a inércia involuntária, em função da não adaptação ao novo instituto, ou a conivência do Poder Legislativo tem levado a essa hipertrofia do Executivo. Inércia pela não apreciação das medidas provisórias no prazo constitucional, inclusive por não ter havido preocupação de modificações nos regimentos das Casas do Parlamento, para fins de cumprimento do prazo constitucional; também a falta de exame dos pressupostos constitucionais é outra omissão do Congresso. Na Itália, diversamente, foram realizadas modificações nos regimentos das Casas do Parlamento visando "*porre un freno all'abuso del ricorsi ai Decreti-legge... há previsto il parere della Commisione affari costituzionali sulla costituzionalita del Decreti-Legge in relazione alla verifica dei presupposti della necessità e dell'urgenza.* "[120]

---

[120] CRSAFULLI, Vezio ; PALADIN, Livio. *Comentario breve alla Costituzione.* Padova, 1990: Cedam,p.480

Há inúmeros outros aspectos das medidas provisórias que poderiam ser aqui abordadas, mas tal teria como conseqüência o desvio do curso deste trabalho, quando a referência que se faz, tem como justificativa alertar sobre os riscos da concentração do poder normativo no mesmo centro de poder responsável pelo governo e pela direção da administração. O difícil ponto de equilíbrio entre dar instrumentos, excepcionalmente, ao governo, para normatizar em situações não usuais e sujeito esse agir a controle parlamentar e evitar o abuso, instrumentalizando sobretudo o Legislativo para equilibrar esse acréscimo de poder do Executivo, é fundamental.

Observe-se que essa preocupação sobre o avanço do poder normativo do Executivo também deve estar presente em relação ao poder regulamentar , em sentido mais estrito e em relação ao poder regulador, considerando que se esses não têm o mesmo nível hierárquico das leis e das medidas provisórias, podem ter bem mais efetividade.

4.3 Decorrente dessa preocupação é que seguem breves considerações sobre o poder regulamentar.

A questão dos limites do poder regulamentar tem, no Brasil, grande importância, dada a subordinação dele ao princípio da legalidade e a inexistência de regulamentos autônomos. O regulamento "extra legal ou que extrapole a legislação regulamentada", é , em princípio passível de controle judicial. [dentre outros , vide STJ , 1ª seção – MS nº 4237- DF]. Deve-se salientar, ainda, a previsão constitucional, inclusive de controle do Legislativo sobre atos normativos de outros Poderes que invadam a competência dele, conforme expressamente prevê a Constituição Federal :

> *Art.49 É da competência exclusiva do Congresso Nacional:...*
> *XI- Zelar pela preservação de sua competência legislativa, em face de atribuições normativas de outros Poderes .*

Na verdade, a preocupação com a questão regulamentar não é peculiar e específica aos operadores do direito e publicistas brasileiros tem sido objeto de atenção por muitos estudiosos do direito e tem sido objeto de disciplina por muitos ordenamentos jurídicos, dada a importância que tem ligada a temas como legitimidade democrática, autonomia de funções, etc.

Na Espanha, p.e, a moldura jurídica que dá suporte a esse poder regulamentar é a Constituição de 1978, em seus Arts. 62, f; 97; 105, 106.1,

153 e 161.2. Para fins de aplicabilidade da Constituição, nesse ponto, aponta-se como suporte legal a lei de procedimento administrativo e a lei de bases do regime local.

Sobre a relação lei /regulamento, naquele Estado ressalta Ramón PARADA que " *la legitimidad de la potestad reglamentaria y su caráter normativo hay que decir de inmediato que la ley domina al reglamento desde el princípio de la supremacía formal , por su una norma cuya superior jerarquia sobre cualquier outra está asegurada en la constitución. Esto supone, como recuerda SANTAMARÍA, la primacía material o de su contenido, consistente en la invunerabilidad de los preceptos legales a las determinaciones reglamentarias, así como la primacía objetiva o de ámbito , esto es, cuanto a las posibilidades de ocupación lícita de campos materiales del sistema normativo, y, en fin que la ley se halla en posicion de primacía directiva o de determinación vinculante del contenido del reglamento*" [121] No mesmo sentido, poder-se-ia citar COSCUELLA MONTAGNER, ao salientar que dado o princípio da legalidade no Estado de direito-democrático, a atividade administrativa deve basear-se em uma potestade legalmente prevista, normalmente atribuída ao Governo , mas, em vários casos a entes públicos autônomos. Lembra aquele autor aspecto relevante que é a existência em certos países de **reserva regulamentar** correspondendo ao poder de editar regulamentos autônomos e países nos quais há reserva legal para certas matérias.

Partindo dessa distinção quanto ao papel do regulamento em cada Estado é que *"debe analizarse si el reglamento es tan solo una norma complementaria de la ley, o por el contrario, el reglamento puede regular de forma independente a la ley cualquier ámbito económico o social que no se incluya en la reserva de Ley"*[122] Afirma-se estar a idéia da prevalência da reserva da lei mais presente no verdadeiro Estado Democrático de Direito, quando a produção normativa é oriunda do legislativo formal, dada a legitimação direta de seus Membros, embora seja de reconhecer-se, mais atenuadamente, a legitimidade dos Membros de órgãos cuja atuação foi definida a partir de atos legítimos daquele Parlamento.

---

[121] PARADA, Ramón. *Regimen Juridico de las Administraciones Publicas y procedimiento administrativo comum.* Madrid, 1993 : Marcial Pons, p.197.

[122] MONTAGNER , Luis Coscuella . *Manual de Derecho Administrativo.* Madrid , 5ª ed., 1994: Civitas, p.119.

Conceitua-se o regulamento como ato normativo geral e abstrato expedido pelo Governo, ou por ente da Administração legitimado para tal por força de previsão constitucional, ou legal. Essa distinção quanto à legitimação leva a doutrinadores como GARCÍA DE ENTERRÍA e RAMÓN FERNÁNDEZ a ressaltarem que " *la teoria de la ley, se comprende inmediatamente que la misma es radicalmente inaplicable al Reglamento. La esencia de la Ley es su carácter supremo [dentro de la Constitución, claro está] en la creación de Derecho , pero es obvio que tal cualidad no puede reconocerse a una norma inferior; no es una cuestión de cantidad o escalonamiento, es de grado, de calidad. La Ley arranca la incondicionalidad de su contenido y la irresistibilidad de su eficacia por su legitimación en la voluntad de la comunidad; el Reglamento no puede presentarse como voluntad de la comunidad, porque la Administración no es un representante de la comunidad, es una organización servicial de la misma, lo cual resulta algo en esencia distinto; en el Reglamento no se expresa por ello un hipotética '' voluntad general" sino que es una simple regla técnica, '' ocurrencia de los funcionarios", a la que órganos simplemente administrativos han dado expresión definitiva."*[123] Poder-se-ia, também, lembrar, nessa mesma linha as palavras Hartmut MAURER quanto à natureza dos regulamentos no sentido que *"les règlements étatiques sont les normes de droit qui sont édictées par les organes de l'Executif [Government, Ministres, Autorités, Administrations] . Ils se distinguent done des lois au sens formel , non pas par leur contenu et leur effet obligatoire, mais par la qualité de l'auteur de la norme dont il s'agit. En tant que règles de droit [lois au sens materiel] ils présentent, pour le citoyen ou pour autre destinataire, un caractère obligatoire dans les mêmes conditions que les lois édictees, par le Parlement "*[124] É de se observar esse pensamento, inclusive quanto à legitimação, devendo-se destacar aspecto relevante que é a necessidade de compatibilizar esse poder regulamentar com o princípio da separação dos poderes . O citado MAURER ainda ressalta que *"le pouvoir qu'a l'Executif d'éditer des règlements met en cause de façon manifeste le principe de la separation des pouvoirs, selon lequel la législation doit, être aux mains de Parlement. Il ne constitue toutfois une véritable transgression de ce principe car l'Executif n'est pas habilité à exercer une activité normative en vertu de sont droit propre , mais seulement en vertu d'une autorisation conférée, par une loi formelle, c'est- à- dire par le Parlement."*[125]

---

[123] ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Curso de Derecho Administrativo.* Madrid, 1993, vol. I : Civitas, p.167
[124] MAURER, Hartmut. *Droit Administratif Allemand,* traduit par Michel Fromont. Paris, 1994 : LGDJ, p.64
[125] MAURER, Hartmut. *Obra citada,* p.64/65.

Esse aspecto é fundamental. Em não estando o poder normativo regulamentar, em Estado submetido ao princípio da legalidade, a ser exercido nos termos do permissivo da lei em geral, ou da Constituição, estaria , fora dessa moldura, a haver invasão da competência do Legislativo. Em Estados como Portugal, inclusive quando há invasão de competência da Assembléia da República pelos órgãos responsáveis pelo exercício do Poder Regulamentar tal, possibilita o exercício do controle concentrado judicial, através de *ação direta declaratória de ilegalidade de ato regulamentar.* A existência de instrumento similar seria de grande relevo no sistema brasileiro no qual o princípio da legalidade tem maior amplitude até que no direito português e evitaria grande número de demandas judiciais .

4.3.2 Admitem, expressamente, Constituições como a portuguesa, de 1976, uma produção normativa regulamentar do Governo, embora haja divergência na doutrina daquele país quanto à existência de regulamentos rigorosamente independentes. Autores de grande relevo, como SÉRVULO CORREIA, partindo de exaustivo exame da Constituição daquele Estado, admitem a existência de produção normativa regulamentar relativamente independente, argumentando ter sido propósito do constituinte português, " *libertar da necessidade de previsão legislativa os Regulamentos do Governo norteados pelos fins traçados na alínea* ***g, do artigo 202°****, desde que não atinjam a liberdade e a propriedade dos destinatários e sem prejuízo da precedência da Lei".*[126] CANOTILHO e VITAL MOREIRA, por sua vez, lecionam que " *os regulamentos são sempre actos legalmente derivados, com necessária referência a uma lei , ou diploma equiparado. Mesmo no caso de regulamentos independentes, isto é, aqueles em que a lei se limita a definir a competência objectiva [i.é a matéria sobre que pode incidir o regulamento] e a competência subjectiva [i.é a entidade competente para emitir o regulamento] exige-se sempre uma referência à lei."*[127]

4.4 Essa lição tem pertinência no sistema brasileiro, pois, embora se afirme da inexistência , no Brasil, de Regulamentos autônomos, constata-se, na situação decorrente do Art. 237, da Constituição Federal de 1988 um Poder Regulamentar balizado apenas pela competência subjetiva e objetiva, sem maior adensamento em termos de conteúdo pré-fixado por lei. Nesse caso o

---

[126] SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos Administrativos.* Coimbra, 1987: Almedina, p.210.

[127] CANOTILHO, JJ Gomes; e, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada.* 3ª ed. 1993. Coimbra : coimbra ed. , p.781.

fundamento de validade do Regulamento, aceito como suficiente, foi a própria Constituição partindo-se do Citado Art. 237, de seguinte teor :

> A FISCALIZAÇÃO E CONTROLE SOBRE O COMÉRCIO EXTERIOR ESSENCIAIS À DEFESA DOS INTERESSES FAZENDÁRIOS NACIONAIS, SERÃO EXERCIDOS PELO MINISTÉRIO DA FAZENDA.

O STF entendeu, ao Julgar vários Recursos Extraordinários, que o dispositivo legitimaria a própria autoridade fazendária para expedir norma reguladora, mesmo sem a previsão legal, tendo como fundamento de validade a própria Constituição, diretamente. Nesse sentido o RE nº. 202.213-CE referente à constitucionalidade da Portaria DECEX nº 08/91, cujo Art.27 estabelece : *Não será autorizada a importação de bens de consumo usados.* No julgamento desse Recurso, o Ministro relator Carlos Velloso , em seu voto, afirmou : ***"nem seria necessária, para o estabelecimento dessa restrição, a existência de lei formal, pois ao Poder Executivo, e não ao Poder Legislativo, foi claramente conferida pela constituição, no Art. 237, a competência para fiscalização e controle do comércio exterior"*** ... e , de modo mais preciso , ainda, o voto do Ministro Celso de Mello no qual argumentou :

> ***"sustenta-se que a natureza meramente administrativa da Portaria DECEX nº 8/91 [art.27] tornaria juridicamente insubsistente a norma vedatória da importação de bens de consumo usados, pois a atividade do Poder Público está rigidamente sujeita ao postulado constitucional da legalidade estrita. Não questiono, em seus aspectos essenciais , a procedência dessa afirmação, pois, como sabemos, a atividade administrativa traduz ação necessariamente subordinada aos modelos legais instituídos pelo ordenamento positivo. Na realidade , os entes e órgãos da Administração pública só podem agir ex lege, não ex voluntate. Isso não significa que o Estado somente pode agir mediante prévia autorização legislativa...Se é certo, portanto, que o exercício válido da competência administrativa pressupõe a existência de lei, não se torna menos exato reconhecer que, no caso, o ato estatal impugnado- vedação à importação de bens de consumo prevista na Portaria DECEX nº 8/91 [art.27]- extraiu a sua autoridade e a sua eficácia de norma indiscutivelmente revestida do mais elevado grau de positividade em nosso sistema normativo: o próprio texto da Constituição da República...Impõe-se ressaltar, por necessário, que a***

Carta Política, em regra de competência, consubstanciada em seu Art.237, proclamou que "a fiscalização e o controle sobre o comércio exteriores essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais serão exercidos pelo Ministério da Fazenda...a norma constitucional em questão, na realidade atenuou o rigor do postulado da reserva de lei, ensejando ao Poder Executivo da União, em caráter absolutamente extraordinário, o exercício imediato de prerrogativas jurídicas inerentes à fiscalização e ao controle sobre o comércio exterior... pretendeu o legislador constituinte conferir aos órgãos administrativos do Ministério da Fazenda uma base normativa idônea destinada a legitimar, de logo, em atenção às exigências impostas pelo interesse nacional, e independentemente de qualquer edição posterior de norma legal, a adoção dentre outras providências de medidas vocacionadas a controlar a entrada, em território nacional, de produtos de origem estrangeira. "[128]

Essa situação apresentou duas excepcionalidades . A primeira por se tratar de regulamentação diretamente fundada na Constituição e a segunda por se tratar de regulação feita por órgão subalterno do Poder Executivo – o DECEX e não pelo Chefe do Executivo. O componente político, em defesa da economia nacional, sem dúvida levou o STF a uma interpretação "forçada", visando evitar que a omissão legislativa levasse a um gravíssimo prejuízo para a economia nacional. Criou, entretanto, um precedente judicial de reconhecimento, nunca referido pela doutrina, de regulamento independente de norma legal.

A verdade é que o princípio da legalidade é algo que não alcança sentido uniforme nos vários Ordenamentos Jurídicos. SÉRVULO CORREIA bem ressalta que " *a legalidade é, desde logo , um facto sociológico: qualquer que seja o modelo de sua estruturação política, toda sociedade controla, em certo grau o poder estadual, isto é, gera e tende a institucionalizar factores sócio-éticos de pessoas sobre as autoridades... mas , no Estado de Direito, contemporâneo, é manifesta a polissemia da legalidade , que assume conteúdos diferentes [embora relacionados] consoante os sectores do ordenamento jurídico a que preside".*[129]

---

[128] Revista Trimestral de Jurisprudência, no. 162, Brasília, p.394 e 396/397.

[129] SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e Autonomia nos contratos Administrativos,* citado., p.17.

4.4.1 Tal ponderação é irreparável. O poder regulamentar à luz do direito francês, p.e., é bem mais amplo , que no direito brasileiro. Na França, em função da previsão da Constituição vigente [*Art.34. La Loi est votée par le Parlement. La Loi fixe les règles concernant : - Les droits civiques...]* entende-se fiel a tradição secular que a Constituição fixa limites à atuação legislativa à qual atribui competência para disciplina de matérias de maior relevo ,deixando as demais para serem disciplinadas por regulamentos, conforme previsão expressa do Art.34 daquela Carta [*Les matiéres autres qui celles qui sont su domaine de la loi ont un caractère réglementaire*]. Existem, evidentemente, regulamentos de mera execução, mesmo no caso francês, mas a parcela regulamentar autônoma é assegurada. GUY BRAIBANT, sobre o sistema francês, bem o explica, como tendo demarcadas as matérias de competências legislativa e todo o remanescente, de natureza regulamentar, leciona " *aujourd' hui, le système est confirmé par articles 34 et 37 de la Constituition qui donnent au governement un pouvoir réglementaire dans toutes les matières qui ne sont pas réservées à la loi par l'article 34. Toutefois, même dans ce cas l'autonomie, n'est pas compléte et le règlement reste subordonnè à la Constitution et aux principes généraux du Droit.* "[130]

Nos sistemas nos quais se constata maior extensão do princípio da legalidade, destaca-se um problema que é o dos limites da atividade regulamentar e se esse Poder só teria como centro criador os Chefes do Poder Executivo ou Chefes de Governo, ou se haveria uma pluralidade de centros criadores de normas regulamentares. Essas questões têm grande relevo para o exame dos marcos reguladores das Agências e para responder à indagação se, efetivamente, o poder regulador não seria uma faceta, ou uma vertente, enquanto normativo, do poder regulamentar.

4.4.2 Partindo do sentido vernacular, dir-se-á que **regulamentar** diz respeito a regulamento e regulamento é o ato ou efeito de regular[131]. O sentido que a doutrina brasileira tem dado ao poder regulamentar parece bastante tímido. Não se tem , por vezes, abordado o poder de expedir normas secundárias, atribuído a outros centros produtores de normas que não o Chefe do Executivo. A base dessa idéia que o poder regulamentar seria exercitável apenas pelo Chefe do Executivo, funda-se na previsão da Constituição de 1988 :

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República :

---

[130] BRAIBANT, Guy. *Le Droit Administratif Français.* Paris, 1988: PFNSP & Dalloz, p.207

[131] KOOGAN/HOUAISS. *Enciclopédia e Dicionário Ilustrado.* Rio de Janeiro,1996 : Delta, p.723.

...

IV- Sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir Decretos e Regulamentos para a sua fiel execução.

Essa previsão, ressalte-se, é idêntica à que constava do Art.81, III, da EC 01/69; do Art.83, II, da CF/67; do Art.87, I, da CF/46 ; do Art.74, a, da CF/37; do Art. 56, 1°, da CF/34 e de sentido semelhante ao disposto na CF/ 1891, cujo Art.48 estabelecia - *Compete privativamente ao Presidente da República:*

> *1°- Sanccionar, promulgar e fazer publicar as leis e resoluções do congresso; expedir decretos, instruções e regulamentos para a sua fiel execução.*

Esse tipo de previsão deve ser adequadamente interpretada, sob pena de se reputar inconstitucional toda produção normativa complementar às leis, que não tenha o suporte normativo do Chefe do Executivo. O que se deve entender é da existência de um conjunto de competências reguladoras, devidamente hierarquizadas, exercidas com base em previsão legal. Em assim não se entendendo, ter-se-á grande dificuldade em superar a previsão do citado Art. 84 da CF/88, considerando que o exercício do poder regulamentar não está dentro das atribuições delegáveis do Presidente da República, relacionadas no inciso IV da citado artigo. Observem-se alguns posicionamentos . José Afonso da SILVA, ao tratar desse poder regulamentar não se refere ao exercício dele por outros centros produtores de normas, inseridos no Poder Executivo[132]. Na mesma linha Hely LOPES MEIRELLES definia o poder regulamentar como a " *faculdade de que dispõem os chefes do poder executivo[Presidente da República, Governadores e Prefeitos] de explicar a lei para a sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência, não disciplinada por Lei. É um poder inerente e privativo do Chefe do Executivo (CF Art.84,IV)e, por isso mesmo indelegável a qualquer auxiliar.*" [133] Semelhante é o posicionamento de José CRETELLA JUNIOR ao definir o poder regulamentar como " *faculdade que tem o Executivo, para tornar mais inteligível a regra jurídica legal, de editar outras regras jurídicas que facilitem a aplicação da lei*"..."*é uma faculdade concedida ao Chefe do Executivo da União, através de expresso texto legal, e aos chefes dos Executivos dos vários Estados-Membros, que também podem expedir*

---

[132] SILVA, José Afonso da . *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 15ed. São Paulo, 1998.: Malheiros, p.544.

[133] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 17ed., São Paulo: Malheiros,p.112.

regulamentos" [134]. Esse entendimento restritivo sobre o sentido do Poder Regulamentar já era objeto do pensamento de Themístocles BRANDÃO CAVALCANTI que o qualificava como sendo " *um poder privativo do Presidente da República que é , de direito, o Chefe da Administração Pública Federal*" [135]. Ressaltava, aquele ilustre publicista, aspecto que posteriormente viria a ser referenciado por autores como Hely LOPES MEIRELLES, no sentido que " *O Poder Regulamentar abandonou, em certos casos, os laços de subordinação à norma legal e, de outro, tomou características próprias, que se enquadram em uma ampla competência, em razão da matéria fixada no texto constitucional.*" [136]

No mesmo sentido poder-se-ia citar Diógenes GASPARINI que conceitua regulamento como " *ato administrativo normativo, editado privativamente pelo Chefe do Poder Executivo segundo uma relação de compatibilidade com a Lei para desenvolvê-la*" .[137] Na mesma trilha, poder-se-iam citar , ainda, Carlos Ari SUNDFELD[138] e Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, alertando esse último para a questão da " ***delegação legislativa disfarçada***. *Hipótese em que o Legislador basicamente define uma área de atuação normativa do Executivo transferindo-lhe o poder de ditar, por si, as condições ou meios que permitem restringir um direito*".[139]

4.5. Dois, são, basicamente, os pontos a merecerem destaque em termos de limitações ao poder regulamentar. O primeiro seria, como salientado, em relação à moldura traçada pelo legislador e o nível de densidade dessa moldura; e o segundo em relação ao órgão produtor da norma jurídica regulamentar ou da dita norma jurídica secundária.

4.5.1 Em relação à questão dos limites no tocante ao primeiro ponto, observa-se uma tendência crescente em se ter uma pluralidade de fontes normativas, além daquela prevista para a lei formal ou também para os atos com força de lei, como as medidas provisórias. Sente-se cada vez mais que, em relação às matérias mais específicas, mais atinentes a segmentos especializados das atividades humanas, sobretudo de cunho econômico,

---

[134] CRETELLA JUNIOR, José. *Manual de Direito Administrativo*.4ª ed., Rio de Janeiro, 1989: Forense, p.157.
[135] CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria dos Atos Administrativos*. São Paulo, 1973 : RT, p.145.
[136] CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Obra citada, p.155.
[137] GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo, 1992 : Saraiva, p.110.
[138] SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo, 1997 : Malheiros, p.33.
[139] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo, 1999: Malheiros, p.238 e segs.

tendência, não só no Brasil, mas também alhures, de limitação da atuação do legislador formal, em relação ao conteúdo, que fica, basicamente, transferido para centros produtores de normas, diversos daquele, inclusive, com a previsão de conceitos jurídicos indeterminados, que passam a ser definidos por normas jurídicas regulamentares ou mais especificamente de órgãos reguladores. Tal se explica, em função da grande complexidade de certas áreas de atuação do Estado no papel de órgão regulador, como telecomunicações, mercado de capitais, energia nuclear, em relação às quais, regra geral, o legislador tem muito poucos conhecimentos específicos.

Uma grande preocupação que se tem e o grande cuidado que se deve ter, é o de não se transformar esses entes reguladores em centros produtores de normas, substitutos de fato do Congresso Nacional, em , efetivamente, não ocorrer a figura da " *delegação disfarçada*", ressaltada por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. A disciplina do conteúdo pelo legislador , no tocante às matérias a serem objeto de regulamentação, ou regulação, pode ser singela, traçando-se apenas as linhas mestras, mas nunca deve representar um conjunto vazio transformando a lei em mero órgão fixador de competência. Em assim não se agindo, esvaziado estará o princípio da legalidade que não se compatibiliza, no tocante à atuação das agências ou mesmo dos órgãos tradicionais ou da Presidência da República, com livre atividade normativa, não balizada por ato legislativo.

4.5.2 O outro aspecto de relevo é quanto ao órgão produtor das normas regulamentares ou reguladoras. O poder de criar normas jurídicas secundárias não se esgota no exercício do poder regulamentar atribuído pelo Art.84, IV, da Constituição Brasileira ao Presidente da República e aos demais Chefes dos Executivos [Estaduais e Municipais]. Deve-se ressaltar, neste ponto, fundamental observação de Maria Sylvia ZANELLA DI PIETRO, no sentido que:

> " ***normalmente fala-se em poder regulamentar, preferimos falar em poder normativo, já que ele não esgota toda a competência normativa da Administração Pública, é apenas uma de suas formas de expressão" ... " além do Decreto Regulamentar, o Poder Normativo da Administração ainda se expressa por meio de Resoluções, Portarias, Deliberações, Instruções editadas por autoridades que não o Chefe do Executivo.***"[140]

[140] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 10a. ed. São Paulo, 1998 : Atlas, p.76.

A observação é irreparável e não tem sido objeto de adequada preocupação pelos doutrinadores. Há vasta gama de textos normativos, de grande relevo em suas áreas , produto de elaboração pela Administração Pública, através de variados entes reguladores, sem que tenham sido editados pela via do regulamento de Chefe do Executivo. Observem-se a título de mero exemplo, inúmeros atos normativos do BACEN regulando mercado, ou algumas das Resoluções da ANEEL. Tais atuações normativas da Administração, por uma pluralidade de entes, ou de centros de produção normativa, chamando a atenção de estudiosos inclusive face à teoria da separação de poderes e a decorrente separação de funções e ainda , a legitimação desses entes reguladores para produções normativas frente aos direitos por eles afetados.

Essa questão tem grande relevo em relação às agências reguladoras. Estados há como os EUA, no qual se reconhece terem esses entes reguladores capacidade de elaboração de normas e também para dirimir conflitos em suas áreas específicas de atuação. Tal tem levado autores como Bernard SCHWATZ a afirmar que :

> *" Administrative Agencies typically have both legislative and judicial powers concentrated in them. They have authority to issue rules and regulations which have the force of Law [power that's legislative in nature] and authority to decide cases [power judicial, in nature] . It is through its exercise of rule making and adjudicatory that the Administrative Agency is able to determine private rights and obligations."*[141]

No exemplo norte-americano há verdadeira delegação legislativa para as agências reguladoras, cuja extensão varia em função da base legal criadora da Entidade. Kenneth F.WARREN, bem lembra :

> *" depending upon the statutory bases of Agencies, some Agencies have potent rule-making, while others are severely limited in their rule-making powers. Congress, in the process of creating Administrative Agencies over the decades, allocated some Agencies, such as Environmental Protection Agency vast lawmaking poweres, while it is*

[141] SCHWARTZ, Bernard. *Administrative Law*. Boston and Toronto, 1977 : L&B, p.10

severely restricted the Legislative function of others, such as Internal Revenue Service." [142]

Essa verdadeira " delegação" tem preocupado juristas, mesmo nos EUA, na medida em que desfigura a idéia básica de separação de funções.

Advertem GELLHORN e LEVIN *" what makes the delegation more dramatic is that these Agencies tipically wield powers that are characteristic of each of the three principal brenchs of Government. Many Agencies operate under statutes that give them legislative power to issue rules which control private behavior and which carry heavy civil and criminal penalties for violations; executive power to investigate potential violations of rules or statutes and to prosecute offenders; and judicial powers to judicate over whether na individual or a company has failed to comply with the governing standards"* . [143]

Sabe-se que o sistema norte-americano atribui uma larga margem de produção normativa por parte das agências reguladoras, por força inclusive do Federal APA de 1946.

4.5.3 Tal tipo de competência normativa, tão caracterizadora das regulatory agencies é, historicamente, estranha a modelos como o brasileiro e o argentino, daí a grande preocupação do enquadramento do poder regulador, considerando que a moldura constitucional, nesse ponto não foi alterada, havendo a necessidade de enquadrá-lo, como expressão do poder normativo do Estado, mas subordinado ao princípio da legalidade. Nesse sentido o pensamento de Autores com GORDILLO, que ressalta esse limite material, ao referir-se ao entes reguladores e às suas produções normativas, *" la facultad regulatoria, dentro del marco de la ley respectiva y específica de estos entes."* [144] Também, CASSAGNE, ao tratar desse tópico, lembra a existência de um **marco regulador**, legalmente fixado, cujo conteúdo é desenvolvido por centros normativos menores,de qualquer modo , observados aqueles marcos, aqueles limites. Afirma, *" cabe advertir, de outra parte, que el fenómeno regulatorio de los servicios públicos no se agota com las leys o decretos que sancionan los marcos normativos puesto que responde a una diversidad de*

---

[142] WARREN, KENNETH F. *Administrative Law in The Political System.* 3rd.ed, New Jersey, 1997 : Prentice Hall, p.185..

[143] GELLHORN, Ernst; LEVIN, Ronald M. *Administrative Law and Process.* 4th.ed. St. Paul. Minn., 1997: West Publishing, p.09.

[144] GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo,* tomo 1, parte General. 3ed. Buenos Aires, Bogota, Caracas e México-DF : Macchi, p. XV,09.

fuentes entre las que figuran, entre otras, los decretos reglamentarios de cada marco, las resoluciones de esa naturaleza provenientes de la administración concedente y de los entes regulatorios"...[145]

4.6 Mister se faz verificar o poder de produção normativa atribuído às agências reguladoras, no direito brasileiro. O que se vem observando, antecipe-se, é que as previsões legais que atribuem competência aos Chefes de Executivos, nas três esferas, para exercício do poder regulamentar e a outros órgãos para exercício do poder regulador, muitas vezes têm sido não mais que dispositivos com normas fixadoras de competência. Não se olvide o exemplo já destacado da Portaria DECEX n.º 08/91, já referenciada, onde o STF, frente a uma regra fixadora de competência sem especificação de conteúdo, entendeu legítima a produção normativa de um Órgão da estrutura fazendária federal, sem existência de lei e nem mesmo de decreto regulamentar do Presidente da República. Deve-se, reconhecer, que, de fato, em inúmeras situações o conteúdo material da lei é quase um conjunto vazio e de admitir-se que , em muitas situações, não poderia ser muito mais que isso. Daí a importância da composição legitimada, dos integrantes dos órgãos produtores dessas normas, regra geral, de bem maior efetividade que as mais genéricas previsões legislativas, sobretudo porque no caso dos entes reguladores, eles concentram, regra geral, o poder de criação normativa e poder de fazê-las cumprir, impondo as sanções pertinentes. Sobre a possibilidade de se ter norma regulamentar criadora de direitos, reguladora de situações não totalmente abarcadas pela lei marco, Carmem Lúcia Rocha Antunes ressalta que " *a própria lei pode introduzir o veio inovador do Direito e entregá-lo nos limites e condições nela definidos, ao agente a que se atribui a competência regulamentar. Por isso Oswaldo Aranha Bandeira de Mello salienta que "****essa característica[de inovação que é própria da lei] não basta para distinguir a lei do regulamento, pois este também pode inovar na ordem jurídica. Ocorre , entretanto, uma diferença: a inovação deste sempre cumpre ser nos termos da lei. Consequentemente, a inovação legal, ao contrário da regulamentar, é original, primária e absoluta****" ...o que não é admissível é que o regulamento ultrapasse ou se ponha à margem, ou contra a lei, pois esta é o seu fundamento imediato de validade."* [146] Deve-se procurar alcançar o ponto de equilíbrio entre a necessidade de não se ter lei excessivamente casuística e rapidamente obsoleta, em função da superação de

[145] CASSAGNE, Juan Carlos. *La Intervencion Administrativa.* 2ª ed.,Buenos Aires, 1994 :Abeledo-Perrot, p.172.

[146] ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública.* Belo Horizonte, 1994: Del Rey, p.94 .

conceitos, referencias técnicas, etc., utilizadas e norma de conteúdo material vazio, apenas fixadora de competência. Deve-se ter a lei definidora dos marcos reguladores com fixação de conteúdo básico e essencial para legitimar a produção normativa secundária, essa mais adaptável às mudanças, à variação de conceitos técnicos indeterminados.

Observem-se alguns exemplos de competência normativa atribuída a agências reguladoras, no direito brasileiro.

4.6.1 A lei n.º 9.782, de 26.01.99, definidora do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e criadora da Agência Nacional de Vigilância Sanitária- ANVS, estabelece competência para essa entidade para executar várias atribuições da União Federal, dentre elas *normatizar, controlar e fiscalizar produtos , substâncias e serviços de interesse para a saúde.* Já a lei n.º 9.787, de 10.02.99, que dispõe sobre a vigilância sanitária, medicamentos genéricos e dá outras providências, atribui relevante poder normativo à Agência Nacional de Vigilância Sanitária- ANVS, quando estabelece :

> *Art.2º O Órgão Federal responsável pela Vigilância Sanitária* ***regulamentará em até noventa dias*** *:*
>
> *I- Os critérios para registro e controle da qualidade dos medicamentos genéricos;*
> *II- Os critérios para as provas de biodisponibilidade de produtos farmacêuticos em geral;*
> *III- Os critérios para a aferição da equivalência terapêutica, mediante as provas de farmacêuticos governamentais e privados, respeitada a decisão expressa de não intercambialidade do profissional prescritor.*

Trata-se, sem dúvida, de atividade normativa fundada em fixação de competência pelo legislador que não faz qualquer indicação concreta de conteúdo. A fixação dos critérios e controles, no caso, é objeto de uma produção normativa relativamente independente, balizada, quase que somente, pelos princípios e normas constitucionais. Nessa hipótese, não há como se negar que o regulamento se aproxima daquele tipo referenciado por CANOTILHO e MOREIRA, como autônomo, quando a lei fixa apenas o órgão responsável pela produção normativa. No caso brasileiro referenciado, a lei quase que só fixa, além da competência, objetivos. Por outro lado, não há como se olvidar que o texto legal utiliza o verbo **regulamentar**, que deve ser

entendido no sentido genérico de normatizar e não no sentido mais limitado do Art. 84, IV, da CF/88, pois se assim não for, estará a afrontar a competência privativa e indelegável prevista no Art.84, IV, do Texto Constitucional.

4.6.2 Quando se analisa o conjunto de competências em termos de disciplinamento de atividades relativas ao petróleo, verifica-se que ao Conselho Nacional de Política Energética em termos de competência normativa, tal é apenas para o estabelecimento de diretrizes, estabelecimento de matrizes energéticas e outros temas extremamente genéricos [vide Art. 2° da lei n.° 9.478, de 06.08.97] . Já em relação à Agência Nacional de Petróleo-ANP, criada por essa lei, a competência normativa dela é mais precisa, podendo-se citar , nesse sentido:

> *Art.8 °- A ANP tem como finalidade promover a* ***regulação****, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas, integrantes da indústria do petróleo, cabendo-lhe :*
> *I-* ...
> *II-* ...
> *III-* ***Regular a execução de serviços de geologia e geofísica aplicados à prospecção petrolífera, visando levantamentos de dados técnicos destinados à comercialização em bases não exclusivas;***
> *IV-* ***Estabelecer critérios para cálculos de tarifas de transporte autoviário e arbitrar seus valores, nos casos e formas previstos nesta lei;***
> *V-* ***Regular*** *e autorizar as atividades relacionadas com o estabelecimento nacional de combustíveis, fiscalizando-as diretamente, ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, distrito Federal ou Municípios.*

Constata-se, pois, decisiva competência normativa exercida por essa agência.

4.6.3 No mesmo sentido pode-se citar, também, o exemplo da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, criada pela pela lei n.° 9.427, de 26 de dezembro de 1996, para ***regular*** *e fiscalizar* ***a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica****, de acordo com a legislação e em conformidade com as diretrizes e as políticas do governo federal.* Por sua vez, o decreto n.° 2.335, de 06 de outubro de 1997, que

constituiu a citada agência, dando cumprimento à previsão legal, foi preciso em relação à competência normativa daquele ente, prevendo :

Art. 4° À ANEEL compete :
I-...
IV- ***Regular os serviços de energia elétrica expedindo os atos necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela legislação em vigor;***
V- ***Regular*** *e fiscalizar* ***a conservação e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica, bem como a utilização dos reservatórios de usinas hidrelétricas;***
VI- ***Regular*** *e fiscalizar* ***em seu âmbito de atuação, a geração de energia elétrica oriunda de central nuclear.***
...

4.7 O que se constata não só no Brasil mas em vários outros Estados, é que a idéia de desregulamentação , em verdade, muito mais de deslegalização e as privatizações reforçaram a necessidade do exercício de atividade reguladora, antes mitigada pelo fato de grande parte dos serviços regulados ser exercido por empresas sob controle do Estado. Aguçou-se a necessidade de disciplina de mercados de bens, serviços e de controle sobre as empresas que neles atuam. CASSAGNE, bem ressalta, que " *el fenómeno de la privatización, al abarcar la transferencia al sector privado de la gestión de los servicios públicos que antes restaban empresas estatales, há generado la correlativa necesidad de regular esas actividaders para proteger debidamente los intereses de la comunidad.*" [147]

Tem-se, de um lado, a ampliação da tese reducionista do Estado , sobretudo do Estado prestador de serviços e a deslegalização das atividades, inclusive pela cada vez maior complexidade das matérias disciplinadas, mais nitidamente em campos que exigem grande conhecimento tecnológico e em atividades econômicas, etc., áreas essas dificilmente reguláveis por leis, a não ser de modo extremamente genérico . Do outro lado, o crescimento do Estado Regulador ou Ordenador através de uma **Administração Pública** não mais fundada nos tradicionais ministérios [a nível federal] , mas, como leciona CASSESSE , " *multiorganizativa, en el sentido que el ámbito y la variedad de las funciones públicas no sólo han hecho desaparecer la unidad de la organizacion en torno al Estado, sino que han impulsado y aplicado modelos*

[147] CASSAGNE, Juan Carlos. *Intervencion Administrativa.* Buenos Aires, 1994 : Abeledo-Perrot, p.156.

organizativos diversos"[148] Essa pluralidade de de instituições reguladoras é que faz surgir a nova figura, imprescindível para suprir essa necessidade de " regulação", aquilo que, no campo econômico, foi definido por ARGADOÑA, citado por CHIRILLO, como " *un conjunto de reglas generales o de aciones específicas, impuestas por la autoridad o por una agencia administrativa, que interfieren directamente el mercado, o indirectamente alterando las decisiones de demanda y oferta de los consumidores y de las empresas"* [149] Evidente que esse conceito é deficiente pois não é apenas para regular oferta e procura que o poder regulador é exercido no campo econômico, mas para preservar o direito dos consumidores, evitar ou minorar o abuso do poder econômico, ou , em resumo, para exercício das competências do Estado na área de atuação da agência reguladora, tendo como princípio orientador, fazê-lo, com base em critérios técnicos, observando, naturalmente, o interesse público.

Pode-se afirmar que esse direito administrativo regulador, que tem como uma de suas facetas o direito administrativo ordenador, utilizando a denominação dada por Carlos Ari SUNDFELD, desenvolveu-se a partir da necessidade de alargamento da fase normativa do Poder de Polícia. Por outro lado, não há como negar que a figura da agência reguladora não foi algo que surgiu a partir do desenvolvimento de institutos já existentes no direito brasileiro. A influência do modelo norte-americano é patente, diria até, a importação do modelo, com as naturais dificuldades de adaptação da nova figura à própria estrutura constitucional brasileira.

Em relação a essa produção normativa, pode-se afirmar, que ela representa algo de inovador no direito brasileiro, que , por certo, com a consolidação dessas instituições terá reconhecido que o poder normativo da Administração Pública não se limita ao poder regulamentar em sentido estrito dos Chefes de Executivo e que a natureza do poder regulador é, basicamente, a mesma do poder regulamentar em relação a seu aspecto normativo , destacando-se, apenas pela especificidade das matérias tratadas e pela hierarquia a ser observada, caso haja sobre a matéria Regulamento do Chefe do Executivo e Ato Regulador. Por outro lado, é forçoso reconhecer que, cada vez mais, os textos legais em matérias objeto de regramento por entes reguladores têm tendido a atenuar os regramentos legais de conteúdo, procurando fixar regras de competência e estabelecer diretrizes e princípios.

---

[148] CASSESSE, Sabino. *Las bases del Derecho Administrativo.* Madrid, 1994 : INAP, p.154.

[149] CHIRILLO, Eduardo J. Rodríguez. *Privatizacion de la empresa Pública y post privatizacion.* Buenos Aires, 1995 : Abeledo Perrot, p.448.

CAPÍTULO V
AGÊNCIAS REGULADORAS E CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

5. Outro aspecto relevante na definição das agências reguladoras brasileiras é que têm sido, também, criadas como **concedentes de serviços públicos** em suas áreas de atuação. Tal fato , sem dúvida, enfraquece o princípio de **neutralidade** que deveria pautar a atuação de cada agência reguladora, pois, passa ela a ser interessada, como um dos pólos, de negócios jurídicos por ela normatizados. Sabido é que a figura da concessão [e com menor importância da permissão] de serviços públicos tinha perdido, sensivelmente, importância no Brasil, sobretudo nas décadas de sessenta e setenta deste século, em função de serem as grandes concessionárias de serviços públicos da época, empresas estatais, criadas a partir do modelo introduzido pelo decreto-lei n.º 200/67. Em decorrência desse fato até a produção doutrinária sobre as concessões esvaziou-se bastante e as discussões de questões jurídicas relevantes como equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, direitos dos concessionários, encampações, quase desapareceram , pois, sendo essas empresas concessionárias sob controle do concedente, evidentemente aceitavam as alterações impostas por aquele, mesmo quando em desequilíbrio das relações contratuais, como inúmeras vezes ocorreu com a prática de ' preços políticos" fixados pelo concedente como forma de não alimentar índices inflacionários elevados, mesmo com ônus para os concessionários. Com o programa de desestatização mister se fez a edição da lei geral de concessões prevista desde a Constituição de 1934 e que viria a

Energia Elétrica , o governo do Estado tomou a iniciativa de instituir a sua entidade autárquica reguladora."[156]

Examinando a citada lei, verifica-se, também, a previsão de exercício de atividades pela CSPE por delegação da Agência Federal ou de outras instituições federais, na área de produção, transporte, distribuição e comércio de energia elétrica.

O que se observa, entretanto, é que essa Comissão [preferiu o legislador paulista adotar essa denominação ao invés de Agência] não apresenta, em termos de estrutura jurídica, o mesmo grau de independência formal em relação ao Poder Executivo Estadual, que aquele que se constata nas Agências Reguladoras Federais, em relação ao Poder Executivo Federal, no tocante à autonomia administrativa. O Ente Regulador paulista tem como órgão de direção um Comissariado, composto de um Comissário Geral e dois Comissários Chefes, nomeados, em comissão, pelo Governador do Estado, dentre brasileiros, de reputação ilibada e idoneidade moral, de reconhecida capacidade técnica e administrativa [observados os demais requisitos do Art. 9°, parágrafo 1°, da lei citada]. São nomeados por mandatos de quatro anos, permitida uma única recondução. Em tese, poder-se-ia afirmar ser a forma de investidura dos dirigentes das agências federais mais representativa e legitimadora, pois sujeita á chancela do Senado Federal. Na verdade, essa legitimação tem sido apenas aparente considerando que historicamente se verifica que aquela Casa não tem rejeitado as indicações feitas pelo Chefe do Executivo Federal.

A composição do órgão deliberativo dessa agência paulista tem mais representatividade que os colegiados deliberativos das agências federais, inclusive, pela presença mais significativa de representantes de entes da sociedade, amparados da livre exoneração , por serem titulares de mandatos de quatro anos.

Essa agência também exerce, nos limites de suas competências originárias e sobretudo delegadas, o papel de concedente e/ou permitente de serviços [com bastante limitações em termos de competência originária, face a ser aquela, basicamente da União Federal em relação aos potenciais de energia hidráulica, dos quais é proprietária por força do Art. 176 da Constituição Federal; da produção e comercialização de energia elétrica, face

---

[156] AZEVEDO, Eurico de Andrade. *As Agências Reguladoras* , in _____Revista de Direito Administrativo 213, jul/set 1998. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, p.146.

assegurar, com mais precisão os direitos das partes nos negócios jurídicos de concessão, fixar regras para a adequada prestação de serviços, política tarifária, procedimento para imposição de sanções, enfim viria a estabelecer minucioso tratamento dessas formas de transferência do exercício de serviços públicos, sobretudo de cunho econômico, representando, tal, inclusive, expressa forma de desestatização prevista nos Arts.2°,III, [que prevê como objeto de desestatização *serviços públicos objeto de concessão, permissão e autorização*] e 4°, VI [que prevê que as desestatizações serão executadas, dentre outras modalidades operacionais, por *concessão, permissão, ou autorização de serviços públicos*] da Lei n.° 9.491, de 09 de setembro de 1997. Tais modalidades operacionais de desestatização, normalmente são combinadas com outras modalidades como a alienação do controle societário da sociedade a ser estatizada. Tal combinação ocorreu, p.e., no processo de privatização da Companhia Vale do Rio Doce e de algumas exploradoras de transporte ferroviário com da Estrada de Ferro Teresa Cristina, dentre outras.

Visou esse novo modelo de exploração de serviços públicos, na visão de seus arautos, uma redução da intervenção do Estado como agente das atividades, visando ganho de eficiência como regulador e fiscalizador. Como exemplo dessa postura , a visão otimista de Arnoldo WALD, Luiz RANGEL DE MORAES e Alexandre WALD quando afirmaram que *" esta nova formulação da política legislativa das concessões demonstrará que o Estado pode, ao mesmo tempo, reduzir a sua atuação e aumentar a sua eficiência, garantindo, através da efetiva fiscalização, serviços adequados e a realização de obras inadiáveis, viabilizados pela aplicação de recursos privados de interesse social, diminuindo, dessa forma, simultaneamente, o déficit público e o da infra-estrutura e propiciando o aumento de lucros com o reinvestimento, ensejando ingresso de mais tributos, a melhor alocação da poupança e a criação de mais empregos, fazendo, assim, desaparecer alguns dos gargalos de estrangulamento que ameaçam o futuro econômico do país."* [150]

Em verdade, o que se observa é que esse otimismo não vem correspondendo aos resultados constatados com grandes concessões, p.e., como as já realizadas em áreas de produção e comercialização de energia elétrica e exploração de vias férreas.

---

[150] WALD, Arnold; MORAES, Luíza Rangel de; WALD, Alexandre. *O Direito de parceria e a nova Lei de concessões.* São Paulo, 1996 : RT, p. 49.

5.1 Em relação às Agências Reguladoras, como as já referenciadas ANEEL e ANATEL, constata-se que as leis que as criaram a elas atribuíram o papel e os respectivos encargos de Concedente de Serviços, em suas áreas de atuação. Esses encargos são, basicamente, aqueles elencados na lei n.º 8.987, de 13.02.95, que estabelece :

Art.29. Incumbe ao poder concedente:

I- ***regulamentar o serviço concedido*** *e* ***fiscalizar*** *permanentemente a sua prestação;*

II- ***aplicar penalidades*** *regulamentares e contratuais;*

III- ***intervir na prestação do serviço;***

IV- ***extinguir a concessão****, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato;*

V- ***homologar reajustes e proceder á revisão das tarifas*** *na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;*

VI- ***cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;***

VII- ***zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários****, que serão cientificados , em até trinta dias , das providências tomadas;*

VIII- ***declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública****, promovendo as desapropriações, diretamente, ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será responsável pelas indenizações cabíveis;*

IX- ***declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço, ou obra pública, promovendo-a diretamente, ou mediante outorga de poderes á concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;***

X- ***estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e conservação;***

XI- ***incentivar a competitividade;***

XII- *estimulara formação de associação de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.*

Observa-se a concentração de poderes, semelhantes à anteriormente existente com as entidades matrizes. As agências regulamentam suas áreas de atuação, concedem serviços, participam na fixação de tarifas, impõem sanções

em procedimentos administrativos que devem ser regulares, assegurando ampla defesa às concessionárias e a terceiros alcançados pelo poder ordenador delas, devendo para isso ter uma estrutura material e de pessoal corresponde ao grande conjunto de atribuições que lhes são lançadas. Pertinente a advertência de Marçal JUSTEN FILHO no sentido que *"o concedente deverá aparelhar-se adequadamente para promover a fiscalização. Deverá adotar instrumentos jurídicos e técnicos que impeçam o risco de perda de eficiência da tarefa fiscalizadora. Há grande risco de o concessionário cooptar os agentes públicos, no tocante á fiscalização. A grande dimensão do empreendimento propiciará concentração econômica e fortalecimento do concessionário à realização do interesse público. Por todos esses fundamentos, a fiscalização é dever do Estado em face da comunidade."* [151]

Essa característica de exercer com eficiência fiscalização sobre os serviços e a produção de bens em suas áreas de atuação, representa uma marcante característica das *REGULATORY AGENCIES* norte-americanas. No caso brasileiro, entretanto, o que se vem observando são pessoas jurídicas não adequadamente estruturadas, exercendo seu mister com grandes deficiências, inclusive quanto a quadros de pessoal tecnicamente adequados e isentos de influência político-partidária a desvirtuar suas ações.

5.2 Outro aspecto relevante a ser referenciado é que a lei n.º 8.987/95 inseriu dentre os encargos do concedente o pertinente à fiscalização e à decorrente imposição de sanções e às regras para que tal apuração de atos e fatos ocorra, observando-se o *due process of law* e assegurando-se a ampla defesa e o contraditório, sobretudo nos chamados procedimentos ablativos, na consagrada classificação de GIANNINI , que os coloca como espécie, ao lado dos procedimentos de autorização, dos procedimentos de concessão e dos procedimentos dc declaração.[152]

Em relação ao exercício do poder de impor sanções, as agências reguladoras têm que observar os mesmos requisitos necessários ao exercício desse poder, quando exercitáveis por quaisquer entes públicos, além de observar os princípios constitucionais explícitos, como a moralidade, legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, além dos implícitos como da razoabilidade. Não se olvide que a adequada procedimentalização é instrumento para a democratização das ações da administração pública. Tal já

---

[151] JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos.* São Paulo, 1997 : Dialética, p.294.

[152] BREWER-CARIAS, R . *Les principes de la procédure administrative non contencieuse.* Paris, 1992 : Economica, 117.

foi reconhecido em inúmeros outros Estados que a tem, inclusive, como elemento de relevo para se alcançar a democracia participativa e não meramente representativa. Não seria demais lembrar a importância do **Federal APA** norte-americano de 1946 como texto básico para o funcionamento das agências norte-americanas, assegurando aos administrados destinatários ou interessados nos atos dessas instituições , " *the right to be heard*", não apenas com finalidade garantística mas para propiciar um melhor agir da Administração Pública. Essa idéia da procedimentalização, juntamente com a dos Entes Reguladores Autônomos representou as duas maiores contribuições do *Administrative Law* norte-americano para os demais sistemas jurídicos. Outro texto fundamental em termos de procedimentalização foi a *Lei do Procedimento Administrativo da República Federal da Alemanha , de 25.05.1976*, texto que juntamente com a produção doutrinária dele decorrente, teve marcante influência sobre outros ordenamentos jurídicos de Estados da Europa, que viriam a aprovar novos textos gerais de procedimentos administrativos, podendo-se citar, dentre outros, o exemplo português, com o *Código de procedimento Administrativo aprovado pelo Decreto-Lei 442/91.* Pode-se citar, ainda, a *Ley do regimen Jurídico de las Administraciones Publicas y Procedimiento Administrativo comun* [30/1992, de 26 de novembro] e o novo texto de 1998, embora, seja de ressaltar-se que a Espanha já há mais de cem anos tem leis de procedimentos administrativos. Uma de 1889 e a seguinte de 1957, considerando alguns doutrinadores o novo texto " *mas confuso y peor*" que os textos anteriores.[153]De qualquer sorte o primeiro texto espanhol, pós 1978, em termos de regramento de procedimentos administrativos, incorporou as inovações da Constituição Espanhola vigente, diferentemente da anterior , de 1957, editada em pleno período do Franquismo, o qual não se poderia , efetivamente, descrever como democrático de direito.

Na América Latina , inúmeros Estados editaram normas gerais de procedimentos administrativos, como a Venezuela, a Colômbia, a Costa Rica, dentre outros. O Brasil, em termos de procedimentalização do agir da Administração Pública até bem pouco tempo, carecia de uma Lei Geral, buscando-se princípios e normas norteadoras na Constituição Federal de 1988. Existiam normas esparsadas, previstas em leis específicas. A lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, representou um sensível avanço, no sentido de suprir essa lacuna, extremamente prejudicial aos administrados em geral.

---

[153] PARADA, Ramon. *Regimen Juridico de las Administraciones Publicas y Procedimento Administrativo Comum.* Madrid, 1993 : Marcial Pons, p.10

CAPÍTULO VI
AGÊNCIAS REGULADORAS E REGIME DE PESSOAL

6. Algumas considerações devem ser tecidas em relação ao regime de pessoal das agências reguladoras. Sabido é que até a modificação do Art.39 da CF/88 pela Emenda Constitucional n.º 19/98, o regime jurídico de pessoal de todas as pessoas jurídicas de direito público de cada uma das três esferas da Federação brasileira encontrava-se unificado, apesar da pluralidade de áreas de atuação da Administração Pública .Diferentemente da pluralidade de regimes jurídicos existentes antes de 1988, adotando-se, no âmbito das pessoas jurídicas de direito público, ao lado do regime estatutário , para as funções próprias e típicas, regime contratual para atividades ditas impróprias ou não específicas do Estado. A versão original da Constituição de 1988 adotou a unicidade de regime jurídico para cada conjunto de pessoas jurídicas de direito público e para os Órgãos de cada ente político. Tal experiência foi infeliz e , dir-se-ia, até ímpar, pois, o que se encontra, a nível de direito comparado são pluralidades de regimes jurídicos em função da diversidade de atividades a serem exercidas pelo Estado.

Em outro trabalho o autor desta tese destacou : " *não é demais relembrar que a unificação dos regimes jurídicos foi efetivamente um êrro, pois, dada a variedade de áreas de atuação do Estado a unidade de regime jurídico significou colocar sob o mesmo manto atividades diversas como diplomacia, atividade de polícia judiciária, fiscalização, arrecadação de tributos e de outro lado pesquisas literárias e de folclore, situações essas bastante díspares a não justificar o mesmo*

341.3
C37 6a

regramento jurídico. Se o Jurista incursionar nos principais ordenamentos ocidentais que servem, regra geral, de paradigma, ou pelo menos de referencial para construções jurídicas brasileiras, verá que a unidade de regime jurídico para aqueles que prestam serviços ao Estado para que esse exerça as competências que lhe são atribuídas, não é acolhida. Tal unidade de regime é mesmo incompatível com a figura do Estado do bem estar, modelo da CF/88 brasileira, dada a pluralidade de campos de atuação do Estado".[154]

Ao se falar em pluralidade possível de regimes jurídicos deve-se observar, entretanto, que, o núcleo básico das Agências Reguladoras, em termos de pessoal, tal como o segmento responsável pelo exercício do Poder de Polícia tem que estar submetido a um regime jurídico que assegure a esses servidores a necessária estabilidade para exercício de suas funções. Sem essa garantia, as agências não terão no seu atuar qualquer efetividade. Caracteriza-se-ão como mais uma mal sucedida experiência de adaptação de Institutos de outros sistemas jurídicos. O regime jurídico dos integrantes das agências deve se caracterizar pela relativa proteção contra pressões econômicas e políticas e se destacar pela qualificação técnica. Em se conseguindo permear os processos de seleção de pessoal dessas agências brasileiras, com vícios lamentáveis como "o spoil system", ter-se-á inoculado nessas instituições mal que as tornará mais uma experiência frustrada da Administração brasileira. Infelizmente, vários dos dispositivos, alguns pretensamente transitórios, inseridos nas leis instituidoras dessas agências possibilitam que esse vício seja introduzido.

6.1 Nesse ponto, deve-se fazer uma referência expressa a uma grande falha que tem estado presente quando da criação de todas as agências reguladoras federais que é a não previsão de quadros de servidores efetivos, de logo ou em prazos curtos e a utilização de mecanismos para suprir essa carência inicial, que enfraquecem a regra da segurança que deve amparar os agentes dessas importantes instituições. Observem-se alguns exemplos.

A lei n.º 9.782, de 26.01.99, criadora da Agência Nacional de Vigilância Sanitária prevê, em seu Art. 34, que aquela agência poderá **requisitar, nos três primeiros anos de sua instalação,** *servidores, ou contratados,* **de órgãos integrantes da Administração Pública Federal direta, indireta, ou Fundacional, quaisquer que sejam as funções a serem exercidas.** Destaca,

---

[154] CAVALCANTI, Francisco. *O novo Regime Previdenciário dos Servidores Públicos.* Recife, 1999 : Nossa Livraria, p.28.

ainda, o texto que durante os primeiros vinte e quatro meses subsequentes á instalação da Agência, as requisições serão irrecusáveis, quando feitas a órgãos, ou entidades do Poder Executivo, desde que aprovadas as requisições pelos Ministros da Saúde e do Orçamento e Gestão. Observe-se a longevidade do prazo, sem especificação de qualquer critério seletivo. Além disso, pode a Agência contratar *pessoal temporário*, em função de *notória capacidade técnica ou científica do profissional* por período de doze meses , podendo ser prorrogado o prazo para até trinta e seis meses [três anos]. Saliente-se que essas contratações não são submetidas a procedimento seletivo mas apenas a *análise do curriculum vitae*, o que evidencia subjetivismo e quebra do princípio da impessoalidade. Mister seria que fossem realizados procedimentos seletivos simplificados e que as contratações fossem feitas com prazos bem mais curtos, suficientes, tão somente, para realização de concursos, visando o provimento de cargos de quadro efetivo.

Por outro lado, a remuneração do pessoal contratado temporariamente não é fixada em lei , *terá como referência valores definidos em ato conjunto da ANVS e do Órgão Central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal [SIPEC]*. O que cria situação esdrúxula em se tratando de entidade de Direito Público.

Verifica-se, ainda, que a fundamental atividade de fiscalização de *produtos, serviços, produtores, distribuidores, comerciantes, inseridos no Sistema Nacional de Vigilância Sanitária* durante prazo de até cinco anos será realizada por Servidor requisitado ou pertencente ao quadro da ANVS, *mediante designação da diretoria, conforme regulamento.* Observa-se que a subordinação de agentes de fiscalização a designações enfraquece esse poder fiscalizador. Por outro lado, cinco anos é, sem dúvida, um prazo excessivamente longo.

Além disso, o quadro de pessoal da Agência poderá contar com *servidores redistribuídos de órgãos e entidades do Poder Executivo Federal.* Não fixando o texto qualquer referencial ou parâmetro para essas redistribuições. Essa falta de critérios pode prejudicar a qualidade do corpo funcional da nova instituição.

Verifica-se terem sido disponibilizados inúmeros elementos que, sem dúvida, enfraquecerão em seu nascedouro, a Agência recém criada. Evidentemente que a redistribuição de Servidores, das áreas específicas poderia ocorrer mas a previsão é genérica e sem critérios.

Observa-se, ainda, a existência de setenta e três cargos comissionados, entre Natureza Especial e DAS 101.4 , além de 274 funções comissionadas, todos de confiança da Diretoria da Agência.

Disposições semelhantes, em relação a contratações temporárias, sem processo seletivo, por prazos alongados, grande número de cargos comissionados e requisições sem critério de servidores, são encontradas nos atos de criação das demais Agências Federais, como a ANP [Art.76, da lei n.º 9478/97] e a ANATEL [Art.7º e 8º do decreto n.º 2.338, de 07.10.97, que regulamentou a lei n.º 9.472, de 16.07.97]. Espera-se que sejam situações transitórias que não venham, de fato, a prejudicar a estruturação do quadro definitivo dessas entidades, de cuja montagem dependerá o seu adequado funcionamento. Em tal não ocorrendo, em tal sendo feito de modo a acomodar situações pessoais e a transformar essas entidades em novos centros para rateio de cargos comissionados, de nada valerá a inovação teórica que se atribui a essas Instituições.

Poder-se-ia tecer considerações sobre alguns outros aspectos do regime jurídico das agências reguladoras, tais como regime tributário, as regras processuais pertinentes e controle , inclusive judicial, mas nesses pontos essas entidades têm sobre elas incidentes, basicamente, as mesmas regras pertinentes às demais pessoas jurídicas de direito público interno não políticas [autarquias e fundações públicas, em cujo gênero se inserem] não podendo, nesse sentido, se falar em elementos caracterizadores e sim comuns. Remete-se o leitor, nesses tópicos, para as regras gerais aplicáveis às demais autarquias e fundações públicas.

CAPÍTULO VII
ALGUMAS EXPERIÊNCIAS ESTADUAIS DE CRIAÇÃO DE AGÊNCIAS

7. A adoção do modelo de agências reguladoras nos demais Entes da federação brasileira é algo que não pode ser olvidado. O novo modelo é sedutor, inclusive pelo maior grau de liberdade que dá à administração desse tipo de pessoa jurídica . Embora não se tenha, ainda, agências em todos os Estados da Federação pode-se utilizar como referência de Estados que já implantaram agências o Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Pará , São Paulo, e Ceará. Há, em verdade, grande interesse na adoção dessa nova figura pelos Estados da Federação, só equiparável ao existente pela figura das Fundações na década de sessenta. Quiçá a idéia de modernização seja o móvel para essas pretensões reformistas.

7.2 O que se tem observado, entretanto, é que, em vários Estados já há críticas à politização dessas instituições. Segundo noticiários de imprensa " *tanto no Rio Grande do Sul como no Rio de Janeiro, as questões políticas estão interferindo no funcionamento das Agências Estaduais. No primeiro Estado, o atual Governador, Olívio Dutra [PT], quer desfazer a diretoria por ela ter sido indicada pelo antigo Governador Antônio Brito. No Rio , a situação é a mesma. O Governador Anthony Garotinho [PDT], contrário à equipe nomeada pelo ex-governador Marcelo Alencar [PSDB] pensa em extinguir a Agência."*[155] Sem dúvida, conforme já salientado, quando da indicação da estabilidade dos dirigentes das agências reguladoras como característica relevante, tal, mal utilizada, sobretudo quando o critério técnico

[155] JORNAL DO COMÉRCIO, 22.04.99, p.12.

não preponderar para as indicações e conseqüentes nomeações, pode representar um desvio de finalidade em relação a essas investiduras dos dirigentes das agências, transformando-se essa característica que visa dar garantia à atuação daquelas entidades, tão somente, em um alongamento temporal do poder político de quem fez as nomeações para cargos de tal relevo, no período de administração do governador sucessor, surgindo problemas como os mencionados. Por outro lado, mesmo que não haja desvio de finalidade, que as nomeações sejam feitas com base em critérios técnicos, pode-se vir a ter forte rejeição à direção da Agência pelo novo governador, face á cultura viciada do "spoil system", de danosa presença nas administrações públicas brasileiras. Nesse caso a figura da Agência será relevante pelo aspecto " pedagógico", no sentido de deixar evidenciado o sentido da coisa pública, inconfundível com os interesses pessoais, ou partidários dos Governantes.

7.2 Far-se-á, a seguir, breve exame sobre duas vertentes de agências criadas em Estados-membros brasileiros, cujos modelos foram selecionados para exame por representarem, basicamente, duas opções que estão a ser utilizadas por Estados da federação brasileira . São elas, de um lado, a presente no Ceará, Pará e Rio Grande do Sul ; e, a encontrada em São Paulo.

A primeira modalidade, com a criação de uma única Agência, atuando como reguladora de todo o conjunto de serviços " delegados" objeto de controle do Estado e a segunda com a idéia de Agências especializadas por setor regulado.

7.3 Em relação ao segundo modelo, o encontrado no Estado de São Paulo, poder-se-ia citar como exemplo de Agência criada a **Comissão de Serviços Públicos de Energia- CSPE**, objeto da lei complementar estadual nº 833, de 17 de outubro de 1997, com atribuições de [art. 2°]***regular,*** *controlar e fiscalizar :*

I- A qualidade do fornecimento dos serviços públicos de energia;

II- Os preços, tarifas e demais condições de atendimento aos usuários de tais serviços;

E, ainda, de acordo com o art. 3° da citada lei :

I- cumprir e fazer cumprir, no estado de São Paulo, a legislação específica relacionada à energia ;

II- ***regular***, *controlar e fiscalizar a geração, produção, transmissão, transporte e distribuição de energia, naquilo que lhe couber originariamente ou por delegação;*

III- ***fixar normas,*** *recomendações técnicas e procedimentos relativos aos serviços de energia elétrica;*

IV- *fazer observar, pelos concessionários de geração, o funcionamento de sistema interligado no Estado;*

V- *homologar contratos pertinentes á geração, produção, transmissão, transporte e distribuição de energia, celebrados pelos concessionários, permissionários e autorizados, com exceção dos contratos-padrão estabelecidos por normas técnicas e comerciais;*

VI- *aprovar níveis e estruturas tarifárias e homologar tarifas relativas aos serviços públicos de energia;*

VII- *promover e organizar licitações para outorga de concessão ou permissão de serviços de energia;*

VIII- *encaminhar à autoridade competente, propostas de concessão, permissão ou autorização de serviços de energia;*

IX- *propor à autoridade competente alteração das condições e das áreas de concessão, permissão ou autorização de serviços de energia, bem como a extinção dos respectivos contratos, quando necessário;*

X- *celebrar, por delegação dos poderes competentes, contratos de concessão e permissão de serviços de energia;*

XI- *atuar no sentido de impedir práticas abusivas contra os interesses dos usuários de energia ;*

XII- *moderar e dirimir conflitos de interesses, relativos das concessões, permissões e autorizações, podendo se valer do apoio de peritos técnicos especificamente designados;*

XIII- *praticar outros atos relacionados com sua finalidade.*

A criação dessa agência- CSPE visou atender, inclusive, à idéia descentralizadora prevista na lei criadora da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL .

Como lembra Eurico de Andrade AZEVEDO, " *com a política de privatização traçada pelo Governo Federal e a proposta de descentralização efetivada pela lei criadora da Agência Nacional de*

ao disposto no Art. 21, XI, da Constituição Federal; tendo, por conseguinte, nessa área, sobretudo, competência delegada] e o concernente ao exercício do Poder de Polícia na sua área de atuação, tal como previsto na lei complementar estadual n.º 833/97 e no decreto n.º 43.036, de 14.04.98, que a regulamenta.

Quanto ao enquadramento da CSPE na classificação das entidades públicas, a lei a criou como **autarquia,** nesse ponto não se afastando do que vem ocorrendo em relação à criação de agências ou entes reguladores pelos vários entes políticos, no Brasil. A denominação "Comissão" encontra correspondentes, dentre outros, no direito norte-americano e no direito francês. Pode-se entender como um ente regulador com finalidade específica, voltado para determinado campo de atuação do Estado, seguindo a mesma tendência da União Federal , de criação de entes reguladores setoriais.

7.4 Perspectiva distinta foi a dos legisladores de Estados como Ceará, Rio Grande do Sul e Pará, conforme ver-se-á a seguir.

No Ceará, criou-se pela lei estadual n.º 12.786, de 30.12.97, a **Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE**, como ***autarquia especial,*** *vinculada à Procuradoria Geral do Estado, dotada de autonomia orçamentária, financeira, funcional e administrativa,* com sede em Fortaleza, tendo como finalidade *exercer o* ***poder de direção, regulação e fiscalização sobre serviços públicos delegados*** conceituando a citada lei, como *serviço público delegado: aquele cuja prestação foi delegada pelo poder concedente, mediante licitação à pessoa física, jurídica ou consórcio de empresas, nas modalidades de concessão ou permissão.*

Esse modelo é, quanto à amplitude do objeto, bem distinto do federal e daquele exemplo citado do Estado de São Paulo. No modelo cearense o objeto da Agência alcança todos os serviços permitidos ou concedidos pelo Estado, ou por outras pessoas políticas, em relação aos quais o estado tenha por força de delegação se legitimado para regular . Tal amplitude se observa pela indicação dos *objetivos fundamentais da ARCE*, previstos na citada lei estadual nº 12.786,

Art. 3º :...

I- Promover e zelar pela eficiência econômica e técnica dos serviços públicos delegados admitidos à sua competência

regulatória, propiciando condições de regularidade, continuidade, segurança, atualidade, universalidade e modicidade de tarifas;

II- *Proteger os usuários contra o abuso de poder econômico que vise a dominação dos mercados, à dominação da concorrência e ou aumento arbitrário dos lucros;*

III- *Fixar regras procedimentais claras, inclusive, em relação ao estabelecimento, revisão, ajuste e aprovação de tarifas, que permitem a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessões e termos de permissões de serviços públicos;*

IV- *Atender, através das entidades reguladas às solicitações razoáveis de serviços necessários à satisfação das necessidades dos usuários;*

V- *Promover a estabilidade nas relações entre o poder concedente, entidades reguladas e usuários;*

VI- *Estimular a expansão e a modernização dos serviços delegados, de modo a buscar sua universalização e a melhoria dos padrões de qualidade, ressalvada a competência do Estado quanto à definição das políticas de investimento;*

VII- *Livre, ampla e justa competição entre as entidades reguladas, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como corrigir os efeitos da competição imprópria.*

Pode-se afirmar não haver no Ceará, especialização com descentralização, mas, ao contrário, centralização das atividades reguladoras exercidas sobre as concessionárias e permissionárias, em um único ente regulador. Tal fato tem como decorrência, uma estrutura administrativa mais complexa, em função da pluralidade de áreas, campos de regulação. Examinando a estrutura da ARCE, aprovada pelo decreto estadual n.° 25.059, de 15.07.98, verifica-se que nela constam várias coordenadorias de regulação, que são :

1. *coordenadoria de energia;*
2. *coordenadoria de saneamento básico;*
3. *coordenadoria de transportes*
4. *coordenadoria econômico-tarifária.*

São órgãos superiores dessa Instituição o Conselho Diretor e o Conselho Consultivo. O primeiro composto de três Conselheiros, com

mandato de quatro anos- órgão deliberativo superior, organizado como colegiado e com competência executiva, fiscal e outras de cunho regulamentar. A lei estabelece requisitos para investidura como Conselheiro : qualificação técnica e idoneidade moral, residência no Ceará. O processo de investidura inicia-se com a publicação de edital para habilitação de interessados junto à Procuradoria Geral do Estado; em seguida, há a análise por Comissão qualificada, dos documentos apresentados e abertura de prazo para impugnação por qualquer cidadão. Nomeados os Conselheiros pelo Governador do Estado, com mandato de quatro anos, dentre eles há a eleição do Presidente do Conselho Diretor, com mandato de um ano. Já o Conselho Consultivo é Órgão superior de *representação e participação da sociedade na ARCE*, integrado por Conselheiros [arts.24 a 27 da lei] representativos de órgãos e entes públicos e de empresas e entidades privadas ou mais especificamente : um da Assembléia legislativa; um do Ministério público; um da Ouvidoria Geral do Estado; um dos demais órgãos do Poder Executivo; um dos concessionários e permissionários; um dos usuários; um das entidades de defesa do consumidor. Pela composição, de qualquer modo constata-se que o controle sobre esse Conselho Consultivo é, evidentemente, do Executivo, embora seja relevante a participação de entes representativos da sociedade nesse órgão de consulta.

O sentido da regulação pela ARCE visa, de acordo com o Art.14, da lei *primordialmente à prevenção de condutas violadoras de normas legais, regulamentares e de origem negocial.*

7.5 Outro exemplo dessa vertente é a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados – AGERGS, criada no Estado do Rio Grande do Sul, pela lei estadual n.º 10.931, de 09.01.97 que segue, basicamente, a mesma orientação da Agência Cearense, ou seja, concentra poderes reguladores em uma só pessoa de natureza autárquica., dotada de autonomia financeira, com sede na capital daquele Estado.

Estabelece aquela lei :

Art.3º compete à AGERGS, observada a competência própria de outros entes federados, controlar e fiscalizar, bem como, se for o caso, normatizar, padronizar, conceder e fixar tarifas dos serviços públicos delegados em decorrência de norma legal, ou regulamentar, disposição convenial ou contratual, ou ato administrativo, ao Estado do Rio

Grande do Sul, suas autarquias, fundações públicas, ou entidades paraestatais, em especial :

a)saneamento;
b)energia elétrica;
c)rodovias;
d)telecomunicações;
e)portos e hidrovias;
f)irrigação;
g)transportes intermunicipais de passageiros;
h)aeroportos;
i)distribuição de gás canalizado;
j)inspeção de segurança veicular.

Trata-se de uma competência extremamente ampla e que significa a concentração, basicamente, de todo o poder regulador estadual em uma só entidade. Não parece atender à idéia de descentralização e especialização.

Quanto aos Órgãos de Direção, verifica-se serem eles um Conselho Superior, uma Diretoria-Geral escolhida pelo Conselho e três Departamentos subordinados [de Qualidade dos Serviços; de Tarifas e Estudos Econômico-financeiros; de Assuntos Jurídicos].

A composição do Órgão máximo, o Conselho Superior é de sete membros, sendo três de livre indicação do governador do Estado, um representante do quadro funcional da AGERGS, escolhido pelo governador do Estado, dentre indicados em listas tríplices, decorrentes de eleições secretas dentre os servidores. Dois representantes de consumidores indicados pelo órgão gestor estadual do Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor e pelos Conselhos de Consumidores das concessionárias, permissionárias e autorizatárias de serviços públicos do Rio Grande do Sul. Um representante dos concessionários, permissionários e autorizatários de serviços públicos do Rio Grande do Sul. Todos os membros do conselho são nomeados pelo governador, com mandato de quatro anos, após a aprovação dos nomes pela Assembléia Legislativa. Outro aspecto relevante, que limita a influência do Chefe do Poder Executivo sobre essa entidade, é que os Membros do Conselho Diretor *somente poderão ser destituídos por decisão da Assembléia Legislativa.* A estrutura desse tipo de Agência contêm o mesmo equívoco da ARCE cearense. A competência é extremamente vasta o que faz com que,

necessariamente se tenha em seu Conselho Diretor pessoas leigas em muitas das áreas objeto de regulação.

7.6 No Pará, por sua vez, foi criada pela lei estadual n.º 6.099, de 30.12.77, a Agência Estadual de Regulação e Controle Estatal de Serviços Públicos- ARCON, como *autarquia estadual dotada de autonomia administrativa e financeira, ente de Direito Público revestido de poder de polícia, com a finalidade de regular e controlar a prestação dos serviços públicos de competência do Governo do Estado do Pará, cuja exploração tenha sido delegada a terceiros, entidade pública , ou privada. [Art.1º]*

A competência da ARCON, tal como as similares do Ceará e do Rio Grande do Sul, é bastante ampla, abrangendo todo o conjunto de serviços delegados de competência originária daquele ente da federação ou por ele exercidos através de mecanismos de transferência de exercício, como as descentralizações de serviços federais. Compete àquela Agência cumprir e fazer cumprir a legislação pertinente a serviços concedidos, permitidos ou autorizados; regular a prestação desses serviços através da fixação de normas , recomendações e procedimentos técnicos; acompanhar , controlar e fiscalizar esses serviços e impor sanções; manter sistemas de informações sobre os serviços regulados; moderar e dirimir conflitos referentes ao objeto das concessões, permissões e autorizações; examinar propostas e dar pareceres sobre modificações de legislação pertinentes ás atividades reguladas; encaminhar propostas de concessões, permissões e autorizações, em suas áreas de atuação para as autoridades competentes; promover licitações referentes a concessões, permissões e autorizações em suas áreas de atuação e homologá-las; orientar Prefeituras Municipais em relação a serviços públicos regulados; promover reajustes tarifários; promover estudos sobre qualidade de serviço; prestar assistência técnica a entidades públicas e privadas em matéria de controle, regulação e fiscalização de serviços públicos.

A estrutura organizacional da ARCON apresenta-se composta de : Conselho Estadual de Regulação e Controle dos Serviços Públicos ; Diretoria-Geral da Agência; Diretoria de Normatização e Fiscalização; Diretoria de Controle Financeiro e Tarifário; Assessoria Jurídica e Coordenadoria Administrativa. Os diretores da ARCON são nomeados *em regime de mandato, por quatro anos, iniciando-se no primeiro dia do segundo ano do mandato do Governador.* A investidura guarda semelhança com o modelo federal e a do Rio Grande do Sul, pois, há indicação dos nomes à Assembléia Legislativa e só após a aprovação deles é que ocorrem a nomeações. A única

hipótese excepcional de nomeação pelo Governador, sem a chancela do Legislativo é após três recusas de indicações pela Assembléia Estadual.

A lei assegura a estabilidade dos dirigentes da Agência ao prever :

> *Os Diretores poderão perder o mandato em caso de prática de ato lesivo ao interesse, ou ao patrimônio público, ou, ainda, nos demais casos previstos em lei, através de processo que lhes garanta amplo direito de defesa.*

O Conselho Estadual de Regulação e Controle dos Serviços Públicos, por sua vez, funciona como *unidade colegiada deliberativa e recursiva das atividades da Agência*, tendo composição variável a depender do objeto da deliberação. Quando delibera sobre *assuntos de caráter geral* é composta de três Conselheiros, um membro representante do Governo do Estado, um das Empresas Operadoras e outro dos Usuários dos serviços delegados. Quando delibera sobre questões setoriais, se acresce a essa composição representantes das áreas objeto de discussão e análise, *obedecida sempre a composição tripartite.* Os membros não integrantes da representação governamental tem suas escolhas a partir de *processo público que permita a postulação e seleção por sufrágio*. Todos os Conselheiros têm mandato de dois anos, com renovação alternada de 1/3 e 2/3.

Assegurou-se receita própria à Agência, sobretudo, com a taxa de regulação de serviços públicos.

Já em relação à questão pertinente à formação de quadro de pessoal e ao período transitório inicial, a norma do Estado do Pará teve carga de moralidade bem mais densa que a previsão da legislação federal. Estabeleceu a já citada lei n.º 6.099, de 30.12.97:

> *Art. 27. Fica o primeiro Diretor–Geral da ARCON autorizado a efetuar a contratação temporária, pelo* ***prazo improrrogável de 12 (doze) meses, tempo em que deverá ser promovido concurso público para provimento de cargos efetivos da Autarquia*** .

Não há previsão, no caso paraense, de contrato de gestão e nem de fixação de metas.

7.7 A comparação dos dois modelos demonstra a existência de duas perspectivas bem distintas . No caso de São Paulo, a criação de entes especializados, como reguladores autônomos; em casos como o do Ceará e do Rio Grande do Sul e o do Pará, com a criação de um Ente Regulador pluri-setorial, concentrando as atividades reguladoras e destinado, sobretudo, a fiscalizar a atuação de entes regulados, procurando manter a qualidade dos serviços. A finalidade distinta, constata-se, inclusive pela vinculação da entidade no caso do Ceará à Procuradoria Geral do Estado e não às áreas técnicas relacionadas com as atividades reguladas, como ocorre em São Paulo. A Agência do Rio Grande do Sul também é criada como de *natureza autárquica, dotada de autonomia financeira e administrativa, com sede na Capital do Estado.*

Trata-se esse segundo modelo de uma idéia de modernização, mas, ainda falha pela falta de especialização e pela centralização, embora apresente aspectos positivos, como a *transparência* de sua atuação, facilitada pela presença de Representantes inclusive de entes de controle e da sociedade, no órgão deliberativo e no caso do Ceará, inclusive do Ministério Público em seu Conselho Consultivo.

Deve-se finalizar essa referência à criação de Agências Reguladoras pelos Estados Membros, alertando, que em sendo criadas e estruturadas para adequadamente regularem setores da atuação do Estado Membro, poderão significar modernização da Administração. Devem ter, entretanto, cuidadosa fixação de metas, a justificar, inclusive a maior flexibilidade em termos de gestão. Sem que isso ocorra, corre-se o risco, pela "flexibilização" no tocante à administração financeira e à gestão, que o próprio conceito impõe, poderem vir a representar mais um instrumento para má aplicação de verbas públicas, para proliferação de cargos comissionados e para a prática de atos e negócios jurídicos afastados do interesse público. A importância da criação de agências reguladoras nos Estados Membros é menor que a nível federal, para exercício de *atividade reguladora de competência dos Estados-Membros, ou dos Municípios* , pois, a competência para legislar e para exercer os principais serviços regulados, objeto de concessões, e permissões ,é , em princípio da União. Mas a idéia de **descentralização** está presente, nos textos federais, referentes a áreas objeto de atuação das Agências Federais e sob esse aspecto, Agências Estaduais, devidamente estruturadas, com Colegiados de Direção e consultivos caracterizados pela qualificação técnica [o que na prática, em

muitos casos não ocorrerá] podem ser relevantes para a regulamentação e sobretudo para o exercício de atividades de fiscalização sobre as atividades reguladas. Não se pode, entretanto, olvidar, a existência de áreas de relevo econômico e social a necessitarem de órgãos reguladores devidamente estruturados, quando exercidos por particulares, no âmbito de competência de Estados-Membros, como transportes interurbanos, gás canalizado [art.25, parágrafo 2º, da CF/88], águas e esgotos, etc. ; e, também dos Municípios, como transportes urbanos, etc.

O que se deve ter consciência, entretanto, é que não importa a denominação: Agência, Comissão, Autarquia Especial, o relevante é que a regulamentação e o exercício do poder regulador, em qualquer das esferas da federação seja exercido com eficiência, com autonomia, no interesse público, voltado para atender às necessidades da sociedade, e que a maior liberdade funcional do ente Regulador não seja utilizada como instrumento para interesses menores, como ocorre, com freqüência neste País.

Após a abordagem desses vários aspectos das chamadas Agências Reguladoras, entende-se estar em condições de se tentar apresentar algumas conclusões a título de teses, acerca dessas Instituições que tanto vem atraindo o interesse dos administradores públicos brasileiros, gerando inúmeros estudos, ante-projetos e projetos de lei, no sentido de transformar tradicionais entes autárquicos e órgãos da Administração Pública em **Agências Reguladoras**.

CONCLUSÕES

Foi objeto do presente estudo, a análise de alguns aspectos considerados de maior relevo na figura das Agências Reguladoras ou dos Entes Reguladores Autônomos, entidades que vem sendo apresentadas como uma das soluções para melhoria dos serviços públicos, sobretudo em relação à normatização secundária, fiscalização e imposição de sanções aos exploradores de serviços regulados, aspectos que ganharam maior relevo, sobretudo a partir do programa nacional de desestatização, da retração do Estado como Agente das atividades econômicas, do " ressurgimento" das concessões como figura de relevo para a prestação de serviços públicos e do grande prestígio obtido pelas instituições utilizadas como paradigma, as **Regulatory Agencies** do modelo norte-americano, embora, sempre lembrando, que muitas vezes Instituições " importadas", fruto, inclusive de recomendação de fontes financiadoras, não sejam os modelos mais adequados para Estados como o Brasil.

Pode-se, a partir das análises efetuadas, apresentar algumas conclusões e teses :

1. A figura das **Agências**, quer das **Executivas**, quer das **Reguladoras,** que vem se adotando no direito brasileiro, se apresentam como modelos fortemente inspirados nos paradigmas

norte-americanos e britânicos, apesar das diversidades daqueles sistemas jurídicos quando cotejados com o brasileiro.

2. O direito positivo brasileiro, sobretudo face aos princípios e normas constitucionais que regem a Administração pública não possibilitam às Agências Reguladoras brasileiras terem âmbito de atuação tão alargado quanto as **Regulatory Agencies do direito norte-americano,** *inclusive em face do princípio da legalidade; dos da* separação de poderes e especialização de funções; do princípio da plenitude do controle jurisdicional.

3. A lei, em sentido formal e mesmo os atos com força de lei [como as medidas provisórias] são insuficientes para assegurar uma adequada normatização, com efetividade, em áreas de grande especialização, e/ou naquelas onde existe grande número de conceitos técnicos indeterminados, como energia, medicamentos, telecomunicações , petróleo, etc.

4. Mister se faz, de qualquer modo, que em Estados que adotem o princípio da ampla legalidade, sem a existência de regulamentos autônomos, que as leis autorizativas, ou balizadoras, do exercício de poderes reguladores, fixem **os marcos reguladores**, não só em termos de competência dos órgãos a exercer os poderes reguladores, mas, também, em termos de conteúdo mínimo da matéria a ser objeto dessa normatização secundária, sob pena de em tal não ocorrendo se ter, efetivamente uma **delegação disfarçada,** o que , no caso brasileiro, significa, violação à Constituição.

5. A atividade normativa reguladora, exercida por entes reguladores, como o BACEN, a ANATEL, ANVS, ANEEL etc., é , regra geral, dotada de muito maior efetividade que as normas legais, sobretudo pelo fato de os entes reguladores aglutinarem funções normativas, de fiscalização e de imposição de sanções.

6. As **fundações públicas,** no direito brasileiro vigente [pós Emenda Constitucional n.º 19/98] não podem ser consideradas como espécie do gênero autarquia. A Constituição tratou as fundações públicas e as autarquias como duas categorias de entidades distintas e após a

entrada em vigor da citada Emenda, os procedimentos de criação de cada uma delas tornaram-se distintos. Enquanto as autarquias são criadas por lei, as fundações públicas passam a ter a lei como um ato autorizativo, integrante do procedimento de criação. Além disso, as novas fundações só poderão ser criadas para atuar em áreas definidas por *lei complementar.*

7. A natureza fundacional de uma pessoa jurídica é compatível quer com o regime de direito privado, quer com o regime de direito público. O ser fundação diz respeito ao substrato sobre o qual se funda a pessoa, no caso dessas entidades, a base patrimonial e não ao conjunto de regras jurídicas incidentes sobre seus atos, negócios, bens , pessoal, tributação, cujo somatório representa o regime jurídico, sendo esse o responsável a partir da qualificação legal, pela identificação de uma pessoa jurídica , como de direito público ou de direito privado.

8. Urge que só permaneçam, efetivamente como fundações públicas aquelas dotadas de uma base patrimonial, ou de receitas próprias capaz de mantê-las, independentemente de receitas orçamentárias oriundas dos entes políticos aos quais estejam vinculadas. As que não se enquadrarem devem ser reconhecidas como meras autarquias, ou extintas, com a absorção de suas funções por órgãos da Administração Direta.

9. É relevante a edição da Lei complementar prevista no Art.37, XIX, da Constituição Federal [c/ a redação dada pela EC n.º 19/98] para definição das áreas de atuação das fundações públicas.

10. Apesar das agências reguladoras federais [ANP, ANEEL, ANATEL, ANVS] e as dos Estados Membros até hoje criadas, o terem sido sob a forma de autarquias especiais, tal não significa que **agência reguladora** seja necessariamente uma espécie de autarquia, como parte da doutrina chega a afirmar. O ser agência reguladora, ou ente autônomo regulador decorre do fato de estarem presentes em uma pessoa jurídica de direito público elementos que lhe são próprios, peculiares. É ter presente em suas atribuições e regime jurídico os elementos caracterizadores do conceito de

agência e tais são compatíveis com uma pessoa quer de substrato corporativo, quer de substrato patrimonial.

11. O legislador brasileiro tem cometido equívocos conceituais pela reprodução de conceitos não adaptados e ainda não assimilados ou definidos no direito brasileiro, por vezes equiparando conceitos distintos. Chega a Lei n.º 9.472, [criadora da ANATEL] de 16.07.97, em seu Art.9º, a estabelecer : *A **Agência** atuará como **autoridade administrativa independente**...*quando, são esses dois conceitos distintos; o primeiro , de origem norte americana, sendo a ele inerente a personalidade e o segundo, de origem francesa, diferenciando-se pela falta de personalidade, embora ambos visando atender ao mesmo objetivo, regular de modo descentralizado e com relativa autonomia. Além do que, a expressão **autoridade**, no direito brasileiro refere-se ao titular do cargo, ao agente [vide,p.e. a lei n.º 1.533/51, art. 1º, parágrafo 1º : *Consideram-se autoridades, para os efeitos desta lei, os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais, ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entender com essas funções*]. Trata-se, sem dúvida, de dispositivo tecnicamente criticável representativo de algo bem presente no caso das agências que foi a importação do modelo e a sua inserção antes mesmo de maior e mais profunda análise dos aspectos jurídicos dessa introdução.

12. Pode-se afirmar que, no direito brasileiro, **são Agências Reguladoras as pessoas jurídicas de direito público interno, criadas por lei [ou com processo de criação autorizado por lei, em se tratando de fundação pública], para regular, disciplinar atividades de interesse público de relevo econômico, ou social [como saúde, telecomunicações, transportes, energia, petróleo, etc] que sejam de competência do ente político que a criou; com poderes de produção normativa relativamente amplos, submetidos aos marcos reguladores legais; cujos dirigentes sejam titulares de mandatos, assegurando-lhes relativa estabilidade, [ressalvadas hipóteses como de ruptura do contrato de gestão, prática de falta grave] e cujas investiduras , no caso das Agências Federais, estejam condicionadas a aprovação das indicações do Chefe do Executivo, pelo Senado**

Federal; que são dotadas de maior autonomia financeira, inclusive com receitas próprias, e de gestão de pessoal, bens e serviços; regra geral submetidos seus dirigentes a contrato de gestão, com o que se pretende alcançar eficiência, elevada a princípio constitucional.

13. **A não criação e estruturação de quadros técnicos de pessoal**, isentos, qualificados e desprovidos de compromissos políticos e a presença de excessivo número de cargos de comissão e funções comissionadas, aliadas a previsões genéricas de redistribuições e contratações de pessoal temporário [por períodos longos, com " seleções" meramente curriculares], poderão representar, por certo, grande falha para a consolidação dessas instituições, cujo modelo inspirador pauta-se na neutralidade, capacidade técnica, isenção quanto a influências político-partidárias.
14. **A supressão da previsão constitucional do regime jurídico unificado [c/a modificação do Art. 39 da Constituição, pela Emenda Constitucional n.º 19/98]** é relevante para que os quadros dessas instituições possam ser submetidos a regimes jurídicos diferenciados em função da natureza das atividades exercidas, devendo-se assegurar, p.e., regime jurídico capaz de amparar os responsáveis por áreas como as pertinentes ao exercício do poder de polícia, decorrentes do poder regulador e da aplicação da legislação pertinente , frente a pressões de detentores do poder econômico ou político.

15. Relevante que sejam dotadas as agências de quadro técnico capacitado, submetido em relação à atividade ordenadora, de polícia, a regime jurídico que assegure aos servidores estabilidade frente ao poder político e ao poder econômico.

16. Imprescindível, também, a edição de lei geral, definidora do perfil dos contratos de gestão, disciplinadora da previsão do Art.37, parágrafo 8º, da Constituição brasileira, evitando abusos e má aplicação de recursos públicos. Urge que haja rigorosa definição dessa " flexibilização" quanto à gestão de verbas públicas, para que a idéia de administração gerencial, de resultados não seja desvirtuada em proveito de interesses menores, não coincidentes, ou colidentes com o interesse público.

BIB LIOGRAFIA

ALDER, John. *Constitutional and Administrative Law*. London: Macmillan, 1989

ALESSI, Renato . *Instituciones de Derecho Administrativo*, tomos I e II. Barcelona; Bosch,1970

AMARAL, Diogo Freitas . *Curso de Direito Administrativo*. Coimbra : Almedina {1° Vol.], 1986 ; Lisboa, AAFDL [vols II, III, IV]

AZEVEDO, Eurico de Andrade. *As Agências Reguladoras*, in _____ Revista de Direito Administrativo, n° 213. Rio de Janeiro : FGV, jul/set-1998

AUTIN , Jean-Louis. *Du Juge Administratif aux autorités administratives independentes : un autre mode de régulation*, in _____ Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a L,Etranger. Paris, 1988

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e Regime jurídico das autarquias*. São Paulo ; RT, 1968

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, 2ª ed. . São Paulo : RT, 1987

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999

BANI, Elisabetta. *Stato Regulatore e autoritá independenti*, in _____ Diritto Pubblico dell' Economia. Milano ; CEDAM, 1994

BONDY, william. *The Separation of Powers* , in _____ History in the Theory and the constitutions. New York : Collumbia College

BRAIBANT, Guy . *Le Droit Administratif français*. Paris : PFNSP& Dalloz, 1988

BREWER CARIAS, Allan R. *Les princípes de la procédure administrative non contencieuse*. Paris : Economica, 1992

BULGARELLI, Waldirio. *Concentração de empresas e direito antitruste*. São Paulo: Atlas, 1996

CABRAL, P G T . *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro : Laemmert, 1859.

CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*, 10ª ed., 6ª reimpressão. Coimbra: Almedina, vol I, 1997

CAETANO, Marcello. *Fundações*. Ática., 1962

CAMPOS, German Bidart J. *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino*. Tomo VI [Lareforma constitucional de 1994], Buenos Aires : EDIAR, 1994

CANOTILHO, J J Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra : Almedina, 1998

CANOTILHO, J J Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. Coimbra : Coimbra ed.,1993.

CASSESSE, Sabino. *Las Bases del Derecho Administrativo*. Madrid : Instituto Nacional de Administracion Publica, 1994

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, vol II, 5ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995

CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención Administrativa*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 1994

CASSESSE, Sabino. *Las bases del Derecho Administrativo*. Madrid :ENAP, 1994

CAVALCANTI, Francisco. *O novo regime previdenciário dos Servidores públicos*. Recife: Nossa Livraria, 1999

CAVALCANTI, Francisco.*Reflexões sobre o papel do estado frente à atividade econômica,* in_____Cadernos de D, 3. Recife: APPE, jun/97ireito

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria dos Atos Administrativos*. São Paulo: RT, 1973

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos,1943

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Instituições de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro; Freitas Bastos , 1936

CAUPERS, João . *Direito Administrativo. Guia de Estudo.* Lisboa: Aequitas/Editorial de Noticias,1995.

CELLI JUNIOR, Umberto. *Contratos de Gestão e o processo de abertura de capital das empresas de telecomunicações,* in_____ Revista de Direito Administrativo, nº 206. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, 1996.

CHIRILLO, Eduardo J. Rodríguez. *Privatización de la empresa pública y post privatizacion.* Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito Antitruste brasileiro. Comentários à Lei nº 8.884/94.*São Paulo: Saraiva, 1995

CORMENIN, M de. *Droit Administratif.* Paris : Thorel/ Pagnerre, tome I, 1840

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos.* Coimbra: almedina, 1987

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Noções de Direito Administrativo.* Lisboa: Danúbio,1981

CRETELLA JUNIOR, José. *Fundações de Direito Público.* São Paulo: Forense, 1976

CRETELLA JUNIOR, José . *Manual de direito Administrativo,* 4ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1989

CRISAFULLI, Vezio, PALADIN, Livio. *Commentario Breve alla Costituzione.* Padova : Cedam, 1990

CHIRILLO, Eduardo J. Rodríguez. *Privatizacion de la empresa Pública y Post Privatizacion.* Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1995

D' ANDRÉA FERREIRA, Sérgio. *Da posição na Administração Indireta da Fundação Instituída pelo Estado,* in_____ Revista de Direito Administrativo, nº 121. Rio de Janeiro: FGV,1979

DANTAS, Ivo. *Aspectos Jurídicos das Medidas provisórias.* Recife : Nossa Livraria/ Ciência Jurídica, 1ª ed., 1991

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo,* 10ª Ed. São Paulo: Atlas,1998

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1991.

DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação: para concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório.* Coimbra : Almedina, 1996.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Ramón. *Curso de Derecho Administrativo.* Vol I, Madrid: Civitas, 1993.

EPSTEIN, David; e, NICKELS, Steve H . *Consumer Law.* St. Paul Minn: West Publishing, 1981.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da . *Lei de proteção da concorrência. Comentários á Lei antitruste.* Rio de Janeiro : Forense, 1995

FORSTHOFF, Ernst. *Traité de Droit Administratif Allemand* [Trad. Michel Frommont]. Bruxelas : Émile Bruylant, 1969

FRANCO SOBRINHO, Manoel Oliveira. *Fundações e Empresas Públicas* . São Paulo : RT, 1972

GARCIA, Jorge Sarmiento. *Concesion de Servicios Publicos* . Buenos Aires : Ed. Ciudad Argentina, 1996

GARCÍA-PELAYO, Manuel.*Las transformaciones del Estado contemporáneo.* Madrid: Alianza, 1995

GASPARINI, DIÓGENES. *Direito Administra\tivo.* São Paulo: Saraiva, 1992

GELLHORN, Ernst; e LEVIN. *Administrative Law and Process.* St.Paul Minn: West. Publishing, 1971

GENTOT, Michel. *Les autorités Administratives indépendentes.* Paris : Montchrestien, 1994

GIROLA, Guido. *Teoria del Decentramento Amministrativo.* Torino ; Fratelli Bocca, 1929.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo.* Parte General. Tomo I, 3ª ed. Buenos Aires/ Bogotá/ Caracas/ México-DF : Macchi, 1995

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Serviços Comerciais. Industriais e Internacionais do Estado.* São Paulo: RT, 1985

HTTP:// WWW. MARE.GOV.BR/ reforma/AE/Index/ h.t.m.

IRELLI, Vincenzo Cerulli. *Corso di Diritto Amministrativo.* Torino : Giappechelli, 1993.

JENKINS, Kate. *A reforma do Serviço Público no Reino Unido*, in _____Reforma do estado e Administração Pública Gerencial [organizadores Luiz Carlos Bresser Pereira e Peter Spink], 1ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 1998

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1997
KOGAN/ HOUAISS. *Enciclopédia e dicionário Ilustrado*. Rio de Janeiro : Delta, 1996.

LAUBADÈRE, André ; VENEZIA, Jean Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de Droit Administratif*, tomos I e III. Paris: LGDJ, 1988

LEHMANN, Henrich. *Tratado de Derecho Civil*, vol 1 [Parte General] , Madrid : Ed. Revista de derecho Privado, 1956

LINOTTE, Didier; MESTRE, Achille; ROMI, Raphael. *Services Publics et Droit Public Economique*. 2éme ed., tome 1, Paris : Litec, 1992

LONGOBARDI, Nino. *Autorités Administratives Indépendentes et Position Institutionnelle de l' Administration Publique*, in_____RFD adm 11(2) mars-avr 1995

MARTINEZ, Patrícia Raquel . *Sistema de Control de Los servicios publicos " provatizados" en la Argentina*, in_____Los Servicios Públicos. Regimen Jurídico Actual. Buenos Aires : Depalma, 1994

MATEO, Ramon. Matin. *Manual de Derecho Administrativo*. 14ª ed. Madrid : Trivium, 1991

MAURER, Hartmut. *Manuel de Droit Administratif Allemand* [traduit par Michel Fromont]. Paris : LGDJ, 1992.

MAYER, Luis Rafael. *A natureza Jurídica dos Territórios Federais*, in _____ Revista de Direito Administrativo nº125. Rio de Janeiro.

MAYER, Otto. *Le Droit Administratif Allemand* [Ed. Française p/ l' auteur] , I, Paris : V.Giard & Briére, 1906

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: RT, 1998

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 17ª ed. São Paulo :RT,1990

MONTAGNER, Luiz coscuella. *Manual de Derecho Administrativo*, 5ª ed. Madrid : Civitas , 1994

MONTESQUIEU. *De l' espirit des lois* [avec des notes de Voltaire, Crevier, de Maliby, , de La Hárpe, etc.] Nouvelle Edition. Paris: Garnier Freres, 1871.

PARADA, Ramón. *Regimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo comum*. Madrid: Marcial Pons, 1993

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter [organizadores]. *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*, 1ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 1998

PONDÉ, Lafayette. *Considerações sobre o sistema universitário*, in _____ Revista de Direito Administrativo, nº 146. Rio de Janeiro :FGV, 1981.

RIBAS, Conselheiro. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: FL Pinto & Livreiros- Editores, 1866

RICCI, Jean-Claude. *L' Administration Publique française*. In_____ L' Administration Publique en Europe. Paris: Ed. Du CNRS, 1988

Revista de Direito Administrativo nº201 [*AC.TCU proc. Nº 10.659/94*], Rio de Janeiro: FGV, 1995

Revista do Tribunal Federal de Recursos nº 152, Brasília-DF

Revista Trimestral de Jurisprudência do STF nºs 113 ** e 162 *

ROCHA,Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SABOURIN, Paul. *Les autorités administratives Indépendentes . une categorie nouvelle, in* _____ L' Actualité Juridique droit administratif, AJDA, 1983

SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; LEITÃO, Maria Manoel. *Direito Económico*. Coimbra: Almedina, 1995

SANTOS, J.M. de Carvalho. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947

SCHWARTZ, Bernard. *Administrative Law*. Boston and Toronto: Little, Brown and company, 1977

SEMINAIRE DE PROMOTION " RENE CHAR". *Les Agences , necessité functionnelle ou noveaux démembrements de l' Etat ?* . Paris: ENA, 1994

SERENS, Nogueira; MAIA, Pedro. *Legislação Comunitária e Nacional de defesa da concorrência*. Coimbra: almedina, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito Constitucional positivo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998

STEFANELLI, Maria Alessandra. *La tutela delle utente di pubblici servizi*. Milano ; Cedam, 1994

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo ordenador.* São Paulo: Malheiros, 1997
SUNSTEIN, Cass R . *After the rigths revolution. Reconceiving the Regulatory State.* Cambridge, Massachusetts, London: Harvard Press, 1990

TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo Participativo,* in_____ Revista de direito Administrativo, nº 209. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, jul/set-1997.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico. O Direito público Econômico no Brasil.* Rio de Janeiro : Renovar [ed. Fac-similar de 1968].

WADE, William: FORSYTH, Christopher. *Administrative Law.* Oxford: Clarendon, 1994.

WALD, Arnold; MORAES, Luíza Rangel de ; WALD, Alexandre. *O direito de parceria e a Nova Lei de Concessões.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996

WARREN, Kenneth F. *Administrative Law in the political system.* 3rd. Ed. New Jersey: Prentice Hall, 1997

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di diritto costituzionale* , I, Sistema delle fonti del Diritto. Trino: UTET, 1993.

ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo,* 1º vol., 5ª ed. Milano: Dott A Giuffré, 1974