



reguladoras, restou para a configuração destas a denominação de autarquias especiais, visualizada como autarquias *sui generis*, em virtude, de seu amplo leque autonômico.

Neste condão, se percebe que a atividade de regulação, a qual abrange tanto a fiscalização, quanto a normatização, passou a ser realizada por estes entes. Ocorre que, no que tange ao uso do Poder Normativo, não obstante ser condizente com as atividades administrativas, vem causando exorbitâncias e abusos pelos gestores e diretores das entidades.

Em razão dos argumentos supra elencados, vem o presente trabalho realizar uma análise das condutas ilegais praticadas pelas agências em geral.

Esta percepção nos leva a crer que em razão dos interesses políticos os gestores das agências têm proporcionado decisões incompatíveis com o interesse público, e com os princípios constitucionais inculpidos nas cláusulas pétreas, provocando uma grave violação legal e axiológica, motivo de preocupação e natural insurgência por parte da sociedade civil, que preza pelo respeito da *Grundnorm* aventada por Kelsen.

Fará uma análise dos problemas políticos atrelados à Teoria das Agências Reguladoras, com aspectos doutrinários e jurisprudenciais. Isto será efetivado através do método de abordagem dedutivista, dos métodos procedimental funcionalista em uma linha de pesquisa teórica e metodológica.

## DESENVOLVIMENTO

As agências reguladoras foram criadas para fiscalizar e regular setores que sofreram o processo de privatização e que passaram a ter seus serviços prestados mediante concessão às empresas privadas licitadas para oferecerem o serviço público, bem como para regular o exercício das atividades econômicas.

Ocorre que não raras vezes, as empresas escolhidas para prestarem os tais serviços terminam não fornecendo uma prestação de qualidade à população, que por sua vez utiliza as vias administrativas e judiciais para efetivar reclamações frente ao ente regulador, que não observa e nem pune de forma veemente estes prestadores de serviço.

Mas, os entes reguladores, muitas vezes não tem interesse em punir os transgressores às leis concorrenciais e consumeristas, notadamente por conta de interesses pessoais de caráter político, ou seja, a própria agência se beneficia das empresas prestadoras do mau serviço.

Neste íterim, as empresas criam laços de dominação sobre os fiscais, impedindo que estes efetivem seu verdadeiro papel, e com isso prejudicam a eficiência da regulação, que funciona por amostragem, e que impede a concretização do Princípio da Legalidade na administração pública.

Não obstante, as agências reguladoras por serem caracterizadas como autarquias especiais, possuem prerrogativas no que tange ao modo de indicação de seus dirigentes e a sua forma de permanência, assegurada com certa independência, teoricamente, em relação ao Poder Executivo, e assim aos Ministérios em que haja vinculação.

Dessa forma, conforme o art. 52, f, III da Constituição Federal de 88 c/c art. 5º da Lei 9.986/00 (18/07/00), que trata dos recursos humanos das agências reguladoras, os conselheiros são indicados pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado, eles devem possuir conhecimento técnico sobre a matéria regulamentada pela agência, possuindo mandatos fixos e não são demissíveis *ad nutum*, isto é, seus cargos não são de livre exoneração, eis que só os perdem em caso de renúncia, condenação transitada em julgado ou quando respondem a processo administrativo disciplinar na dicção do art. 9º da referida lei.

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

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

Este caráter deveria servir como uma maneira de o dirigente melhor executar suas funções, sem haver interferências políticas no exercício da regulação.

Porém, surge outro argumento em relação à indicação dos dirigentes conforme este fenômeno, que elenca a ausência de representatividade popular, ausência de democraticidade, em virtude da não eleição pelo povo dos ocupantes dos cargos de direção das agências.<sup>5</sup>

Contudo, se a lei assegura que eles assim devem ser indicados, e se quem elabora as leis tem poder conferido mediante eleições diretas em razão dos representantes do povo, exercentes dos cargos parlamentares, conclui-se a parcela democrática na efetivação de seus mandatos.

Critica-se a brevidade destes mandatos nas agências, inclusive o PL nº 3.337 (08/07/04), recém retirado de tramitação no Congresso, depois de anos paralisado, a respeito das agências reguladoras, elenca como uma das modificações a ampliação deste prazo, para que não haja rompimento ou até a contradição às políticas públicas tracejadas, para que a linha lógica da produção normativa não seja quebrada, gerando a “perda da memória regulatória”, elencada por Marçal, entendida como conhecimento acerca dos motivos e finalidades na adoção de determinadas políticas<sup>6</sup>.

(...) A temporariedade dos mandatos conduz à ruptura dos projetos políticos, o que é extremamente grave relativamente às políticas regulatórias. O resultado é a superposição de disciplinas regulatórias, com a edição de regras repetitivas ou contraditórias. Ao longo de algumas décadas o resultado é um acervo normativo regulatório complexo e incompreensível.<sup>7</sup>

Percebe-se que as decisões das agências se enquadram em dois pilares básicos, a tecnicidade para não contradizer a perícia em juízo, e também a aceitação popular, para que não haja perda eleitoral, albergando as aspirações populares. Contudo, isto tem gerado muitas vezes decisões inadequadas, conforme se depreende dos acordões a seguir vergastados.

Utiliza-se a tecnicidade da agência como um instrumento legítimo para acobertar o atendimento de caprichos políticos, revestindo-os com critérios aparentemente apropriados, consubstanciados na falsa discricionariedade administrativa.

A hipótese mais evidente consiste na utilização da agência em benefício dos interesses do Executivo. Decisões que poderiam ser objeto de controle e impugnação, se adotadas através do Executivo, são formalmente praticadas por uma agência. O efeito prático consiste na atenuação das críticas, na ampliação da autonomia governativa e na redução do sistema de controles sobre o governo. Mascara-se a decisão puramente política mediante sua implementação por meio de uma agência, a qual invoca critérios técnicos para produzir aquilo que é pura e simplesmente determinação oriunda de instâncias políticas superiores.<sup>8</sup>

Vislumbrando a minoração das intervenções entre regulador e regulado, os dirigentes são impedidos de exercerem cargos nas empresas reguladas ao término de seu mandato por um período denominado quarentena, a fim de impedir que durante o lapso de quatro meses, haja incursões nas decisões da empresa, impedindo benefícios políticos em razão da prévia vinculação ao órgão regulador, e que portanto, deve ser preservada a distância por este período entre o ex diretor regulador e a empresa regulada, sob pena de cominação no crime de advocacia administrativa, conforme art. 8º, §4º da Lei 9.986/00.

Acontece que, os dirigentes para sofrerem a indicação do governo federal arcam com o ônus de efetivar uma política com base nos interesses políticos partidários que estão no comando do governo no momento de sua indicação.

Isto tem atrapalhado de forma abrupta o exercício da regulação, uma vez que a ideia da criação dos entes reguladores foi a possibilidade do exercício de uma atividade envolta de imparcialidade quando toma decisões em virtude da fiscalização sobre as empresas prestadoras de serviços à população.

Mas o que se percebe é que o ente regulador termina sendo capturado pela empresa, que em troca de uma falsa fiscalização disponibiliza fundos aos partidos políticos, que em contrapartida também elaboram regulamentos capturados, parciais e atrelados aos interesses da empresa e não da sociedade demandante de melhorias dos serviços públicos.

---

<sup>5</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**, São Paulo: Dialética, 2002, p. 356

<sup>6</sup> JUSTTEN FILHO, Marçal, op, cit, p. 358

<sup>7</sup> Ibidem, p. 359

<sup>8</sup> JUSTTEN FILHO, Marçal, op, cit, p. 373

(...) a competência para produção de regulação propicia a formação de grandes núcleos de poder político. A função regulatória reservada a determinados cargos torna-os especialmente relevantes no quadro da partilha de poder político-partidário. Como decorrência, incrementa-se a disputa pela titularidade dos aludidos cargos e funções. O acesso aos cargos públicos correspondentes e a permanência neles deixa de ser dependente de virtudes ou qualidades pessoais do ocupante, para transformar-se em vicissitude política. Aquilo que se poderia identificar como *geopolítica partidária* resulta numa espécie de *feudalização* das estruturas burocráticas. Determinados partidos políticos aderem ao governante mediante a obtenção do controle político sobre os órgãos encarregados da regulação. Os correligionários são indicados para ocupação de certas áreas (regulatórias, inclusive), independentemente de maior ou menor qualificação pessoal. Daí deriva a consagração de uma filosofia regulatória trágica, consistente na sua instrumentalização para projetos políticos individuais ou partidários. A regulação se configura, então, eivada de subjetivismo, parcialidade e de contradição com a técnica.<sup>9</sup>

Este argumento será bem demonstrado a seguir, a respeito da captura econômica, por meio do acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região proferido em meio a Apelação Cível nº 342.739, fazendo alusão ao decisum do STF acerca da matéria, em outra análise jurisprudencial.

Percebe-se a clara ausência de autonomia dos entes reguladores, em meio às interferências políticas existentes sobre a atividade de regulação e os interesses do mercado que desvirtuam o motivo por meio do qual eles foram criados, levando a sua ineficiência, proporcionando o abarrotamento do judiciário por inúmeras demandas dos reclamantes em relação aos maus prestadores de serviços à coletividade, e impedindo que haja celeridade na decisão, em meio à desproporcionalidade entre o número de julgadores e o número de litígios intentados paralelamente.

É cristalino abstrair destes argumentos que os regulamentos elaborados pelas próprias agências, pelos que preenchem os “cabides eleitorais”, são tendenciosos e variam conforme a conveniência.

Mas é nítido entender que a solução do problema referente às interferências políticas nas agências reguladoras brasileiras, não está na sua dissolução dentro do sistema administrativo, a sua extinção não resolverá a questão no seu cerne, não alterará o cenário de corrupção, mas transportará a prática a quem quer que se encarregue das fiscalizações sobre as concessionárias.

De outra banda, o poder público não pode albergar para si todas as atividades econômicas e prestações de serviço público, porque não possui recursos suficientes para tanto, nem corpo técnico especializado para tal mister.

O enxugamento do estado no plano Bresser fez necessária a aparição de fiscalizações nos setores privatizados, mas enquanto a postura política e econômica brasileira não se mostrar apta a atender as melhorias da população, o problema se dissipará por muitas gerações, corroborando cada vez mais com uma ineficiente regulação setorial capturada politicamente.

Nos atrelamos a copiar o modelo de agências autônomas do sistema norte americano, com amplos poderes de regulação, por vezes acusados de usurpação de poderes legislativos e executivos do Presidente da República, sem dar conta de que nossa estrutura administrativa ainda se impregna dos inócuos laços históricos coloniais.

Leila Cuéllar acentua os caracteres que especificam a especialidade no regime autárquico: a independência administrativa, a autonomia financeira, a ausência de subordinação hierárquica e a previsão de estabilidade e mandato fixo de seus dirigentes. Salientando que as três primeiras se enquadram em todas as autarquias, e apenas a última a difere das demais.<sup>10</sup>

Depreende-se do trecho que não se concretiza a independência administrativa, eis que a relação de mera vinculação entre agência e ministérios esconde a verdadeira relação de subordinação; no que pertine à autonomia financeira, esta se liga basicamente às taxas cobradas pela fiscalização dos serviços, pois apesar de haver previsão de recebimento de recursos do Tesouro Nacional, a recepção é muito aquém das reais necessidades; com relação à ausência de subordinação hierárquica esta é maquiada porque as decisões das agências apesar de não passarem pelo crivo do poder executivo oficialmente, são lançadas conforme a vontade político partidária dos ocupantes dos cargos políticos do executivo; e a última característica sobre a

<sup>9</sup> JUSTTEN FILHO, Marçal, op, cit, p. 359

<sup>10</sup> CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 141

estabilidade e fixidez do mandato retoma exceções que podem ser usadas contra o próprio dirigente regulador quando não houver mais interesse em sua permanência no cargo.

A falta de conhecimento técnico da matéria destes dirigentes, leva a decisões absurdas e inconstitucionais, como pode ser observado no julgamento da apelação e remessa oficial nº 1520/CE (2003.81.00.013364-1), proferido pelo TRF da 5ª Região, através do Desembargador Francisco Cavalcanti, a respeito da legalidade da tarifa devidamente corrigida nos contratos da CHESF-Coelce (Companhia Hidro Elétrica do São Francisco e Companhia Energética do Ceará) e da ANEEL-Coelce pelo índice IGP-M (Índice Geral de Preços do Mercado), reputado ilegal pela ANEEL, a qual declarou a nulidade das cláusulas contratuais que preveem o reajustamento por este índice, talvez no intuito de albergar votos ante uma decisão tendenciosa, ou até mesmo ausência de conhecimento legal.

Neste sentido discorre a ementa exarada pelo Tribunal:<sup>11</sup>

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E REVISÃO TARIFÁRIA. CONTROLE DE ÍNDICES PELO PODER JUDICIÁRIO. 1. Tem legitimidade o Ministério Público para propor ação civil pública referente a contrato de concessão de energia elétrica. O direito discutido envolve interesses sociais relevantes. Precedentes. 2. A utilização do índice IGP-M – média de três índices: atacado (60%), consumo (30%) e construção civil (10%) – não é ilegal. As distorções nas tarifas elétricas são causadas por outros fatores, tais como assimetria informacional, ineficiência dos controles da ANEEL, dentre outros, aspectos esses não discutidos na presente lide. 3. Impossibilidade de o Judiciário, ex officio, ampliar o objeto da lide. 4. Pedido limitado. Improcedência. Apelações e remessa necessária providas.

E dos fundamentos do relator são lançados:

A metodologia utilizada pela ANEEL é prejudicada pelas características do regulador setorial, fragilizado pelo fenômeno da **captura**, e pelos seguintes aspectos: precariedade no sistema de aferição dos ganhos de produtividade nas três áreas de concessão do setor elétrico (distribuição, transmissão e geração); assimetria informacional que tem caracterizado as planilhas de custos das concessionárias; utilização de paradigmas empresariais sem abatimento das vantagens econômico-financeiras das concessionárias brasileiras; nítida preocupação do regulador em amparar o regulado, em desequilíbrio com a posição fragilizada do usuário; falta de procedimentalização adequada como instrumento de legitimação da atuação do regulador, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos;

O grande vilão da revisão tarifária não é o IGP-M (ou qualquer índice de preço), mas a majoração dos custos não gerenciáveis. Como regra, não há revisão tarifária que não seja muito acima do IGP-M, ou do INPC, ou do IPCA, pois o problema se encontra nos custos não gerenciáveis (parcela A);

O IGP-M é um índice médio e é a única coisa que não se pode discutir na revisão tarifária, pois presente nos contratos de concessão.

Da leitura supra, percebe-se que a agência não detém ou não demonstra ao menos possuir o conhecimento técnico da matéria, eis que se aventurou em atacar um índice previsto no contrato de concessão, e que por esta razão se reveste de inteira legalidade, não havendo razão para tal *decisum*.

Vê-se ainda que o principal ponto do problema é justamente dos custos não gerenciáveis, que representam 75% da tarifa<sup>12</sup>, e que terminam sendo contabilizados na conta do consumidor, culminando em reclamações contra o governo estabelecido e insatisfação política.

É por esta falta de conhecimento geral que o governo vem efetivando queda de impostos em alguns setores da economia, atendendo ao que chama a atenção da população, não sabendo esta última que tudo é compensado posteriormente em outro bem de consumo supertarifado e que o governo efetiva tão somente a substituição da cobrança do valor de um bem por outro.

<sup>11</sup> Disponível em: [www.trf5.jus.br/archive/2009/05/200381000133641\\_20090505.pdf](http://www.trf5.jus.br/archive/2009/05/200381000133641_20090505.pdf). Acesso em 25/01/2014

<sup>12</sup> CAMPOS, Giovanni Christian Nunes. Regulação do setor de energia elétrica no Brasil – Estrutura, agente regulador, distorções tarifárias e controle judicial. **Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório**, São Paulo: MP, vol. 1, 2010, p. 55

O feito judicial bem demonstra a realização de um efetivo controle judicial dos atos administrativos no âmbito das agências reguladoras, quando evitados de ilegalidade, ao afrontar o princípio da legalidade que lhe dá sentido e que por esta razão deve ser respeitado em todas as decisões autárquicas.

Demonstra ainda a carência de conhecimento técnico dos dirigentes, que ocupam seus cargos sem o compromisso devido e a triste realidade das agências reguladoras que não tem desempenhado seu papel com veemência, mas sim através de maquiagens políticas para satisfazer aos pleitos de seus indicadores que clamam por uma possível reeleição e permanência na dominação do poder.

É certo que a população de um lado tem sua parcela de culpa, eis que as reuniões efetivadas pelo colegiado das agências são transmitidas inclusive via internet, para facilitar o controle social, mas, entretanto, o dito controle não se realiza em virtude de diversos aspectos, a educação que não é conferida à população sobre seus direitos civis e políticos, a cultura trabalhista que não compreende a ausência laboral para acompanhamento de questões sociais, e a economia que apenas vislumbra o cidadão como um cumpridor de metas inalcançáveis para garantir sua vaga no mercado de trabalho ou então ele será penalizado de alguma forma.

Vemos que nos Estados Unidos há nítida participação popular, eis que nada se passa sem o Parlamento discutir rigorosamente. No Brasil diferentemente, o processo representativo muito mal funciona. Ainda “seguimos Portugal”, não intervimos, não há real poder de contradição ao império.

As decisões administrativas tem sido fortemente influenciadas pela conveniência subjetiva do exercente do cargo público, inclusive se prestando a operações eticamente reprováveis destinadas a conquistar e a manter o clientelismo político.<sup>13</sup>

Não obstante, todas estas inconsistências, é bom saber que há julgados no sentido de colmatar os erros de um mal gerenciamento público, e que dão sentido a credibilidade de um dia quiçá vermos a efetivação absoluta de um Estado Democrático de Direito.

Esse amplo leque de atribuição na formulação de atos favoráveis aos interesses políticos, capturando a regulação se dá muitas vezes em virtude da ampla margem de discricionariedade que a administração pública dispõe, em meio a legislações extremamente abertas, sem um mínimo de densidade que “amarre” essa conduta de maneira legítima.

É por essa razão que o professor Francisco Cavalcanti, elenca como uma das maneiras de resolução ao problema das capturas regulatórias que proporciona uma afronta ao Princípio da Legalidade, a instituição da lei standard, suficiente para guiar a ação executiva. Cita, como exemplo de excessiva outorga de competência, denominando-a de delegação mascarada, o art. 19 da Lei nº 9.472/97 da ANATEL, bem como o art 7º da Lei nº 9782/99 da ANVISA. Neste sentido elenca o posicionamento jurisprudencial do STF, por meio da ADIN 1688/04, na qual o STF se pronunciou em relação ao supra citado art. 19 da ANATEL, fixando interpretação conforme a Constituição.<sup>14</sup>

O Supremo Tribunal Federal – STF em diversas ocasiões já fixou a legitimidade da atribuição de poder normativo através de standards e finalidades genéricas estabelecidas pela lei. Em recente decisão liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 1688-DF, rel. Min. Marco Aurélio), o STF considerou constitucional a habilitação normativa efetuada pelos incisos IV e X do art 19 Lei Geral de Telecomunicações – LGT em favor da Anatel desde que esta se subordine aos preceitos legais e regulamentares pertinentes.<sup>15</sup>

Não obstante, é lastimável reconhecer a morosidade referente ao Legislativo brasileiro, corroborando com captura por grupos de pressão política e econômica, submetendo-os aos interesses políticos do executivo na medida em que propõe benefícios das mais variadas espécies.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit, p. 592

<sup>14</sup> CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **A reserva de densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade.** In: BRANDÃO, Cláudio. CAVALCANTI, Francisco e ADEODATO, João Maurício (Coordenadores). Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro:Forense, 2009, p. 233

<sup>15</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Legalidade e regulamentos administrativos no direito contemporâneo. Uma análise doutrinária e jurisprudencial. **Revista de direito constitucional e internacional**, n. 41, ano 10, out-dez, 2002, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 301-302

<sup>16</sup> Idem

Vital Moreira, em *Estudos de Regulação Pública*, salienta a regulação efetivada pelo Estado como uma “actuação movida por um interesse econômico global, no sentido de que a sua finalidade imediata não é a produção de bens no interesse de cada um dos cidadãos, mas antes a pretensão de influir no mercado(...)”. A própria ideia de regulação estaria atrelada a um objetivo decorrente do modelo instituído.<sup>17</sup>

Nóbrega acentua que estes comportamentos tem gerado um problema crucial na regulação, a decorrente do aumento nos custos de transação em virtude de aspectos políticos e institucionais, gerando uma baixa ineficiência regulatória e repercutindo num déficit público regulatório preocupante.<sup>18</sup>

Diante das condutas abusivas das agências reguladoras e especificamente dos casos analisados, o que resta para reprimir esses atos intoleráveis é o sistema de controle por meio dos Poderes, com o método do *checks and balances*, aventado por Montesquieu.

O primeiro método de controle é o externo, que incidindo sobre ações do Executivo, será realizado pelo Legislativo e pelo Judiciário. Enquanto o Legislativo pode exercer o controle de contas juntamente com o TCU, conforme o art. 31, §1º e art. 71 da CF de 1988, pode ainda realizar as CPIs (Comissões Parlamentares de Inquérito) sobre os atos políticos abusivos, de acordo com o art. 58 §3º da CF de 1988.

Já o Judiciário efetuará controle em relação unicamente à legalidade dos atos normativos das agências reguladoras, mediante a aplicação do art. 5º, XXXV da CF de 1988, sob o manto do princípio da universalidade de jurisdição. Podendo o processo ter sido deflagrado pelo Ministério Público, órgão independente, permanente e essencial à função jurisdicional em prol da defesa dos direitos e interesses da coletividade, da moralidade administrativa, do patrimônio público e cultural, do meio ambiente e de todos os outros interesses difusos e coletivos, reconhecidamente por meio do art. 127 e do art. 129, III da CF de 1988.

O que percebemos nas pesquisas efetivadas no trabalho é que o Judiciário tem desempenhado este controle de forma eficaz, conforme os acórdãos prolatados pelos tribunais, o que demonstra a autonomia do Direito, como instrumento de realização da justiça.

Afora este, a própria sociedade, através dos cidadãos, pode deflagrar o processo no Judiciário, por meio da ação popular, baseada na Lei 4717, de 29 de junho de 1965 ou fazer uso da ação civil pública, através de qualquer pessoa, com base no art. 5º, LXXIII da CF de 1988 e na Lei 7347, de 25 de julho de 1985.

Nota-se que o controle social não é muito efetivado, em virtude da passividade da sociedade, deixando que o Ministério Público abarque todas as condutas errôneas por membros da Administração Pública.

Em relação ao controle interno, este será exercido pela própria Administração, por isso é chamado de controle interno ou administrativo, que com base na Súmula 473 do STF, o próprio órgão ou entidade anulará ou revogará seus atos quando eivados de ilegalidade ou inconveniência e inoportunidade respectivamente, configurando neste último caso o controle de mérito.

Ocorre que, o mérito administrativo encontra fundamento na subjetividade do administrador, que irá analisar o caso e decidir conforme os requisitos íntimos para a aplicação da conduta.

Sendo este comportamento demasiadamente incerto, se encontra no âmbito da discricionariedade do administrador, que em sendo utilizada com fuga ao interesse público acarretará um juízo arbitrário e abusivo.

Porém, muitos conceitos abertos tem que ser preenchidos pelo administrador público, utilizando da tal subjetividade, da discricionariedade, da conveniência e da oportunidade, para então determiná-los, por isso esses institutos devem ser utilizados sempre de maneira arrazoada, com base nos princípios da justiça e da igualdade.

O controle interno, também não tem sido realizado como instrumento neutral, para a efetivação da justiça administrativa. Mas funciona mediante a conveniência dos próprios administradores em anular ou revogar seus próprios atos. Em âmbito interno, o que se percebe são lutas políticas entre partidos com o intuito de dominar o poderio estatal.

Assim, resta-nos crer que diante da postura inaceitável das agências reguladoras, deve o controle judicial sobre esses entes, senão de maneira preventiva, de maneira repressiva, conter os atos abusivos e zelar pela moralidade administrativa.

Vemos por fim, que a única maneira de combater estas práticas ilegais e abruptas efetivadas em conluio por entidades públicas e privadas, é a efetivação de um genuíno controle social e judicial sobre a conduta dos agentes, punindo largamente este abuso, e implementando uma nova política baseada na transparência e na responsabilização ou *accountability*, eis que a fiscalização não elimina a autonomia, mas baliza os limites do poder público em prol do bem comum.

<sup>17</sup> MOREIRA, Vital. **Estudos de Regulação Pública**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 179

<sup>18</sup> NÓBREGA, Marcos. **Análise econômica do direito administrativo**. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 414

Por meio do controle externo devem ser verificados os dispêndios, licitações e contratações, a implementação de ações civis públicas e populares pelo MP em havendo necessidade de averiguação, instauração de inquérito civil público e por fim a realização do princípio da universalidade de jurisdição, em meio à possibilidade de ampla investigação sobre as atividades das agências pelo judiciário.<sup>19</sup>

O sistema de freios e contrapesos juntamente com sociedade deve acompanhar a regularidade da gestão e o cumprimento dos fins, pois a atuação das agências será tão satisfatória quanto forem os instrumentos de participação social e de efetivação da democracia.

Por tudo isto, a análise elenca o pensamento de Amaral:

O futuro das agências reguladoras no Brasil dependerá do papel que venha a ser atribuído ao Estado regulador. Este somente será forte quando se tornar efetivamente um Estado nacional, expressão de uma nação consciente, dotada da auto-estima necessária para participar do processo de globalização como sujeito, e não, como tem ocorrido atualmente, como mero objeto.<sup>20</sup>

Assim, nada mais democrático do que a participação nas consultas e audiências públicas, quando elaboram regulamentos e tomam decisões referentes a regulação social, é mister haver a reivindicação dos direitos albergados por nossa Carta Maior, para que seja efetivamente atingida a eficiência almejada através desta inovação constitucional que tem o objetivo central de atender ao interesse público no âmbito administrativo.

## CONCLUSÃO

As agências reguladoras gozam de prerrogativas e garantias especiais em relação aos demais regimes autárquicos. Tem seus membros nomeados por indicação do Presidente da República, após aprovação do Senado, submissão ao controle de meios, vedação de exoneração de seus membros *ad nutum*, apenas perdendo o mandato em casos de condenação penal transitada em julgado; em condenação em processo administrativo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, acumulação ilegal de cargos ou descumprimento injustificado de objetivos.

Detém ainda Personalidade Jurídica, distinta da estrutura da Administração Direta, distinguindo-se das agências executivas, as quais atuam também regulando, mas sem a denominação de agências reguladoras, como o CADE vinculado ao Ministério da Justiça, as Universidades sob o âmbito do MEC, o CVM vinculado ao Ministério da Fazenda, o BACEN, e os Conselhos Profissionais. Estes realizam contratos de gestão para ampliar sua autonomia e em contrapartida recebem fiscalização de suas atividades pelo poder público, eis que recebem recursos governamentais para a efetivação de seus misteres.

De acordo com a Lei 9.986, as agências reguladoras se submetem às regras gerais de licitação, mas poderá utilizar as modalidades de consulta e pregão para a aquisição de bens e serviços, conforme seu art. 37, exceto para serviços de engenharia que terão que observar as regras gerais de licitação e contratação pela administração pública.

As agências elaboram seu próprio orçamento, mas este se encontra inserido no orçamento do Ministério, o que gera ingerências políticas. Todavia, devem apresentar à administração central uma previsão global das receitas e despesas.

Poderão arrecadar taxas regulatórias provenientes da fiscalização, desde que estipuladas nos contratos de concessão.

Caso haja a extinção de uma agência, e o dever de regulação recaia sobre o Estado, cabe ao particular que firmou contrato de concessão com a agência extinta a alegação da Teoria da Imprevisão, podendo exigir-lhe alterações contratuais, bem como a rescisão contratual.

Além disso, o quantitativo de empregos públicos e cargos comissionados serão dispostos por lei, podendo a agência alterar o quantitativo e os cargos comissionados, desde que não acarretem aumento de despesa. Podem ainda requisitar servidores e empregados integrantes da administração pública, mais membros para atuarem nas agências reguladoras, de acordo com o art. 14 e 16 da Lei 9986.

As agências reguladoras submetem-se ao controle de legalidade judicial, bem como à coordenação de suas atividades pela Administração Central e pelo Legislativo na garantia do *checks and balances*.

<sup>19</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op. Cit. P. 589

<sup>20</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra. Agências reguladoras de serviços públicos, **Revista Diálogo Jurídico**, vol. 1, n. 3., Salvador: CAJ, 2001, p. 6



A ampla autonomia das agências se relaciona a fixidez dos mandatos dos dirigentes e ao ato de emanção de suas decisões, por não se submeterem ao controle de mérito por parte do Poder Executivo e nem pelo Poder Judiciário, que se restringe ao controle de legalidade.

Não obstante, esta autonomia não pode ser confundida com exorbitância de poder e desrespeito à Lei, nem à Constituição, demonstradas de maneira cristalina no trabalho em comento na atuação das agências.

Além disso, a deficiente fiscalização tem sido preocupação nos tribunais, isto faz pôr em dúvida a questão do papel democrático das agências reguladoras que ao invés de corroborarem com a exigibilidade na prestação de serviço de qualidade para os cidadãos, tem efetivado poucas exigências em relação às necessidades quotidianas da sociedade.

Esta baixa qualidade fiscalizatória, não resolvendo os problemas sociais, tem proporcionado uma infinidade de demandas judiciais.

Acrescidas das interferências políticas e das capturas que destoam os pilares da regulação, corroborando com a elaboração de legislações contraditórias e complexas.

Todas estas atitudes encontram substrato na sua ampla independência em virtude de suas funções “quase legislativas”, “quase executivas” e “quase judiciais”, o que torna cristalino o seu alto poder, inclusive sobre o direcionamento da economia. Mas o que preocupa em maior grau é a falta de transparência no seu processo de regulamentação favorecendo a prática de suas arbitrariedades.

A atuação regulatória requer maior *accountability*, participação social, criação de uma ouvidoria, melhor estruturação de seu quadro de pessoal, pois há cada vez mais multiplicação de regulamentos que não asseguram a qualidade do serviço, multiplicando também os conflitos em virtude deles serem muitas vezes inconstitucionais e atentatórios ao interesse dos cidadãos ou empresários.

Deveria haver uma ouvidoria que encaminhasse os pleitos diretamente à Diretoria, pois não há um controle de metas. Sua fiscalização se baseia eminentemente na análise documental, com um número ínfimo de fiscalização in loco em relação a enorme demanda, e não há integração dela para com os outros entes estaduais, federais e ministeriais.

A preocupante questão do comprometimento dos administradores públicos para com a gestão da coisa alheia, torna o constante controle de resultados fervoroso e crucial à análise dos seus *outcomes*, ou seja, do retorno quanto aos investimentos efetivados em meio agenciário.

A solução não seria transferir sua competência para outros entes públicos, pois o descaso continuará o mesmo, aumentando apenas os custos em relação ao erário através da criação de mais um instituto jurídico, mas tão somente, reestruturar a organização das agências, assegurando um corpo técnico mais amplo, apto a atender a todas as demandas, e haver um controle de resultados, de metas, que possam averiguar sua atividade e proporcionar condições de uma atuação embasada no funcionalismo público e no interesse coletivo.

Faz-se mister a implementação de uma maior responsabilidade, *performance audit*, aos gestores que atuam *contra legem*, quando abusam de seu poder normativo, com maior *accountability*, transparência, aumento da participação social, imprescindível na explanação de opiniões em plebiscitos, referendos, audiências públicas, para que com a junção de todos estes fatores possa reestruturar o papel da regulação, buscar efetivação consciente e moral nas políticas públicas brasileiras, para a realização de um genuíno Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Antônio Carlos Cintra. Agencias reguladoras de serviços públicos, **Revista Diálogo Jurídico**, vol. 1, n. 3., Salvador: CAJ, 2001;
- ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**, Rio de Janeiro: Forense, 2004 ;
- ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. Legalidade e regulamentos administrativos no direito contemporâneo. Uma análise doutrinária e jurisprudencial. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 41, ano 10, out-dez, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;
- ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. Agências reguladoras: hipóteses de cabimento de recurso hierárquico impróprio contra as decisões. **Revista Fórum Administrativo**, Belo Horizonte:Fórum, 2008;
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 19 ed. São Paulo:Malheiros, 2005;
- BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2004;
- BARROSO, Luís Roberto. **Apontamentos sobre as agencias reguladoras**. In: MORAES, Alexandre de. Agencias reguladoras. São Paulo: Atlas, 2002;
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**,12 ed., São Paulo: Malheiros, 2002;

- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000;
- CAETANO, Marcelo. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 6.ed., Coimbra: Almedina; 2010;
- CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**, 10ed, Coimbra, 1973, tomo I;
- CAMPOS, Giovanni Christian Nunes. Regulação do setor de energia elétrica no Brasil – Estrutura, agente regulador, distorções tarifárias e controle judicial. **Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório**, São Paulo: MP, vol. 1, 2010;
- CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;
- CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **A reserva de densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade**. In: BRANDÃO, Cláudio. CAVALCANTI, Francisco e ADEODATO, João Maurício (Coordenadores). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro:Forense, 2009;
- CHATÉLET, François. **História das ideias políticas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1985;
- CLÉVE, Clémerson C. **Atividade legislativa do poder executivo**, 2 ed, São Paulo:RT, 2000;
- COOTER, Robert, ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5 ed, Porto Alegre: Bookman, 2010;
- CORREIA, Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**, Coimbra: Almedina, 1987;
- CORREIA, Sérvulo. **Direito do Contencioso Administrativo**, vol. I, Lisboa: LEX, 2005;
- CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001;
- CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008;
- DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição: do controle da constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional**. 2. ed., rev. e aum. – Rio de Janeiro: Renovar: 2001;
- DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996;
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Regulatório: temas polêmicos**, 2. ed., rev e amp., Belo Horizonte: Fórum, 2004;
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio da eficiência**. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **O poder normativo das agências reguladoras RJ**: Forense, 2011;
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O princípio da legalidade. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, junho, 1997;
- FERREIRA, Sérgio Andrea. Direito da Regulação Econômica: a experiência brasileira – **Revista Brasileira de Direito Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003;
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**, 7.ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2008;
- JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**, São Paulo: Dialética, 2002;
- MARTINEZ, Maria Salvador. **Autoridades Independientes**. Barcelona: Ariel, 2002;
- MOREIRA, Vital. **Estudos de Regulação Pública**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004;
- NÓBREGA, Marcos. **Análise econômica do direito administrativo**. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.
- Disponível em: [www.trf5.jus.br/archive/2009/05/200381000133641\\_20090505.pdf](http://www.trf5.jus.br/archive/2009/05/200381000133641_20090505.pdf). Acesso em 25/01/2014.