

**ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA  
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

**AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O CONTROLE JUDICIAL**  
**OSCIMAR VALPORTO MORENO**

**Rio de Janeiro  
2014**

**OSCIMAR VALPORTO MORENO**

## **AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O CONTROLE JUDICIAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo com Foco no Judiciário – Área Administrativa da pós-graduação da Escola de Administração Judiciária, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

**Rio de Janeiro  
2014**

## RESUMO

Este trabalho consiste na análise do processo decisório realizado pelas agências reguladoras no Brasil, a partir do restabelecimento da democracia e estabilização econômica, verificado na segunda metade da década de 90. O reposicionamento do país no plano internacional como mercado promissor a novos investimentos impôs a necessária adequação da legislação ao modelo de Estado Gerencial, com o propósito de proporcionar segurança jurídica aos investimentos internacionais, retomada do crescimento econômico e, em observância ao princípio da Eficiência da Administração Pública, o acesso de maior número possível de usuários aos serviços públicos. A relevância decisória conferida a entidades detentoras de autonomia e independência em relação ao Poder Executivo central acarreta uma série de conflitos de interesses que transbordam a grupos econômicos e usuários dos serviços, na medida em que também encontra resistência de mandatários investidos em cargos eletivos que identificavam as agências reguladoras como óbice à implantação de políticas públicas de governo que não se coadunam às políticas públicas de Estado perseguidas pelos órgãos regulatórios. Este quadro dinâmico de interesses multifacetados e conflitantes exige manifestação do Poder Judiciário sobre questões de elevado nível técnico que extrapolam o plano da mera aferição de legalidade e juridicidade. No tocante ao exame jurisprudencial, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a pesquisa se estendeu por demandas não só relacionadas a deliberações técnicas das agências reguladoras que foram objeto de questionamento entre concorrentes e demais agentes econômicos, mas também litígios envolvendo discussão acerca de competência regulatória e conflitos suscitados entre agências de diferentes entes federativos. Levando-se em conta as políticas públicas e a legitimidade democrática dos agentes políticos que influenciam diretamente naquelas decisões, conclui-se que, em razão do elevado nível de capacitação técnica exigido das agências reguladoras que tratam de matéria afeta à sua atribuição, na esteira do controle judicial vem prevalecendo a deferência administrativa, conservando sempre que possível a decisão adotada pelos entes regulatórios, sem prejuízo de uma condução do processo a partir da análise quanto à juridicidade das deliberações, à luz dos princípios insculpidos na Carta da República, com o fito de aprimorar e desenvolver as agências reguladoras como diretoras da atividade econômica exercida pela iniciativa privada.

### PALAVRAS-CHAVE.

Processo Decisório. Agência Reguladora. Estado Gerencial. Segurança Jurídica. Princípio da Eficiência. Autonomia. Independência. Políticas Públicas. Interesses Multifacetados. Poder Judiciário. Legalidade. Juridicidade. Supremo Tribunal Federal. Competência Regulatória. Legitimidade Democrática. Agentes Políticos. Controle Judicial. Deferência Administrativa.

## ABSTRACT

This work is the analysis of the decision making process performed by the regulatory agencies in Brazil, since the restoration of democracy and the economic stabilization of the mid-nineties. Repositioning the country internationally as a promising market imposed the necessary adequacy of the legislation to a Managerial State model, in order to ensure legal certainty for international investment, resumption of economic growth and, according the efficiency to principle in the Public Administration, access to public services to the largest possible number of users. The decision making relevance attached to these entities with autonomy and independence from the Central Executive Power entails a series of conflicts of interest that overflow economic groups and service users, once elected agents resist the regulatory agencies because they identify them as an obstacle to the implementation of governmental public policies, which differ from the public policies pursued by state regulators. This dynamic picture of multifaceted and conflicting interests requires demonstration of the Judiciary concerning high technical issues, which go beyond the simple verification of legality and constitutionality. Regarding the judicial review, especially that of the Supreme Court, the research extended throughout legal claims not only related to technical decisions undertaken by the regulatory agencies, those that were subject to questioning among competitors and other economic agents, but also disputes involving discussion of regulatory jurisdiction as well as conflicts arising between different agencies of federal entities. Taking into account the public policies and the democratic legitimacy of political agents who directly influence those decisions, the conclusion is that, due to the high level of technical training demanded by the regulatory agencies that deal with matters related to its competence, concerning judicial control what has been prevailing is administrative deference, by maintaining wherever possible the decision adopted by regulatory entities, without prejudice to conducting the whole process from the analysis as to the legality of the mentioned deliberations, under the rule of constitutional principles. The decision making process aims enhancing and developing the regulatory agencies in order to direct economic growth of the private sector.

### KEYWORDS.

Decision Making. Regulatory Agency. Managerial State. Legal Security. Efficiency Principle. Autonomy. Independence. Public Policies. Multifaceted Interests. Judiciary. Legality. Constitutionality. Federal Supreme Court. Regulatory Jurisdiction. Democratic Legitimacy. Political Agents. Judicial Control. Administrative Deference.

## SUMÁRIO

### INTRODUÇÃO

#### 1. O AMBIENTE REGULATÓRIO NO BRASIL

#### 2. A EVOLUÇÃO DO ESTADO ATÉ O SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

##### 2.1. O Estado Mínimo

##### 2.2. O Estado do Bem Estar Social

##### 2.3. O Estado Gerencial

##### 2.4. O Ingresso do Brasil no Estado Gerencial

#### 3. AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O PROCESSO DECISÓRIO

##### 3.1. A Abordagem Científica da Regulação

##### 3.2. A Teoria da Captura

##### 3.3. As Falhas de Mercado

##### 3.4. As Falhas de Governo

##### 3.5. As Modalidades de Regulação

##### 3.6. A Legitimidade Regulatória

##### 3.7. A Qualificação dos Dirigentes

##### 3.8. A Melhor Regulação

#### 4. INFLUÊNCIAS DO PODER EXECUTIVO E LEGISLATIVO NAS DELIBERAÇÕES

#### REGULATÓRIAS

##### 4.1. O Legislativo e Executivo na Composição das Agências

##### 4.2. O Controle do Tribunal de Contas da União

##### 4.3. O Conflito Normativo

##### 4.4. O Aparelhamento Político

##### 4.5. O Desaparelhamento Regulatório

##### 4.6. Supervisão Ministerial

#### 5. O CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO NO DIREITO REGULATÓRIO

##### 5.1. A Regulamentação no Âmbito das Agências

##### 5.2. Jurisdição Una e Administrativa

##### 5.3. O Ativismo Judicial e a Atividade Regulatória

##### 5.4. A Deferência Administrativa

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

### REFERÊNCIAS

## INTRODUÇÃO

A partir da segunda metade da década de 90, o Brasil se reposicionou no plano internacional como um mercado extremamente atraente para novos investimentos.

Na condição de país emergente e com expressiva demanda reprimida de serviços até então prestados por empresas estatais, face à ausência de regras claras e capazes de se amoldar à dinâmica do mercado internacional, o investidor ainda não vislumbrava um ambiente seguro e propício para ingresso de capital.

Neste quadro, surgem as agências reguladoras constituídas por um corpo técnico capaz de identificar as necessidades do mercado interno conciliando o interesse dos diversos agentes econômicos, com vistas à efetiva prestação do serviço em condições de atingir o maior número possível de usuários, mediante o pagamento de preço compatível e qualidade superior àquela até então oferecida.

Em razão da complexidade que envolve tomada de decisão eminentemente técnica afetando grupos distintos com interesses antagônicos, verifica-se uma série de conflitos determinantes ao exercício de pressão sobre o órgão regulador visando à substituição daquela vontade.

Direcionados ao Poder Judiciário, responsável pela solução final das controvérsias, o julgador não mais se limita à aferição da estrita legalidade dos atos administrativos, na medida em que lhe incumbe decidir as demandas à luz da Constituição da República e sob enfoque do direito pós-moderno, o que exige a análise da juridicidade dos atos, dentro de uma concepção principiológica e parametrizada pela dignidade da pessoa humana e função social dos contratos.

A relevância do tema no mundo contemporâneo pode ser aferida pela indicação do prêmio Nobel de Economia, conferida a *Jean Tirole* em 2014, economista francês que com seu trabalho “A ciência de domar as empresas poderosas” apresentou importantes contribuições teóricas para que se alcance uma efetiva regulação na atuação de grandes empresas que, dominando determinado segmento do mercado em regime de monopólio, criam bloqueio ao ingresso de novos agentes por conta de falhas de mercado relacionadas ao déficit de

informação, auferindo maiores lucros a partir da elevação dos custos, em detrimento da sociedade.

O trabalho de *Tirole* apresenta nova abordagem nas questões relacionadas com políticas públicas que devem inibir fusões ou cartéis além de regular monopólios, defendendo regras de política simples como limitar os preços para os monopolistas, proibindo a cooperação entre concorrentes, permitindo ao mesmo tempo, a cooperação entre empresas com diferentes posições na cadeia de valor.<sup>1</sup>

Outro evento recente que dá densidade ao trabalho ora apresentado, diz respeito à crise hídrica verificada na região Sudeste, especialmente no estado de São Paulo, indicando fortes pressões políticas em ano eleitoral que prevaleceram em relação à gestão eficiente sob a responsabilidade de agências reguladoras, obviamente comprometidas pelo aparelhamento político, hoje fortemente existente nos órgãos regulatórios.

A partir das controvérsias já submetidas à apreciação do Judiciário, o trabalho tem por propósito identificar o posicionamento prevalente nas decisões proferidas, levando em conta sua dimensão e repercussões no efetivo desenvolvimento das agências reguladoras como direcionadoras da atividade econômica exercida pela iniciativa privada.

---

<sup>1</sup> <[http://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/economic-sciences/laureates/2014/press.html](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2014/press.html)>. Acesso em 02 dez. 2014.

Economista Jean Tirole, da França, ganha o Nobel de Economia de 2014. **G1**. São Paulo, 13 out. 2014. Disponível em <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/10/jean-tirole-ganha-o-nobel-de-economia.html>>. Acesso em 02 dez. 2014.

Pesquisa do Nobel de Economia trata da regulação dos mercados. **G1**. São Paulo, 13 out. 2014. Disponível em <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/10/pesquisa-do-nobel-de-economia-trata-da-regulacao-dos-mercados.html>> Acesso em 02 dez. 2014.

## 1. O AMBIENTE REGULATÓRIO NO BRASIL

Como indicativo do modelo de Estado que se pretende construir, ao termo do período de exceção que perdurou por mais de duas décadas, o preâmbulo da Carta da República de 1988 consagrou o Estado Democrático de Direito estabelecendo os paradigmas das políticas públicas voltadas precipuamente para o respeito à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Assegurando o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, a Carta Política não se mostrou desatenta à efetiva intervenção do Estado na ordem econômica, ainda que inicialmente apenas para balizar sua atuação com aquele propósito.

Este formato não pode ser analisado de forma divorciada do contexto mundial que no final da década de 80 experimentava a reacomodação dos agentes econômicos, em razão da crise do petróleo artificializada pelos países produtores que, a partir de uma sistemática redução na oferta, provocou aumento no preço internacional, elevação do custo da produção e fuga do capital de investimento.

Empresas multinacionais na busca de novos mercados voltavam-se para países que oferecessem disponibilidade de mão de obra barata ou demanda para serviços, desde que houvesse garantias para o regular exercício da atividade.

Por seu turno, o parque industrial brasileiro encontrava-se obsoleto e sem condições de disputar espaço no mercado mundial, face aos altos custos de produção decorrentes da pífia infraestrutura que inviabilizava o escoamento da produção, bem como das medidas anticíclicas que não resultavam estímulo à atividade econômica.

Neste quadro, são traçadas as políticas públicas do Estado brasileiro, consubstanciadas no conjunto de programas de ação governamental visando à realização dos objetivos socialmente relevantes, estabelecendo diálogo com as atividades privadas a serem executadas com a perspectiva de produzir riquezas, mas que também estimulassem novos investimentos, gerando receita ao Estado e renda ao trabalhador.

Embora à época o país se mostrasse extremamente auspicioso ao ingresso de novos investimentos, a legislação de maneira geral ainda anacrônica, revelava grande entrave ao ingresso de capital, sem olvidar que o Estado, em diversos

segmentos da economia, atuava diretamente por intermédio de empresas estatais que não atendiam às crescentes demandas.

Assim, revela-se imprescindível a modernização do Estado que, se apegando ao modelo burocrático, inviabilizava a efetiva prestação de um serviço adequado e compatível com a evolução verificada no mundo.

Com a edição de emendas constitucionais em meados da década de 90, tem início o processo de modernização do Estado brasileiro que ganha contornos de um Estado Gerencial a partir da criação de um grupo especial de autarquias denominadas agências reguladoras, órgãos inspiradas no modelo americano, cujo objetivo institucional consistia no exercício da intervenção estatal no domínio econômico para evitar abusos perpetrados por pessoas da iniciativa privada, bem como exercício da função de controle dos entes privados que passariam a prestar os serviços públicos sob a forma de concessão ou permissão.

Esta atividade com diversidade de objetivos reclama uma nova dinâmica ao Estado que, tendo como função básica o fomento, o controle e a fiscalização adequados ao regime de desestatização, guarda íntima relação com as políticas públicas delineadas nos fundamentos da República, impondo o surgimento do Estado gerencial no Brasil com vistas à efetiva execução de atividades administrativas típicas de Estado.

No Brasil, a atuação das agências reguladoras sempre gerou uma série de questionamentos e ruídos nas relações institucionais com os agentes políticos. O Legislativo, pelo fato de aquelas exercerem a regulamentação de segmentos econômicos com alta densidade normativa, enquanto que no Poder Executivo, o conflito sempre decorreu da divergência entre as políticas públicas de Estado em que as agências se pautam e os interesses do mandatário temporário voltado para realizações de políticas públicas traçadas no curto período de um governo, o que avoluma litígios levados ao Poder Judiciário, impondo-se uma decisão definitiva ponderando o caráter técnico daqueles decisões, o interesse da coletividade, dos concorrentes e também dos agentes políticos que vez por outra pretendem fazer valer seus interesses mediante o esvaziamento na atuação das agências reguladoras.

A regulação envolve uma fascinante interdisciplinaridade de conceitos jurídicos, econômicos e políticos que atestam a impositiva necessidade de se alargar e aprofundar o grau de conhecimento relativo a outras matérias, o que ganhou

relevância no plano internacional com o trabalho vencedor do prêmio Nobel de Economia de 2014.

Por sua vez, no plano nacional as recentes discussões, inflamadas pelo período eleitoral, expuseram a crise de gestão dos recursos hídricos que aponta uma série de equívocos dos órgãos regulatórios no que tange ao gerenciamento articulado na utilização da água e geração de energia, revelando inércia de órgãos regulatórios e interesses políticos predominantes, em detrimento da eficiência a ser perseguida pela Administração Pública.

Deste modo, o trabalho tem por propósito aprofundar os conhecimentos relacionados à atuação das agências reguladoras e o posicionamento a ser adotado pelo Poder Judiciário quando acionados para decidir sobre conflitos dessa grandeza.

## **2. A EVOLUÇÃO DO ESTADO ATÉ O SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

A segurança sempre foi determinante e elemento central no estabelecimento das relações entre os indivíduos no convívio social. Ainda no sistema feudal, onde pequenos núcleos eram formados ao redor de um senhor detentor de terras, a garantia da vida e subsistência dos indivíduos proporcionava a sensação de segurança a todos.

O aglutinamento dos indivíduos promoveu o fortalecimento de uma estrutura capaz não só de prover a segurança de seus integrantes, mas também proporcionar o aumento dos limites territoriais. Assim, surge o Estado Absolutista, caracterizado pela ausência de limites aos poderes do rei que representava a vontade do Estado. Era o Rei, o Estado e a Religião personificados em uma única pessoa que detinha o poder e a força, proporcionando a segurança, o acúmulo de riquezas e a expansão territorial, o que deu ensejo ao mercantilismo, centrado na associação entre a política e a economia.

As guerras promoviam a expansão territorial favorecendo o crescimento da economia a partir do capitalismo comercial e da circulação de produtos por toda Europa que, por outro lado, acarretavam o enfraquecimento político do Absolutismo criando as condições para surgimento de uma nova classe social – a burguesia, determinante na evolução para o Estado Moderno que, passando a acumular riquezas com a atividade econômica, exerceu forte influência no poder, especialmente ao longo dos séculos XVII e XVIII.

### **2.1. O Estado Mínimo**

A mudança no campo político é marcada pela Revolução Francesa que estabelece três ideais introduzidos pela burguesia nesta relação com o Estado Moderno e sua atuação sobre os indivíduos: observância à legalidade, separação dos poderes e consagração de direitos do cidadão.

Consolida-se um rompimento total com o regime anterior a partir de uma nova ordem jurídica, filosófica, social, cultural e histórica, criadora de um Poder Constituinte originário caracterizado pela revolução burguesa contra a nobreza e o monarca.

Dois são os marcos históricos e formais do constitucionalismo moderno: a Constituição norte-americana de 1787 e a francesa de 1791 (que teve como preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), movimento este defragado durante o Iluminismo e concretizado como uma contraposição ao absolutismo reinante, por meio do qual se elegeu o povo como o titular legítimo do poder.<sup>2</sup>

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, estruturados na liberdade, igualdade e fraternidade são inseridos na Constituição positivando os direitos de 1ª dimensão que remetem ao Estado de Direito limitado pela ordem jurídica, onde o povo, representado pelo Legislativo, é que traduz a vontade geral restringindo a atuação do Executivo, personificado no governante que passa a fazer apenas o que a lei autorizar, evidenciando-se a inação do Estado que já não interfere nas relações, mas apenas assegura direitos, vedando a violação de domicílio, a prisão sem o devido processo legal, dentre outras não intervenções que privilegiam a máxima liberdade possível através da autonomia da vontade.

No âmbito da Economia, atendendo aos interesses da burguesia, a partir do final do século XVIII o Estado Moderno se fincou na Teoria do Liberalismo Econômico, doutrina baseada na obra mais famosa de Adam Smith – “Uma Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações”, mais conhecida simplesmente como “A Riqueza das Nações”, que, em síntese, entendia caber ao Estado apenas observar a nova organização processada pelos indivíduos, caracterizando o *laissez faire, laissez passer* do Estado perante os fenômenos econômicos e sociais ocorridos a partir da “mão invisível do mercado”.

De acordo com a sua doutrina, o mercado reger-se-ia por suas próprias leis, sendo os agentes privados mais eficientes para ditar as relações econômicas, devendo o Estado manter-se alheio a esse processo, com poucas e reduzidas funções. Nesse momento, iniciava-se a base teórica para o ciclo de menor intervenção governamental na economia em função da superação do mercantilismo, em que havia enorme controle pelo Estado.<sup>3</sup>

Ganha força, a doutrina jusnaturalista de Jean-Jaques Rousseau que priorizava um Estado democrático de modo que seu pacto era realizado através do

---

<sup>2</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva. 17ª Edição, 2013, p. 60.

<sup>3</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 11.

racionalismo, possibilitando que todos pudessem participar das decisões coletivas, a fim de se extinguir as desigualdades políticas. As virtudes naturais do homem seriam determinantes nas escolhas e na promoção da defesa de seus próprios interesses, não cabendo ao Estado promover qualquer interferência, haja vista que o alargamento de seu poder sob o aspecto econômico apenas propiciava um Estado cada vez mais forte e afastado dos verdadeiros interesses dos indivíduos.

## **2.2. O Estado do Bem Estar Social**

Paradoxalmente, esta ordem econômica não reduziu as diferenças entre os indivíduos, na medida em que embora impusesse uma postura abstencionista ao Estado, criou um abismo entre aqueles que integravam classes sociais distintas, fazendo prevalecer o acúmulo de riquezas pela classe dominante, obtido a partir do exaurimento das classes que não detinham o poder econômico e que contribuíam apenas com a força de trabalho para produção da riqueza alheia.

Ainda no final do século XIX, diante da crescente desigualdade que se verificava, assegurar aqueles direitos já não atendia aos interesses dos indivíduos e o considerável aumento dos núcleos populacionais concentrados nas cidades evidenciava a necessidade de uma efetiva prestação de serviços pelo Estado com o propósito de atender às demandas da sociedade.

A eclosão de movimentos sociais das classes operárias denunciava o inconformismo com o estado de coisas e novas doutrinas filosóficas de forte cunho social, capitaneada por Karl Marx, reclamavam a adoção da ideia de governo da sociedade e eliminação de classes como determinantes para proteção do operário.

Este quadro, agregado à Revolução russa de 1917 do povo trabalhador contra a burguesia, evidenciava a ineficiência do Estado Liberal abstencionista dando lugar ao modelo interventivo e fiscalizador onde prevalece o interesse público ao regime econômico capitalista.

Em outro momento, além da classificação dicotômica em ramo de direito público e de direito privado, a evolução do Estado liberal para o Estado social de direito faz surgir a necessidade de se reconhecer, ao lado da dicotomia, a categoria dos direitos sociais, cujas normas de direito do trabalho e de direito previdenciário expressam a manifestação de um

Estado prestacionista, intervencionista e realizador da chamada justiça distributiva, tendo como marco inicial a Revolução Industrial.<sup>4</sup>

A impositiva concessão de direitos de 2ª dimensão inaugura o Estado Social de Direito (*Welfare State*) caracterizado por conquistas sociais que promovem igualdade de condições aos indivíduos, exigindo que o Estado ofereça os meios para que todos tenham acesso a serviços públicos adequados, consistentes na prestação de saúde, educação, disponibilização de transporte, comunicações, energia, dentre outros serviços.

Através do dirigismo do Estado promovedor e ativo, as intervenções na ordem econômica e social, de forma subsidiária, atenuam desigualdades materiais entre o mais forte e o mais fraco visando à obtenção de uma igualdade de fato, garantindo aos indivíduos a possibilidade de exigir do Estado uma atuação positiva, interferindo diretamente para garantir maior igualdade não só perante a lei (formal), mas também igualdade de fato (material) e pluralística, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, de acordo com a concepção de Aristóteles.

Nesse novo cenário ganhou destaque a teoria Keynesiana, que reivindicava maiores gastos públicos para aquecer a economia aumentando-se o peso do Estado no produto nacional, para o fim específico de reverter quadros de recessão. Daí surgiu a base teórica para um novo ciclo que, dessa vez, implicou maior intervenção do Estado na economia. Em função da conquista de direitos sociais (fruto da concepção keynesiana de que uma maior intervenção do Estado seria necessária), surgiu o chamado Estado de Bem Estar Social. Esse novo modelo de Estado refletia uma intervenção consideravelmente mais extensa, ampliando-se a prestação estatal de serviços a fim de garantir a expansão dos direitos sociais (habitação, saúde, educação, etc.).<sup>5</sup>

O dirigismo com a participação ativa do Estado nos fatos econômicos, seja na função distributiva ou alocativa, proporciona distribuição da riqueza de forma um pouco mais equânime e fornece, a certas categorias sociais, elementos de proteção contra as regras exclusivamente capitalistas, oferecendo mínimas condições de vida aos mais fracos e correção no funcionamento das forças de mercado, cuja ordem econômica passa inclusive pela atuação do próprio Estado através de empresas

---

<sup>4</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva. 17ª Edição, 2013, p. 56.

<sup>5</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 13.

industriais e comerciais, proporcionando maior eficiência no controle das condutas privadas prejudiciais à comunidade.

O dirigismo econômico enseja a constitucionalização normativa, especialmente verificada na Carta mexicana de 1917 que invoca direitos de 2ª dimensão e na Constituição alemã de 1919 (Weimar) que eleva meros princípios reguladores ao *status* de regras jurídicas obrigatórias à sociedade e ao Estado, evidenciando regulação específica formadora dos postulados da ordem econômica e social insculpidos na Carta Política que até então se preocupava apenas com a organização política.

### 2.3. O Estado Gerencial

Diante de uma sociedade complexa e dinâmica, a impotência dos instrumentos tradicionais de atuação revelam um Estado lento e preso a rotinas burocráticas próprias da estrutura organizacional da Administração Pública que se perdem no atingimento de seus objetivos, passando a não oferecer mais um serviço adequado, o que impõe a adoção de mecanismos administrativos mais ágeis e tecnicamente mais especializados.

Os argumentos a favor do Estado Mínimo ganharam relevo por ocasião da suposta crise desse Estado de Bem-Estar Social, que registrava altos dispêndios governamentais, justamente por ter o Estado assumido a conta de diversos gastos sociais, entre os quais saúde, educação e previdência. A intervenção direta do Estado na economia e o conseqüente aumento da máquina estatal teriam gerado decadência tecnológica e crescentes déficits, além de ineficácia e ineficiência na prestação dos serviços públicos, aumentando a distância entre o governo e a sociedade.<sup>6</sup>

É a denominada volta do pêndulo decorrente dos movimentos extremos entre o Estado abstencionista e o Estado intervencionista que abre espaço para a figura do particular como prestador do serviço público atuando no lugar do Estado em segmentos específicos, desde que o lucro auferido mantenha compatibilidade com as tarifas exigidas.

A Administração Pública, limitando-se à fiscalização quanto à adequada prestação do serviço, inaugura o Estado Gerencial atuando na ordem econômica

---

<sup>6</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 14.

através das agências reguladoras, autarquias instituídas diretamente como controladoras do sistema econômico quando delegado a empresas privadas, sobretudo através de concessões e permissões de serviços públicos, com o escopo de estabelecer regras claras e uniformes a partir do diagnóstico social e das condições econômicas.

Os parâmetros estabelecidos na nova ordem econômica evidenciam limitadores recíprocos que o distingue claramente do liberalismo econômico daquele Estado que figurava como mero observador, na medida em que se estabelecem condicionamentos à livre iniciativa para atingimento da justiça social, não deixando o Estado de ser o executor direto em alguns segmentos onde ainda exerce a atividade econômica, ingressando efetivamente no plano da execução que, em princípio, seria destinada à iniciativa privada.

Não há como negar, portanto, que o tamanho da máquina do Estado deixou efetivamente de ser a principal questão. O conflito entre o *big government* e o Estado Mínimo arrefeceu em sua relevância, voltando-se o foco para a necessidade de um Estado forte em contraposição ao conceito de ausência estatal. Menos Estado não é, ao contrário do que muitos hoje acreditam, necessariamente melhor. Na verdade, resta delimitar qual objeto de atuação do Estado, pois a qualidade e a efetividade dos gastos públicos torna-se a questão principal.<sup>7</sup>

O Estado tem papel estratégico na promoção do progresso técnico e da acumulação de capital, além de lhe caber a responsabilidade principal pela garantia de uma razoável distribuição de renda, êxito que leva a um crescimento do Estado não apenas na intervenção, mas também no plano social e empresarial.

#### **2.4. O Ingresso do Brasil no Estado Gerencial**

A partir da década de 90, é perceptível no Brasil a ineficácia do Estado Social para dar conta das demandas crescentes que impõe um processo de desestatização/privatização reduzindo o tamanho do Estado que passa a desempenhar apenas atividades específicas e vinculadas à função estatal, delegando à iniciativa privada a prestação daqueles serviços destinados aos usuários.

O direito de regulação, entendido como disciplina jurídica autônoma, é recente no Brasil. Até meados da década de 90 não havia

---

<sup>7</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 16.

maiores preocupações quanto ao papel do Estado como regulador da economia. Tampouco se investigava a fundo o que poderia ser, para o direito brasileiro, a regulação econômica. O assunto era circunstancial, secundário vez que a presença do Estado nas relações econômicas era estruturada por meio de outras técnicas. Até então, o que se prestigiava era a cisão quase mecânica das atividades estatais pelo binômio poder de polícia serviço público. A toda evidência, para a teoria tradicional esta segunda ordem de atividades – serviços públicos – não poderia albergar a regulação (quem regula não presta o serviço). Por tal motivo, o direito da regulação era subsumido ao gênero poder de polícia administrativa. Ao lado dessas duas categorias, o Estado também atuava empresarialmente no domínio econômico privado – não exatamente para disciplinar os mercados, mas sim com vistas a neles ingressar devido aos mais variados motivos (ausência de interesse da iniciativa privada, projetos de integração nacional, consolidação do poder político-econômico, etc.). O Estado brasileiro era ou alienígena ou invasor – de fato ou de direito – no mundo da Economia.<sup>8</sup>

Os movimentos no Estado brasileiro favoráveis ao surgimento das agências reguladoras podem ser identificados na posse do primeiro presidente da República eleito de forma direta. Em 15/03/90, dentre várias medidas que delineavam o rumo do país, foi editada a Medida Provisória n. 155, convertida na Lei n. 8031/90, que instituindo o Programa Nacional de Desestatização (PND) reposicionava o Estado como agente, apenas naquelas atividades indispensáveis, fomentando a livre concorrência de mercado estabelecida na Carta da República, mediante a transferência dos serviços públicos à iniciativa privada.

Indiretamente, em razão da alienação de ativos, este plano permitia a redução da dívida pública e o saneamento das finanças, além de promover a retomada de investimentos nestas empresas até então integrantes da Administração Indireta, a viabilizar o crescimento econômico e a modernização do parque industrial.

O fato é que, em função das dificuldades políticas enfrentadas neste primeiro mandato, interrompido pela instauração do processo político de *impeachment* e inexistência de base parlamentar, a efetivação das medidas ali contempladas limitou-se ao campo normativo.

Com a estabilização econômica alcançada no Plano Real e as emendas constitucionais editadas na segunda metade da década de 90, o modelo brasileiro se volta para um padrão de menor ímpeto interventivo e pela desregulamentação da

---

<sup>8</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014, p.107-108.

economia, veiculado através da Medida Provisória n. 1481-52, convertida na Lei n. 9491/97.

Neste regramento, mantendo os mesmos objetivos que genericamente visavam ao afastamento do Estado como executor das atividades voltadas à iniciativa privada, foram traçados parâmetros para seu cumprimento pela Administração Pública com a criação do Conselho Nacional de Desestatização, órgão constituído por ministros de Estado que, subordinados à Presidência da República, ficava responsável pela concepção da modalidade operacional a ser aplicada a cada desestatização.

As antigas empresas paraestatais se transformariam em pessoas do setor exclusivamente privado. Convertia-se o processo de descentralização por delegação legal, do qual resultavam as entidades da Administração Indireta em descentralização por delegação negocial já que as novas pessoas desempenhariam suas atividades através do sistema de concessão de serviços públicos.

O afastamento do Estado dessas atividades haveria de exigir a instituição de órgãos reguladores como, aliás, passou a constar do art. 21, XI, da Constituição da República, com a redação da Emenda Constitucional n. 08/95 e do art. 177, § 2º, III, com a redação da Emenda Constitucional n. 09/95.

O processo de privatização reduzindo a participação efetiva do Estado na execução dos serviços impôs a necessidade de regulação a fim de incrementar o bem-estar social desejado, o que decerto rechaçou medidas tendentes a restringir a concorrência, evitando reproduzir a ineficiência dos monopólios estatais até então verificada.<sup>9</sup>

Pela natureza da função exercida, foram então criadas agências autárquicas ou governamentais denominadas agências reguladoras, com típica função de controle e, no bojo dessas alterações, inicialmente vieram a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), instituída pela Lei n. 9427/96 e, em seguida, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP), criadas pelas Leis n. 9472/97 e n. 9478/97, respectivamente.

---

<sup>9</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 61.

### 3. AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O PROCESSO DECISÓRIO

A regulação econômica, como conjunto de ações públicas consubstanciadas em regras, limita a liberdade de ação ou escolha das empresas, dos profissionais liberais e dos consumidores, estabelecendo parâmetros de conduta em determinado espaço-tempo com o propósito de alcançar a melhor distribuição possível em termos de qualidade, quantidade e universalidade.

Sua adoção é sustentada pelo poder de coerção que a sociedade concede ao Estado, sendo em regra aplicada diretamente pelo Poder Público através de órgãos específicos que promovem o fomento, a regulamentação e a fiscalização da prestação de serviços públicos relevantes à sociedade e cuja execução foi repassada à iniciativa privada.

Dentro da perspectiva de um ciclo de menor intervenção, o Estado possuiria três diferentes formas para intervir na economia, quais sejam: promoção de atividades de fomento (incentivo), formulação de planejamentos e processo de prestação direta e/ou de fiscalização de atividades econômicas (produtos ou serviços). Essa orientação atingiu o Brasil que, em sua Constituição Federal, mais especificamente no capítulo pertinente aos princípios gerais da atividade econômica, explicitamente adota a tendência global no sentido de alteração da intervenção estatal (art. 174, da CF).<sup>10</sup>

A avaliação da medida adotada no âmbito regulatório deve ser objeto de intenso e constante acompanhamento para que se verifique o atingimento de seu efetivo propósito fulcrado nas políticas públicas do Estado.

Há de se fazer uma ponderação quanto ao interesse imediato – menor custo, na medida em que nem sempre esta é a melhor alternativa regulatória já que inibe a melhoria na qualidade daqueles serviços que demandam alta tecnologia e constante desenvolvimento.

Quem fixa as regras visa à mudança do comportamento natural do sujeito regulado, de modo que sua conduta futura seja compatível, estabelecendo os parâmetros que levam em conta metas a serem alcançadas com vistas à necessidade de aprimoramento dos serviços, acompanhando não só a evolução no mercado, mas também a relação entre demanda e oferta, a partir da adoção de preço compatível que possibilite o acesso a maior parcela da população.

---

<sup>10</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 18-19.

Assim, a regulação representa uma intervenção no domínio econômico que não se limita à disposição de regras a serem cumpridas pelos agentes, impondo sanções àqueles que apresentarem conduta diversa. A tarefa remete à análise do comportamento dos agentes e principalmente identificação daquilo que se pretende obter a partir da atuação do Estado.

Objetivamente identificamos como agentes neste campo de forças, o Poder Concedente personificado no ente federativo, o concessionário representando a iniciativa privada e o usuário na condição de consumidor. É o chamado Triângulo Regulatório onde se identifica com clareza os interesses de três forças distintas que atuam no mercado e cuja conduta deve ser objeto da regulação.

A agência reguladora, instituída pelo Poder concedente e pautada nas políticas públicas que visam ao bem-estar da coletividade, deve proporcionar as melhores medidas visando à universalização do serviço com preço e qualidade compatíveis, atenta à necessária existência de concessionários aptos para tanto.

O Triângulo de Aço é formado pela interação e conflito de interesses envolvendo o Poder Legislativo, a burocracia administrativa e os grupos de interesses constituídos por concorrentes e associações. Neste campo de forças, os agentes se apresentam defendendo interesses distintos e antagônicos. O Legislativo insurge-se com o esvaziamento de suas atribuições a partir da delegação conferida às agências reguladoras e que o afasta do trato de interesses de grupos específicos que atuam em *lobbies*. A administração central tem no curto período de um mandato, o desejo de realizar políticas de governo que lhe transfiram votos no próximo pleito, enquanto que as associações representam legítimos interesses de segmentos específicos da sociedade que nem sempre correspondem a universalidade de usuários.

A posição ideal do ente regulador quanto à melhor decisão corresponde ao ponto central da estrela de David formada pela justaposição destes dois triângulos dispostos de forma inversa, caracterizando a equidistância das forças atuantes.

Os parâmetros a serem definidos na atividade regulatória, portanto, sofrem influência direta do Poder concedente que além de ser o instituidor do órgão regulador deseja que suas políticas de governo sejam atendidas, dos usuários que aglutinados em associações dos mais variados matizes têm por propósito obter as condições mais favoráveis ao respectivo segmento representado, além da influência poderosa dos concorrentes que, almejando a condição de concessionário ou já

nesta qualidade, visam obter maiores ganhos e, para tanto, constituem *lobbies* no âmbito da agência, nas Casas Legislativas, Ministérios e demais órgãos envolvidos.

Qualquer regulação econômica ou social deverá, portanto, mostrar-se imprescindível e justificada diante de interesses públicos devidamente fundamentados, protegendo valores constitucionais e observando, em especial, o princípio da proporcionalidade, na medida em que forçosamente estará influenciando no campo de forças que estabelecerá um equilíbrio em detrimento de interesses superiores.

### **3.1. A Abordagem Científica da Regulação**

O tema da regulação é estudado sob óticas complementares pela Economia, Direito e Ciência Política.

Os economistas se preocupam com o estudo de setores sujeitos à regulação analisando a forma em que esta influencia o comportamento dos agentes, como impacta o bem-estar social e ainda se a regulação em análise é suficiente ou não para se atingir a eficiência desejada. Para o cientista político, a regulação é resultado de um jogo político entre grupos de interesse que buscam moldar a intervenção estatal em seu próprio benefício. Já para os operadores do Direito, a regulação é o resultado de restrições legais ao comportamento dos agentes cuja origem, hierarquia e consistência normativa é o resultado de processos por vezes completamente dissociados da lógica econômica.

Neste contexto, todo processo de aplicação dessas regras por agências públicas e pelo Judiciário integram a abordagem do Direito, ainda que seja uma área virtualmente ignorada pelos economistas.

Em síntese, tendo por referência as políticas públicas que contemplam o interesse da coletividade e a universalização de qualificado serviço, a atividade regulatória envolve a análise quanto à esperada atuação dos agentes dentro das condições verificadas no segmento e sua adequação, levando-se em conta o comportamento regionalizado dos usuários em relação àquele serviço, as políticas traçadas pelos governantes e a adequação dos serviços à qualidade verificada no contexto mundial.

Este *mix* de interesses revela a alta complexidade na tomada de decisão que, à primeira vista deveria privilegiar o interesse dos usuários, não se podendo olvidar

que, por vezes, as associações defendem interesses de grupos regionalizados, classes segmentadas ou de profissionais específicos, não correspondendo ao universo de interessados naquela atividade regulada.

O fato é que as normas surgem pela pressão dos interesses e por razões pragmáticas, os órgãos voltados à edição de normas, tais como Legislativo e agências reguladoras são verdadeiras arenas onde os agentes estatais e privados se fazem presentes e legitimamente buscam ser contemplados pela legislação.

A partir da interpretação de normas idealizadas para execução de políticas públicas que ainda sofrem pressão dos órgãos de controle com suas próprias agendas, este jogo de interesses foge da lógica dos modelos ideais, evidenciando que fórmulas juridicamente consagradas podem ser inadequadas na implantação de políticas públicas.

Por outro lado, a complexidade do Direito com alto grau de detalhamento tende a dificultar uma sistematização, ensejando múltiplas possibilidades de interpretação, o que gera infinitas oportunidades de sabotagem das políticas públicas.

No Brasil, este embate entre Direito e Economia cresceu na década de 80 com a avalanche de planos econômicos e com a Constituição de 1988 que deu novas fronteiras ao Poder Judiciário, em função de dispositivos abertos denominados conceitos jurídicos indeterminados.

A tradição contratual baseada no acordo de vontades entre partes livres e iguais foi substituída pela vontade do regulador, estreitando sobremaneira a margem de negociação do agente econômico para contratar. Este arcabouço é o ambiente em que se introduz a atividade regulatória no Brasil, correspondente a um dinâmico campo onde diversos agentes com interesses distintos reclamam uma decisão que lhe seja mais favorável e benéfica.

As medidas liberalizantes (privatização) não atingiriam os seus benefícios, caso não fosse implementada uma alta capacidade institucional. Essa capacidade se baseia numa estrutura institucional pluralista, com a utilização de instrumentos contratuais viabilizando uma nova relação entre público e privado, além de uma estrutura reguladora independente. Um dos corolários da descentralização consubstanciou-se na separação da elaboração das políticas setoriais do exercício das funções operacionais (prestação). A superação das empresas estatais que ainda exerciam funções regulatórias significou a inclusão de um terceiro ator – as agências reguladoras, distinguindo a formulação da política setorial a cargo do Ministério, a manutenção de um sistema de regulação e

fiscalização conferida à agência e o executor do serviço público delegado ao particular ou prestado por empresa estatal.<sup>11</sup>

As agências reguladoras devem atuar como órgãos de Estado e não de governo, capazes de gerenciar contratos de longo prazo e garantir a segurança jurídica para os novos investidores privados que adentram em espaços abertos pela desestatização. O papel desempenhado é exatamente a assunção dos poderes anteriormente exercidos pela própria Administração Pública na qualidade de Poder Concedente, quando o objeto da concessão é a exploração de um serviço público de utilização da coletividade, excetuando-se, nesse caso o monopólio.

No Brasil as agências reguladoras surgiram como uma estrutura a garantir o processo de privatização. Era necessário, naquele momento de venda de empresas estatais a grupos estrangeiros, garantir aos eventuais investidores a segurança jurídica, com o vislumbre de instituições regulatórias que fossem desenhadas de forma a garantir a manutenção dos contratos celebrados e dos direitos de propriedade envolvidos nos setores privatizados. Daí a razão para consagração de cânones de independência e autonomia dos órgãos reguladores às possíveis ingerências políticas.

As razões para o modelo de agências reguladoras obviamente superam a simples criação de atrativos para investidores privados. É claro que os setores de infraestrutura apresentam uma equação das mais complexas. Demandam altos investimentos com a agravante de esses investimentos serem em ativos específicos, sendo, ao mesmo tempo, politicamente sensíveis, o que aumenta o risco de condutas oportunistas. As agências foram introduzidas para trazer credibilidade, assegurando os direitos de propriedade. Mas as agências também, e principalmente, enquadram-se na tendência administrativa de descentralização, com a especialização técnica e com a flexibilidade necessárias a enfrentar a crescente complexidade dos desafios regulatórios, arbitrando os interesses governamentais, dos usuários e também dos prestadores.<sup>12</sup>

### 3.2. A Teoria da Captura

No Brasil o fenômeno da captura das agências independentes é bifronte, pois se dá tanto pelas mãos dos mercados regulados como pelas mãos do Estado que as instituiu.

Ser capturado implica imaginar que se está regulando determinado mercado em favor da concorrência, consumidores e usuários quando, a rigor, o principal beneficiário é o próprio regulado que impõe maiores custos à economia ou quando se beneficia o governo que submete a solução a seus interesses imediatos no curto horizonte de uma eleição quadrienal.

---

<sup>11</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 58.

<sup>12</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Ob. cit.**, p. 188-190.

A relação jurídica entre a agência reguladora e as entidades privadas sob seu controle tem gerado estudos e decisões quanto à necessidade de afastar indevidas influências destas últimas sobre a atuação da primeira, de modo a beneficiar-se as empresas em desfavor dos usuários do serviço. É o que a moderna doutrina denomina de teoria da captura (*capture theory*, na doutrina americana), pela qual se busca impedir uma vinculação promíscua entre a agência, de um lado, e o governo instituidor ou os entes regulados, de outro, com flagrante comprometimento da independência da pessoa controladora.<sup>13</sup>

Quando se menciona a captura das entidades reguladoras, não se está a tratar propriamente de corrupção ou improbidade, a ideia é bem mais sofisticada, significa não constatar e nem se dar conta da efetiva subordinação da agência a interesses alheios àquele interesse público primário que lhe é cometido em lei.

### 3.3. As Falhas de Mercado

A doutrina tradicional referenciada na Escola de Chicago sustenta a necessidade de regulação a partir das chamadas falhas de mercado (*market failure*) que, em síntese, podem ser identificadas como bens públicos, externalidades, mercados não competitivos e assimetria de informação.

De acordo com o pensamento neoliberal majoritário, o Estado deveria intervir apenas para corrigir as falhas de mercado, equacionando custos e benefícios privados e públicos, visando aumentar o bem-estar geral. Justificando o uso de instrumentos intervencionistas, os neoliberais reconhecem que um sistema capitalista baseado em livre mercado apresenta elementos de instabilidade, o que pode provocar desperdícios sociais caso o Estado não intervenha na economia.

Pela concepção microeconômica, a oferta e a procura são as determinantes do preço dos produtos e do consumo das famílias, entretanto esta visão simplista de perfeito equilíbrio está longe de encontrar espaço no mundo real.

A dinâmica das relações revelam as falhas de mercado que impõem a atuação do Estado para atenuá-las ao máximo, as quais são identificadas em modalidades distintas de acordo com sua natureza.

A denominada, bens públicos, diz respeito a atividades que devem ser promovidas pelo Estado independentemente da escolha dos indivíduos. Em termos econômicos, são bens não excludentes, exemplificado pela segurança nacional que

---

<sup>13</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo. Atlas. 27ª Edição, 2014, p. 495.

reclama intervenção estatal e a tributação dos agentes econômicos com vistas à sua realização, na medida em que os indivíduos não estariam dispostos a custeá-la voluntariamente, sendo certo que o serviço é consumido tanto por aqueles que despendem recursos quanto por aqueles que não desembolsam qualquer valor para sua manutenção.

As externalidades, outra espécie de falha de mercado, podem ter efeitos positivos ou negativos causados a terceiros e decorrem de relações a que eles em princípio são alheios, resultando em uma discrepância entre o custo e o benefício. A poluição exemplifica uma externalidade negativa cabendo ao Estado atuar de forma a definir corretamente os direitos, internalizando os custos resultantes de sua ocorrência no meio ambiente, impondo multas ao poluidor que não observa os limites estabelecidos ou que não adotam as medidas tendentes a reduzir lesão a terceiros. Ao Estado incumbe ainda fomentar as externalidades positivas, exemplificada na rede de ensino que, se não for oferecida pelos particulares em complementação à pública, importará oferta incompatível com a demanda.

Os mercados não competitivos caracterizam-se pelas estruturas denominadas monopólio natural e também pelos mercados cartelizados que, na prática, equivalem aos efeitos de um monopólio. Em razão dessas duas estruturas, que se caracterizam como outra espécie de falha de mercado, há uma oferta menor de produtos oferecidos, bem como uma transferência de excedente do consumidor para o produto na forma de lucros monopolísticos, devendo o Estado intervir para garantir uma quantidade ótima de produtos, reduzindo os efeitos nocivos nos preços pela consolidação de monopólio natural decorrente de uma concorrência predatória.

A assimetria de informação é considerada pela doutrina como uma falha de mercado que decorre da ausência de informações adequadas ao consumidor, o que restringe a sua capacidade de agir eficientemente, gerando, *inter alia*, problemas de risco moral (*moral hazard*) e/ou de seleção adversa (*adverse selection*).

Assemelha-se às outras falhas de mercado na medida em que os interesses individuais não valoram a informação da maneira adequada, o que resulta na prestação em quantidade ou qualidade subótima. Frequentemente é objeto da chamada regulação social de segurança ou de saúde que, na defesa do consumidor, proíbe a comercialização de produtos nocivos à saúde ou promove a divulgação dos riscos inerentes à sua utilização ante a ausência de uma adequada informação prestada pelos fabricantes a seus usuários, como se verifica na proibição do

comércio de medicamentos que tenham substâncias nocivas em sua composição e na impressão de alertas sobre o consumo de cigarros em sua própria embalagem.

### 3.4. As Falhas de Governo

Além das falhas de mercado, há ainda aquelas que decorrem da própria atuação dos agentes do governo no mercado. Correntes sustentam que o Estado não deveria se estender à economia, por considerarem que as falhas de governo por vezes, suplantam as falhas de mercado, gerando mais prejuízos que benefícios.

A própria burocracia constituída pelos integrantes da agência reguladora, em dado momento constitui óbice à decisão regulatória, na medida em que passam a integrar o conflito de interesses quando posições pessoais tendem a sobrepor no conflito de ideias, seja por capricho pessoal ou por comprometimento do indivíduo com determinados interesses segmentados.

Os teóricos marxistas e também os da Escola de Chicago questionam até que ponto o objetivo de servir à sociedade não é substituído pela vontade de um Estado autônomo que tem seus próprios interesses imediatos personificados na pessoa de seu governante (teoria da captura), atendendo a interesses de um grupo específico ou mesmo minimizado diante da própria burocracia em obter salários e reputação.

Assim, as falhas de governo se apresentam principalmente de três formas: conflito entre o principal e o agente, quando o agente (órgão regulador) é contratado para realizar um trabalho em nome do principal (governo), mas em razão de incentivos específicos, surgem ruídos nesta relação; *rent seeking*, quando se protege determinado monopólio regulando preços ou criando restrições à entrada de novas empresas; *rents*, quando se permite o aumento dos lucros do monopólio a expensas do consumidor.

O limite material para ocorrência de falha de governo deve ser desenvolvido através de um exame entre a medida desejada e o objetivo regulatório, surgindo daí a aplicação da proporcionalidade na intervenção governamental, lastreada na eficiência econômica.

Assim, prever um controle sobre variáveis econômicas como preço e qualidade, além de outros tipos de intervenção é tarefa complexa, devendo ainda ser coibidos os excessos regulatórios que, como verdadeiros planejamentos ou

direcionamentos estatais em atividades privadas regulamentadas, representariam um confisco à propriedade privada sem a devida indenização.

### **3.5. As Modalidades de Regulação**

A existência de um interesse público prevalente determina a construção de uma medida governamental que estabeleça uma barreira à atuação de grupos de interesses que visam transferir riqueza de consumidores para si através de regulações que estimulem o sobrepreço consolidando o aumento do custo de transação.

As variáveis determinantes da intervenção podem ter objetivos distintos.

Estruturais, quando se pretende regular a entrada dos concorrentes no segmento exigindo, por exemplo, determinado padrão mínimo de qualidade ou capacidade financeira específica para suportar os investimentos necessários, afastando resultados indesejáveis até mesmo a partir da limitação de agentes com a imposição de requisitos para exercício da atividade (regulação de entrada) que permite melhor fiscalização.

Comportamentais, quando estabelece de que forma será realizada a regulação impondo parâmetros (*standards*) de qualidade ou de informação e ainda quando estabelece o preço, limitando a taxa de retorno no negócio.

Cada variável regulada impõe um tipo diferente de custo, pois importa em tipos distintos de aparato fiscalizador, sendo certo que as variáveis reguladas produzem incentivos e consequências diferentes para os agentes econômicos envolvidos no setor regulado.

A regulação de preço foi a intervenção econômica direta mais verificada no Brasil, principalmente nos períodos de inflação alta. No período da ditadura criou-se o Controle Interno de Preços realizado pela Superintendência Nacional de Abastecimento (Sunab), responsável pela regulação de preço que inexoravelmente acarretavam escassez de produto, evidenciando não ser a melhor forma de regulação.

Embora acarrete uma série de reflexos negativos, a regulação de preços repercute de imediato sobre a população, servindo como ferramenta preferencialmente utilizada em detrimento da regulação de qualidade.

A regulação de qualidade corrige uma série de falhas de mercado eliminando impactos na saúde e meio ambiente, definindo padrões mínimos de segurança.

Alguns padrões tais como segurança (limitação do risco aceitável) e regularidade (adequação a padrão qualitativo e quantitativo) são cânones em setores específicos, ao passo que outras dimensões ainda são subjetivas. Definir o que é necessário em termos de qualidade para cada setor é um dos maiores desafios e fiscalizar qualidade demanda altos investimentos com técnicos qualificados

A regulação de preço mínimo revela-se pertinente quando se pretende inibir concorrência predatória tendente a dizimar a concorrência para, a partir de então, estabelecer o preço conveniente no mercado. Já a fixação de preço máximo tem por objeto o sistema de monopólio estatal afastando lucros supracompetitivos.

Há ainda a possibilidade de se estabelecer preço que permita uma taxa de retorno adequado garantindo ainda o suficiente para novos investimentos na modalidade de subsídio cruzado que assegure a universalização do serviço, tal como se verifica na fixação de valor modal de passagem em transporte urbano que permite maior oferta em áreas deficitárias.

Regulação de entrada consiste em fixação de limite ao número de agentes econômicos em determinado mercado visando à proteção do usuário contra produtos ou serviços de baixa qualidade e os riscos de assimetria de informação ou externalidade (poluição).

A formulação de um marco regulatório decorre de uma decisão governamental de efetivamente intervir na atividade econômica, a qual não apresenta uma fórmula padrão obrigatória.

Assim, é de vital importância regular apenas a variável estritamente necessária a fim de evitar efeitos perversos para a sociedade em benefício de poucos, tendência que hoje se verifica positivamente no incremento das regulações de qualidade e de informação, em detrimento da regulamentação de preços verificada no passado que desaguava na redução da oferta ou da qualidade.

Portanto, para se extrair a medida menos gravosa à sociedade é preciso identificar com exatidão qual a variável que será regulada a fim de somente intervir quando for estritamente indispensável. Não custa lembrar que o ambiente ideal prescinde de regulação, haja vista que a livre concorrência importaria busca de

melhor qualidade com menor preço atendendo ao interesse da coletividade, reproduzindo aquele quadro perfeito da microeconomia almejado no Estado liberal.

A importância de uma agência reguladora efetivamente autônoma é acentuada quando a ela também cabe a regulação de entidades ligadas ao próprio Poder Executivo, em especial, empresas estatais e sociedades de economia mista controladas pelo Estado. Neste caso, é importante evitar que o órgão regulador favoreça a empresa estatal em detrimento de um ambiente competitivo saudável, o que poderia gerar certa captura às avessas.

### 3.6. A Legitimidade Regulatória

Muito se discute acerca do déficit de legitimidade das agências reguladoras em virtude de seus diretores possuírem mandatos temporários exercidos a partir da indicação do chefe do Executivo e aprovação da Casa Legislativa.

No modelo anglo-saxão – e em especial o modelo norte-americano – de jurisdição una é comum que os juízes sejam escolhidos via eleição, o que lhes confere maior grau de legitimidade democrática. Além do mais, como já exposto supra, ele está atrelado ao sistema de Common Law, no qual o juiz não pretende criar o Direito, mas revelar um Direito preexistente. Contemplando o quadro, o sistema de vinculação aos precedentes e o controle difuso de constitucionalidade tendem a tornar, por sua vez, as mudanças jurisprudenciais extremamente lentas.<sup>14</sup>

A separação das políticas de formulação promovidas pelo governo e de regulação propostas pelas agências reguladoras pode levar a erros de diagnóstico, uma vez que o formulador não tem experiência no segmento e pode ter menos informações que o regulador, o qual, por sua vez, não sabe as reais intenções do formulador.

Este quadro de descentralização das funções de regulação pode suscitar um déficit de legitimidade, o que por si só, não anula o salto qualitativo quanto à possibilidade de se administrar o conflito analisando os resultados.

Não só por isso, tendo que deliberar sobre questões que reclamam elevado conhecimento técnico, as agências em suas atividades de regulação devem se servir de canais institucionalizados com vistas à participação popular para a edição

---

<sup>14</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 98-99.

de normas que importe uma maior possibilidade de supervisão democrática, como se verifica quando o processo decisório é antecedido por audiências públicas e consultas à sociedade civil através de associações que trazem os anseios da sociedade para a discussão.

A redução dos custos de produção e de distribuição não é suficiente para mensurar uma avaliação de resultados obtidos pelos programas governamentais, inclinando-se a tendência para participação do cidadão nos processos de formação e implementação de políticas.

O controle social tem apresentado grande crescimento nos últimos anos, sobretudo após a criação de mecanismos de participação no lócus das agências reguladoras, por meio dos procedimentos de consulta e de audiência pública. A oportunidade de participação seria uma forma de contrabalançar o poder da tecnocracia especializada. Os requisitos a viabilizar essa oportunidade seriam ao ver da doutrina atual: a existência de canais institucionalizados de participação; a formalização de condições procedimentais de participação; obrigação de transparência para a motivação dos atos administrativos.<sup>15</sup>

Aproximar o cidadão ao agente governamental evita ou reduz falhas de governo forçando a prestação de contas, o que por si só não encerra o processo de acompanhamento, na medida em que não deve se limitar ao monitoramento do processo, mas principalmente análise do resultado decorrente da atuação regulatória. Por outro lado, fortalece a motivação decisiva na hipótese de corresponder aos anseios dos cidadãos contrapondo a interesse de outras forças.

É imprescindível, contudo, que o exercício da competência normativa por parte das agências receba um reforço de legitimidade. E isso se dá quando a lei deslegalizadora prevê a participação dos cidadãos na discussão e elaboração de normas regulatórias.<sup>16</sup>

A transparência, como característica indispensável das agências reguladoras, permite oferecer informação com algum grau de acessibilidade aos usuários, possibilitando a permeabilidade com a democracia participativa (legitimidade material) e não apenas formal (representativa), sendo hoje impositiva a realização de audiência pública, coleta de opinião, dentre outras ferramentas que visam ao

---

<sup>15</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 52-53.

<sup>16</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A Constitucionalização do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2ª Edição, 2010, p. 156.

atingimento do chamado *accountability* na governança corporativa, caracterizada pela múltipla possibilidade de se participar da fiscalização quanto à atuação do órgão no desempenho de sua atividade regulatória.

A incapacidade de cognição pode ser suficiente para fazer proliferar novamente as atividades de *rent-seeking* num processo de consulta pública ou de audiência pública. Daí, a relevância da transparência para que a avaliação seja correta e adequada.

O déficit de legitimidade leva a uma reação com vistas ao reequilíbrio com relação à tecnicidade, motivo pelo qual as decisões regulatórias devem ser o mais que possível motivada, com o esgotamento de todas as ponderações de forma apta a subsidiar sua efetiva manutenção, na hipótese de a discussão ser levada ao Poder Judiciário.

Transparência – dar publicidade aos atos decisórios, devidamente fundamentados deve ser associada ao conceito de *accountability*, que vem a ser o conjunto de modos variados de prestação de contas, pelo governo, à sociedade e a outros órgão de controle. Assim, a transparência envolve uma obrigação do agente público no sentido de tornar acessível aos órgãos de controle os objetivos, motivos, e fundamentos das políticas públicas. A transparência é relevante para todos os tipos de controle, independentemente da sua função específica servindo até mesmo para indicar quais os limites do controle a fim de evitar superposição ou deficiência.<sup>17</sup>

Além das consultas e audiências públicas prévias à edição de atos normativos, novos mecanismos de controle e *accountability* vêm sendo adotados como a análise do impacto regulatório que, na prática, busca identificar possíveis reflexos das medidas a serem implementadas, instrumento pelo qual o regulador tenta antecipar reflexos das decisões das agências, reduzindo o espaço para consequências negativas oriundas da regulação.

Nos últimos anos, a regulação em diversos setores tem apresentado um desenvolvimento tecnológico impressionante que vão alterando as escalas eficientes de prestação, o número possível de concorrentes, entre outros fatores. Além disso, técnicas regulatórias também têm surgido com a finalidade de incrementar eficiência econômica (*benchmark competition*, *yardstick competition* e *price caps*). O dinamismo

---

<sup>17</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 49-50.

regulatório enquadra-se na necessidade de novas metodologias de decisão (ponderação).<sup>18</sup>

Melhorias foram feitas nos anos recentes, sendo uma delas as agendas regulatórias, pelas quais as agências indicam assuntos que serão alvo da atenção do regulador.

### **3.7. A Qualificação dos Dirigentes**

Considerando o cenário no qual as agências reguladoras se inserem, os desafios que estão diante delas e os avanços instituídos nos últimos anos, ainda há espaço para alguns aperfeiçoamentos. Três podem ser considerados: critérios objetivos para a qualificação dos diretores das agências reguladoras, equilíbrio na composição das diretorias das agências e mecanismos para evitar vacâncias excessivas.

As normas atuais que regem a qualificação de executivos para compor as diretorias não trazem critérios objetivos de seleção. Ao avaliar leis, decretos e resoluções que disciplinam as nomeações, consta apenas que os candidatos precisam ser brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade.

Não resta dúvida que há espaço para adoção de critérios de qualificação mais objetivos, como período de experiência no setor de atuação da agência, vínculo acadêmico com a área de qualificação ou mesmo formação mais especializada no setor, sugestões que visam conferir mais eficiência e transparência aos processos e decisões das agências reguladoras.

O Brasil vive uma perspectiva de aumentar os investimentos em infraestrutura, o que demandará mais ações regulatórias, fiscalizadoras e gerenciais destas instituições, o que decerto somente será alcançado com diretorias equilibradas, completas e formadas por profissionais cada vez mais capacitados, com mais apuro e eficácia.

### **3.8. A Melhor Regulação**

---

<sup>18</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **ob. cit.**, p. 98.

Os programas de melhora regulatória surgiram a partir de duas constatações. A primeira é a de que não era possível voltar ao modelo de Estado Mínimo, com o governo apenas provendo proteção de contratos e propriedade, além da prestação de segurança. Há uma demanda forte por parte da sociedade por prestação de serviços governamentais, como saúde e educação. A própria complexidade da sociedade impede um retorno aos moldes essencialmente liberais. Daí decorre a noção de que, embora de fato houvesse espaço para uma redução na intervenção estatal, o pêndulo voltará em breve a se equilibrar, demandando um escopo maior de atuação governamental, embora com parâmetros e alcances diferentes do modelo keynesiano.

A segunda constatação é a de que o modelo de autonomia das agências reguladoras precisará em breve de revisão. Aperfeiçoamento na sua inclusão no aparato público. Atualmente as críticas estão focadas na suposta insuficiência de sua responsabilização política e em aspectos correlatos como grau de insulamento decorrente de sua autonomia. Legislativo e Judiciário não possuem instrumentos de controle ou supervisão adequados em função de informação assimétrica que naturalmente decorre de mercados regulados. Não à toa a independência regulatória tem sido constrangida em função de crescente necessidade de fazer com que elas interajam não só com mercados e consumidores mas também com os dois outros Poderes e até mesmo com o Executivo. Basta dizer que o insulamento (déficit de legitimidade e de coerência governamental) gradativamente vem sendo mitigado pela obrigatoriedade de prestar contas, processo de participação popular e revisão judicial substantiva.<sup>19</sup>

As agências reguladoras, como instituições públicas do Estado, devem ser fortalecidas para não correrem o risco de serem capturadas por outras instituições ou por qualquer grupo de interesse. Mais de 15 anos depois do surgimento das primeiras agências reguladoras nos setores de infraestrutura no Brasil, seria importante ocorrer uma avaliação criteriosa e sem ideologia a respeito de alguns aspectos do funcionamento delas já que as agências, bastante demandadas, tendem a ser ainda mais exigidas conforme os investimentos e a economia do país apresentam uma tendência de retomada do crescimento.

A primeira onda regulatória iniciada na década de 90 tratou da privatização com criação das agências setoriais com caráter autônomo e independente. A segunda onda diz respeito à legitimidade reclamando canais de participação para os grupos de interesse envolvidos na regulação, atenuando a burocratização e o accountability eleitoral. A terceira onda se preocupa com os custos e benefícios das regulações editadas, o que vem sendo orientada pela OCDE. Há consciência de que burocratas podem fazer más escolhas daí a evolução para um critério padrão a ser desenvolvido para que a sociedade possa acompanhar o processo regulatório com as informações necessárias.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 198-200.

<sup>20</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **ob. cit.**, p. 206.

Neste quadro dinâmico caracterizado pela atuação de diversas forças, há de se fazer uma reflexão quanto à adoção da melhor regulação (*better regulation*) a partir de uma discussão aberta com os grupos interessados na matéria, com vistas ao atingimento da maior eficiência regulatória.

#### **4. INFLUÊNCIAS DO PODER EXECUTIVO E LEGISLATIVO NAS DELIBERAÇÕES REGULATÓRIAS**

Assumindo a função de regular setores econômicos nos quais os serviços públicos são prestados por concessionárias públicas ou privadas, as agências reguladoras instituem regras para funcionamento dos mercados e atuação dos agentes econômicos, além de arbitrar conflitos e decidir assuntos, sempre considerando os direitos e deveres das três partes envolvidas na prestação do serviço: as empresas, o poder concedente e os consumidores.

Por tal motivo, imprescindível o agir de forma independente e autônoma, com capacidade para tomar decisões equilibradas e justas após amplo debate entre os envolvidos, haja vista se tratar de instituições que interferem em mercados pujantes e convivem com pressões de vários segmentos. Neste passo, desde a seleção de seus integrantes, já se observa procedimento próprio com a participação do Executivo e Legislativo que busca justamente atenuar ao máximo as interferências.

##### **4.1. O Legislativo e Executivo na Composição das Agências**

A Lei n. 9986/00 ao instituir as agências reguladoras delegou a atividade a um conselho diretor integrado por cinco membros, brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito em seu campo de especialidade.

Para consagrar a legitimidade da diretoria, no art. 5º, ficou estabelecido que a nomeação de diretores e conselheiros, realizada pelo chefe do Poder Executivo, é condicionada à aprovação em sabatina realizada pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, III, f, da Constituição da República.<sup>21</sup>

Trata-se de mecanismo de controle tendente a impedir a nomeação de pessoas sem qualificação e desvinculada da atividade a ser regulada, estabelecendo um sistema legítimo de representatividade de seus membros a partir de deliberação da Casa Legislativa.

Por outro lado, a garantia de mandato é fundamental para assegurar aos dirigentes das agências a autonomia e independência necessárias que lhes

---

<sup>21</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. DF; Senado Federal 1988. Art. 52: Compete privativamente ao Senado Federal aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de titulares de outros cargos que a lei determinar.

permitam julgar com imparcialidade, até mesmo contra interesses políticos ou econômicos, o que configura a essência da política regulatória e fortalece a segurança jurídica dos investimentos.

No que tange à autonomia administrativa, que também vem sofrendo fortes questionamentos, parte da doutrina aponta a possível violação ao art. 84, II, da Constituição da República quando se estabelece a estabilidade reforçada dos dirigentes e a impossibilidade de exoneração *ad nutum*. Questiona-se, também a constitucionalidade de os mandatos dos dirigentes das agências não coincidirem com o mandato do Chefe do Executivo, em aparente violação ao princípio republicano.<sup>22</sup>

Em que pese haver questionamentos acerca da validade jurídica do mandato com prazo fixo, sob a alegação de que não havendo concurso estar-se-ia tratando de cargo de confiança, demissível *ad nutum*, não se pode olvidar que o art. 37, I, da Constituição federal prevê acesso aos cargos públicos de todos que preencham os requisitos legais, o que decerto falece de maiores digressões ante a observância dos requisitos acima elencados.

Vale salientar que os dirigentes das agências exercem mandato por prazo previamente estabelecido na legislação que cria o respectivo órgão, havendo um descasamento para que, ao término do mandato de um deles, os demais permaneçam exercendo suas atribuições sem solução de continuidade deliberativa.

A legitimidade do processo seletivo conferindo estabilidade aos conselheiros impõe a perda do cargo apenas na hipótese de cometerem falta grave, devidamente apurada em processo administrativo ou judicial, assegurados os princípios da ampla defesa e do contraditório, primado da segurança jurídica que repercute na relevância dos investimentos envolvidos na área de atuação das agências que reclama autonomia plena.

Observada estritamente a rigidez do processo seletivo, não resta dúvidas que a pessoa investida no cargo gozaria de amplos poderes para atuar na regulação de forma independente e desvinculada daqueles que respaldaram seu ingresso. Não obstante, o Tribunal de Contas da União (TCU), órgão de controle do Poder Legislativo, considera que os critérios, excessivamente subjetivos, possibilitam a indicação de diretores que não possuem os conhecimentos imprescindíveis para o exercício de cargo de natureza técnica, além do que já se manifestou no sentido de

---

<sup>22</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A Constitucionalização do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2ª Edição, 2010, p. 152-153.

que a sabatina na forma como realizada pelo Senado Federal, não oferece elementos satisfatórios para aferição dos candidatos.

A preocupação que surge desta situação é evidentemente política, na medida em que o diretor ou conselheiro investido na função sem o submetimento ao devido crivo acerca de seu conhecimento técnico, dá ensejo a uma regulação comprometida e vulnerada a interesses e pressões exercidas por parlamentares que atendem a interesses de grupos específicos diretamente vinculados à agência reguladora.

#### **4.2. O Controle do Tribunal de Contas da União**

Analisando o texto constitucional, é o Tribunal de Contas que possui competência para adentrar no mérito das ações administrativas, para aferir a economicidade das Agências Reguladoras.

A Constituição federal nos art. 70 e 71 trata da fiscalização contábil, financeira e orçamentária referente às atribuições atinentes ao Tribunal de Contas. Todavia, devido à complexidade e o acentuado caráter técnico-especializado que caracterizam as decisões das Agências Reguladoras, os Tribunais de Contas não estão aparelhados para esse fim e, por tal motivo, os órgãos técnicos dos Tribunais de Contas apenas opinam, mas suas decisões sofrem interferências políticas, devido à forma de indicação político-partidária. Por isto, o controle pelo Tribunal de Contas é limitado e ainda comprometido por vício de origem em sua composição.

A atuação do Tribunal de Contas é principalmente em três áreas: auditoria financeira e orçamentária; julgamento das contas dos administradores e responsáveis por bens e valores públicos; e, emissão de parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Executivo. Neste passo, a Constituição federal não autoriza o Tribunal de Contas a investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia, por conseguinte, nem de uma Agência Reguladora, que é uma autarquia especial. Deste modo, não lhe caberia avançar a atividade fiscalizadora sobre a atividade-fim da Agência Reguladora, sob pena de violação do princípio da separação de Poderes.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Tribunal de Contas da União. Plenário. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/tcu/PDFs/Acordao3822004-TCU-Plen%E1rio.pdf>>. Acesso em 04 dez. 2014.

Como auxiliar do Poder Legislativo para o controle da Administração Pública, incumbe ao TCU a avaliação dos atos praticados pelos órgãos reguladores e, não obstante ser recorrente a avaliação de seu desempenho, a autonomia das agências é tratada de forma dúbia pelo TCU que às vezes intervém de forma profunda na própria política regulatória enquanto em outras apresenta alguma deferência aos reguladores.

Em uma primeira vertente de precedentes o TCU reconhece que sua competência constitucional para a realização de auditorias operacionais permite grande ingerência sobre as atividades administrativas o que abrangeria o controle dos atos praticados, inclusive sob a ótica do princípio constitucional da eficiência, conforme se verificou na consulta formulada pelo Ministério das Comunicações acerca das formalidades a serem observadas para o uso de recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust). Nesta ocasião, o TCU no Acórdão n. 1107/2003 sob a relatoria de Humberto Guimarães Souto em 13/08/03, praticamente definiu como deveria ser implementada a política de universalização do setor de telecomunicações, à revelia da Anatel.<sup>24</sup>

A análise interpretou de forma peculiar a legislação aplicável ao caso, além de ter deixado pouco espaço para a atuação do órgão regulador. De fato, atualmente a interpretação se reflete no uso de recursos do Fust em patamares irrisórios.

O TCU, como órgão de controle externo vinculado ao Poder Legislativo, já expediu recomendação à Anatel para que melhorasse seus sistemas de fiscalização de modo a permitir acesso em tempo real à base de dados de registros de reclamações de usuários dos *call centers* de todas as prestadoras para consulta e acompanhamento remoto da resolução de reclamações e problemas reportados pelos usuários. Ainda que o Tribunal tenha tecido considerações acerca dos cuidados para que não fosse determinada ou recomendada uma medida tecnicamente inviável, fato é que posteriormente, a falta de implantação do sistema foi considerada um descumprimento da decisão anterior e, deste modo, o Tribunal acabou por impor a adoção de um determinado método de fiscalização do setor regulado, o que vai muito além de uma recomendação à agência.

---

<sup>24</sup> Tribunal de Contas da União. Plenário. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2003-08-13;1107>>. Acessado em 04 dez. 2014.

Outra vertente indica a dubiedade de tratamento, indicando uma deferência administrativa, quando o TCU preserva o ato praticado pela agência reconhecendo a importância de sua autonomia decisória, assegurando para si, todavia, a possibilidade de atuar, caso o órgão regulador não desempenhe a contento suas competências, conforme se assentou em solicitação formulada pela Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado Federal para realização de auditoria nos sistemas de tarifação e cobrança das empresas de telecomunicações.<sup>25</sup>

Neste caso, houve grande preocupação em analisar as particularidades envolvendo a atuação da Anatel sem interferir diretamente em suas atividades. O TCU fez suas considerações com clara preocupação de manter aberto o leque de opções para a atuação do órgão regulador – ao menos até que seja caracterizado algum tipo de omissão por parte da agência.

A postura do TCU que parece mais razoável está próxima da segunda vertente, na qual há uma preocupação clara em resguardar as competências do órgão regulador de forma muito análoga ao que ocorre na delimitação do controle judicial.

Não parece adequado aceitar a substituição de juízo emitido pela Agência Reguladora quando a questão estiver circunscrita à sua esfera de competências e, mesmo nos casos em que restar caracterizada omissão, caberia apenas ao TCU a determinação para que esta fosse sanada, jamais impondo para que fosse adotado um comportamento comissivo específico, muito menos com uma redução do leque de opções regulatórias disponíveis para a agência.

### **4.3. O Conflito Normativo**

O assédio político tende a infiltrar nas relações institucionais, fazendo com que as decisões quanto às políticas de Estado, pautadas no interesse da coletividade e na segurança jurídica, passam a sofrer forte impacto daqueles que transitoriamente estão no poder, seja para enaltecer um viés assistencialista, seja para tutelar interesses de grupos específicos.

---

<sup>25</sup> Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão n. 210/2013. Min. José Jorge. Disponível em: <file:///C:/Documents%20and%20Settings/Administrador/Meus%20documentos/Downloads/sf-sistema-sedol2-id-documento-composto-20185%20(2).pdf>. Acesso em 04 dez. 2014.

Recentemente, interferência legítima sob o aspecto formal, embora de acerto duvidoso, se assistiu quando o Congresso Nacional no dia 07/06/14, exercendo a competência exclusiva conferida pelo art. 49, V, da Constituição federal, sustou a Resolução da ANVISA de 2011 que proibia a venda remédios emagrecedores.

Os medicamentos liberados (anfepramona, femproporex e mazindol) fazem parte do grupo de anfetaminas que, na Resolução proibitiva de comercialização avaliou-se que trazia mais riscos do que benefícios, tais como hipertensão pulmonar e arterial, além de inexistir estudos que demonstrassem a eficácia do medicamento.

A Resolução vigia desde 2011 e era respaldada por estudos técnicos e acompanhamentos realizados pelo órgão regulador, tendo sido expedida depois de audiências públicas que reuniram representantes de sociedades médicas e pesquisadores, o que ora foi sumariamente desprezado para tomada de uma decisão com forte viés político em ano eleitoral, sob pressão de associações médicas de endocrinologistas favoráveis ao uso desses medicamentos para emagrecimento, capitaneada pelo Conselho Federal de Medicina que sustentava sua liberação como sendo mais uma alternativa de tratamento.

Argumentou-se que os medicamentos eram vendidos no Brasil há mais de 40 anos e que continuam sendo vendidos em mais de 80 países, desconsiderando relatórios internacionais nos quais a Anvisa havia se baseado, em razão de possíveis efeitos negativos na saúde dos pacientes, como problemas cardíacos e alterações no sistema nervoso. Os técnicos justificavam que os resultados desses tratamentos não eram comprovados e não compensavam os efeitos colaterais e, deste modo, a deliberação havia sido fruto de amplo debate e intensa discussão junto à sociedade civil prevalecendo o interesse pela saúde pública, sumariamente descartado pelo Legislativo às vésperas de sua renovação no pleito eleitoral de 2014.<sup>26</sup>

#### **4.4. O Aparelhamento Político**

---

<sup>26</sup> Câmara aprova projeto que libera venda de remédios para emagrecer. **Globo.com**. Brasília. Disponível em : <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2014/04/camara-aprova-projeto-que-libera-venda-de-remedios-para-emagrecer.html>>. Acesso em 04 dez. 2014.

O sistema das agências reguladoras implica outorga de certa independência em relação ao governo no que tange a vários aspectos de sua atuação e se há interferência política do governo, o sistema pede a sua pureza e vocação, conforme vem se verificando com o propósito de reduzir o poder daquelas entidades, ingerência que denota flagrante distorção no processo de desestatização.

Três males podem ser apontados com destaque face à sua ocorrência com certa frequência, corroborando as denominadas falhas de governo decorrentes de interferência indevida do governo nos órgãos regulatórios: a migração pública, o locaute/desaparelhamento e a inanição regulatória.

A migração pública decorre do assédio exercido sobre os conselheiros e diretores, com o propósito de se influenciar ilegítimamente na tomada de decisão, acenando com a possibilidade de ao término do mandato, ingressar na administração direta ou mesmo nos quadros partidários para concorrer nos próximos pleitos eletivos.

A Lei n. 9986/00 ao regulamentar a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras, estabeleceu em seu art. 8º, com a redação alterada pela Medida Provisória n. 2216-37/2001, que o ex-dirigente fica impedido para o exercício de atividades ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato.

Do mesmo modo, as leis setoriais que fixam prazos mais longos de quarentena, 01 (um) ano pela Anatel e Aneel, conforme art. 30 da Lei n. 9472/97 e art. 9º da Lei n. 9427/96, respectivamente, referem-se à prestação direta ou indireta de serviços às empresas vinculadas ao setor, nada falando a respeito de eleição ou nomeação a cargo em comissão nos governos e empresas estatais ou sobre o exercício de função político-partidária.

Assim, inexistindo quarentena relativa a estas atividades, ao contrário do ex-dirigente que fica impedido para o exercício de atividade no setor regulado, o problema da migração pública é agravado visto que no dia seguinte ao término do mandato na agência, o político profissional pode candidatar-se ou ocupar cargos em comissão no governo, caracterizando a chamada captura estatal que ainda acarreta o esvaziamento decisório da entidade através do locaute, uma vez que a ausência de conselheiro por vezes inviabiliza deliberações regulatórias.

De tempos para cá as agências reguladoras se transformaram em demandas partidárias a compor os respectivos mosaicos de siglas: o PC do B ocupa a ANP; o PMDB briga pela ANEEL e ANAC; o PTB quer a ANTT e assim por diante. Muitos dos cargos diretivos passaram a ser preenchidos por pessoas sem a necessária sofisticação técnica – esta sim, indispensável à condução da política de regulação setorial.<sup>27</sup>

Não custa lembrar que a atuação do Poder Concedente no âmbito da tomada de decisões pelas Agências Reguladoras deve ser paritária com as concessionárias e usuários. A participação democrática de todos os agentes enseja a tomada de decisão adequada, não se permitindo o manejo de expedientes escusos com vistas à obtenção de decisão mais favorável a seus interesses, sob pena de macular o interesse primário da coletividade, a partir dos elementos existentes no tabuleiro decisório.

#### **4.5. O Desaparelhamento Regulatório**

A lógica das nomeações passou a fazer parte dos arranjos político-governamentais que sem dúvida alguma, atenua ou até mesmo aniquila a independência técnica, instalando outras prioridades regulatórias que tendem a se alinhar ao programa do Governo Central, consolidando o aparelhamento político das Agências Reguladoras e conseqüente desaparelhamento técnico-decisório.

O locaute/desaparelhamento se verifica quando os cargos ficam durante longo período desocupados ou, quando muito, preenchidos por interinos fazendo com que algumas das agências literalmente fiquem impedidas de regular os respectivos setores, devido à falta de quórum em suas diretorias colegiadas, conjugado com o fato de que, por vezes, não dispõe da expertise necessária para o respectivo direito da regulação.

Não se pode olvidar que a omissão é também uma escolha regulatória, mas desde que isso seja feito pela entidade competente e não pelo Poder Executivo central que, deixando de nomear diretores detentores de conhecimento técnico no setor a ser regulado ou não os nomeando tempestivamente, impede que a regulação seja feita, caracterizando o locaute regulatório ou desaparelhamento da agência.

---

<sup>27</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 132.

A inanição regulatória decorre de ilegítima interferência com o propósito de enfraquecer o órgão, como se verificou no episódio envolvendo o reajuste das tarifas de telefonia fixa, logo no início do primeiro mandato de Lula em 2003. Os contratos de concessão de Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC celebrados em 1998 previam o uso do Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna /IGP-DI para pautar os reajustes. O recém-eleito presidente da República considerou abusivo o reajuste que seria decorrente da aplicação das regras contratuais, recomendado sua suspensão ao presidente da Anatel, à época Luiz Guilherme Schymura, até que fosse celebrado acordo com tarifas justas e coerentes com o interesse público e com a política econômica em vigor. Diante da clareza das regras contratuais, a Anatel procedeu aos reajustes na forma prevista nos contratos de concessão, fazendo com que o então ministro das Comunicações simplesmente incentivasse o questionamento judicial dos reajustes e a própria legitimidade da decisão, o que acabou por desgastar a relação entre a Agência e o Ministério, dificultando a permanência do conselheiro-presidente no órgão regulador que veio a renunciar em 2004.<sup>28</sup>

A realidade atual brasileira especialmente após a primeira sucessão presidencial, depois de criadas as agências, demonstra a necessidade de amadurecimento institucional das questões polêmicas em torno do tema. O que se verifica, hoje, é uma tentativa de enfraquecimento das agências sem a utilização do processo democrático que deve nortear eventuais mudanças do modelo regulatório. Ao invés de alterações legislativas, do debate democrático e da análise judicial dos problemas apontados, procura-se retirar o poder por meio de subterfúgios como, vg, a nomeação de dirigentes por razões políticas, sem a observância das qualificações técnicas e, a te mesmo, a ausência de nomeação desses dirigentes, impedindo a tomada de decisões deliberativas no seio das agências.<sup>29</sup>

Outro caso de ingerência do Executivo que merece destaque foi o papel desempenhado pela Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica durante o episódio ocorrido entre 2001 e 2002, conhecido como apagão elétrico no governo de Fernando Henrique Cardoso. Neste período, não obstante ser órgão especializado responsável pela regulação do setor, a Aneel acabou relegada ao segundo plano,

---

<sup>28</sup> Lula pede a Anatel que só conceda reajuste após negociação. **Agência Estado**. São Paulo. 26 jun. 2003. Disponível em: <[HTTP://www.estadao.com.br/arquivo/tecnologia/2003/not20030626p43503.htm](http://www.estadao.com.br/arquivo/tecnologia/2003/not20030626p43503.htm)> Acesso em 04 dez. 2014.

<sup>29</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A Constitucionalização do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2ª Edição, 2010, p. 176.

com todas as decisões sendo tomadas e coordenadas pela Casa Civil da Presidência da República.<sup>30</sup>

Noutra ponta do problema, a forte pressão política suportada em função de eventos específicos, por vezes causados pela falta de estrutura mínima para funcionamento da agência, acaba por determinar a renúncia de seus dirigentes como se verificou nos idos de 2006 e 2007 quando a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) experimentou a renúncia sucessiva de todos os seus diretores durante o episódio que ficou conhecido como apagão aéreo, por conta de falhas operacionais que causaram transtornos aos usuários nos aeroportos, agravado pela ocorrência de grave acidente aéreo.

O Poder Executivo atribuiu a responsabilidade pela crise diretamente à Anac, exercendo pressão sobre seus diretores que, embora não houvessem sequer sido submetidos a procedimento investigatório, acabaram por deixar os cargos mediante apresentação das renúncias em um período de 3 meses, muito embora, por força legal, possuíssem mandato até 2011. Além de o Ministério da Defesa ter enrijecido o discurso contra o órgão regulador, criou-se a Secretaria de Aviação Civil que passou a desempenhar papel fundamental no setor caracterizando inanição regulatória.<sup>31</sup>

Os exemplos revelam a insuficiência da análise meramente legal da autonomia das agências reguladoras. Em tese, em nenhum dos casos os diretores e conselheiros deveriam ter deixado os cargos na medida em que não houve decisão administrativa ou judicial que houvesse determinado a perda do cargo, na forma do que dispõe o art. 9º, da Lei n. 9986/00.

Como órgãos da Administração Indireta vinculada a um Ministério de Estado, as autarquias não se submetem à subordinação, instituto próprio da Administração

---

<sup>30</sup> ZIMMERMANN, Patrícia. Ministro apresenta plano para gerar mais 19,6 mil MW. **Folha On line**. Brasília. 05 jun. 2001. Disponível em:

<[HTTP://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u23448.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u23448.shtml)>. Acesso em 04 dez. 2014.

ZIMMERMANN, Patrícia. Governo pode pagar para indústria não utilizar energia, diz Parente.

**Folha On line**. Brasília. 05 jun. 2001. Disponível em:

<[HTTP://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u23472.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u23472.shtml)>. Acesso em 04 dez. 2014.

<sup>31</sup> Giraldi, Renata. Lula admite que crise aérea não terminou. **Folha On Line**. 06 set. 2007.

Disponível em: <[HTTP://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u326217.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u326217.shtml)>. Acesso em 04 dez. 2014.

Presidente da Anac confirma renúncia e critica ministro. **Folha On Line**. 31 out 2007. Disponível

em: <[HTTP://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u341407.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u341407.shtml)>. Acesso em 04 dez. 2014.

Giraldi, Renata. Ministro Nelson Jobim critica leniência da Anac. **Folha On Line**. 23 out. 2007.

Disponível em: <[HTTP://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u339024.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u339024.shtml)>. Acesso em 04 dez. 2014.

Direta e, expedientes desta natureza não agregam o sistema que visa à eficiência do serviço público.

Insta realçar que não se pode confundir subordinação com vinculação administrativa. A subordinação tem caráter interno, decorre do poder hierárquico, e se estabelece entre órgãos de uma mesma pessoa administrativa, admitindo todos os meios de controle do superior sobre o inferior. Já a vinculação possui caráter externo, resulta do controle que pessoas federativas exercem sobre as pessoas pertencentes à Administração Indireta, que são dotadas de personalidade jurídica própria, sendo exercida nos limites que a lei estabelecer, sem suprimir, contudo, a autonomia conferida ao ente supervisionado.<sup>32</sup>

Este estado de coisas acaba por inibir o aporte de novos investimentos, na medida em que não se vislumbra um horizonte seguro e com perspectivas positivas no ambiente regulado, o que decerto repercute na qualidade dos serviços prestados aos usuários, sem o adequado grau de satisfação.

#### **4.6. Supervisão Ministerial**

As leis criadoras das agências reguladoras são claras ao afirmar que de suas decisões não cabe recurso para a Administração direta. Tal assertiva se infere da leitura do art. 19, XXV, da Lei n. 9472/97 que, no âmbito da Anatel, maneja recurso ao Conselho Diretor para decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada e ainda, a partir do art. 9º, § 2º, da Lei n. 12529/11 que, ao instituir o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, integrado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, órgãos regulatórios embora não nominados de agências reguladoras, dispõe de igual modo que das decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo.

Neste sentido, em se tratando de órgão vinculado a Ministério, parte da doutrina entende que as agências reguladoras sequer estariam sujeitas à supervisão ministerial, na medida em que descabe recurso hierárquico.

Não obstante, o Parecer n. 04/06 da lavra da Advocacia-Geral da União (AGU), ao enfrentar questão relacionada à Agência Nacional de Transporte Aquaviário (Antaq), apontou seu caráter vinculante para toda Administração Pública,

---

<sup>32</sup> MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública Centralizada e Descentralizada – Tomo I**. Rio de Janeiro: América Jurídica. 9ª Edição, 2007, p.155.

bem como o cabimento de recurso hierárquico impróprio perante o respectivo Ministério a que esteja vinculada, nas hipóteses de restar evidenciado transbordamento de sua competência regulatória ou violação à política pública estabelecida.

Em que pese a ausência de hierarquia entre os órgãos a ensejar o aludido recurso, a primeira hipótese não reclama maiores digressões, na medida em que carecendo de legitimidade, a análise decisória no âmbito do respectivo Ministério se amoldaria à supervisão ministerial prevista no art. 19 do Decreto-lei n. 200/67.

O ponto sensível da questão diz respeito à violação da política pública que abre um precedente ameaçador no que toca à autonomia das agências reguladoras em relação do Poder Executivo, na medida em que sua decisão deve ser pautada pela política de Estado que nem sempre corresponde à política de governo, podendo ser alvo de interferências e ruídos na relação institucional.

Voltando às apreciações sobre as faculdades que decorrem do poder hierárquico, alude-se à avocação, que é fato inverso da delegação. É chamar para si atribuições originariamente entregues a subordinado. Como regra geral, a avocação é permitida, embora tenha caráter de excepcionalidade, só devendo ser adotada pelo superior hierárquico quando houver motivos relevantes para tal substituição, isto porque a avocação de um ato sempre desprestigia o inferior e, não raro, desorganiza o normal funcionamento do serviço; por isso, deve ser fundamentada porque representa um *capitis diminutio* do agente administrativo; logo, a avocação não é permitida com muita liberdade.<sup>33</sup>

Ainda que a legalidade das conclusões do parecer seja questionável, o quadro institucional que emerge do posicionamento da AGU exige um diálogo próximo entre Agências e Ministérios a que estejam subordinadas e, embora possa ser saudável do ponto de vista de alinhamento de políticas públicas, pode também ser bastante prejudicial caso venha a representar submissão da Agência ao Ministério, deixando de ser órgão de Estado e passando a mero órgão de governo, *longa manus* do Ministério.

Parece-nos, todavia, que a orientação contida no parecer da AGU, como a devida vênua, é inconsistente com a própria lógica que justificou a implementação do modelo de agências reguladoras no Brasil. Ao se admitir a interposição de recurso hierárquico impróprio nas situações apontadas no parecer, poder-se-ia “jogar por terra” toda a autonomia das agências

---

<sup>33</sup> MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública Centralizada e Descentralizada – Tomo I**. Rio de Janeiro: América Jurídica. 9ª Edição, 2007, p. 151.

reguladoras e a pretendida despolitização de setores marcadamente técnicos que necessitam de maior segurança jurídica. Sob o pretexto genérico de que o ato da agência viola uma determinada “política pública”, o Chefe do Executivo sempre teria a possibilidade de rever o ato regulatório, o que não seria, em princípio, recomendável.<sup>34</sup>

Neste quadro, por mais autônomas que sejam sob o aspecto formal, as agências reguladoras ainda se inserem em um governo central e sofrem influência direta do contexto político ao seu redor, sendo imprescindível um diálogo político com o Poder Executivo, sem, contudo, chegar às vias de submissão e deslocamento do principal objetivo consistente na eficiência.

Casos mais recentes, como a prorrogação antecipada dos contatos de concessão de eletricidade mediante redução das tarifas, novas normas de competição e melhoria da qualidade nas telecomunicações e nos programas de investimentos em portos, aeroportos, rodovias e ferrovias deixam claro o quanto é importante haver no Brasil entes reguladoras independentes, autônomos, eficientes e transparentes, com capacidade de agir de forma equilibrada diante das transformações que o país passa na economia.

A ingerência política recentemente deu causa a um desequilíbrio regulatório que não beneficiou qualquer dos agentes econômicos, mas tão somente o governo que divulgou redução na tarifa de energia elétrica, pulverizada em pouco mais de um ano, por conta da crise hídrica que influenciou a geração de energia.

Pouco mais de um ano e meio depois da redução na tarifa de energia (18% para residências e de até 32% para indústrias, agricultura, comércio e serviços), a Firjan aponta que o custo de energia elétrica para as indústrias que à época teve redução de 28% já é maior este mês do que em janeiro de 2013 quando a MP 579 entrou em vigor.<sup>35</sup>

Em abril, a Aneel aprovou reajuste de 28,99% nas tarifas de baixa tensão em distribuidoras do RS, em 33,49% no Paraná, 17,69% na Celpe de Pernambuco, além de minas (14,24%) Rio e São Paulo. MS (9,4%). Esta flagrante ingerência do Poder Executivo na fixação do preço ao consumidor, foi efetivada sua redução via

---

<sup>34</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A Constitucionalização do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2ª Edição, 2010, p. 167.

<sup>35</sup> BENEVIDES, Carolina. Custo da energia para a indústria é maior do que em janeiro de 2013. **O Globo**, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/custo-da-energia-para-industria-maior-do-que-em-janeiro-de-2013-13785224>>. Acesso em 31 ago. 2014.

Medida Provisória n. 579, o que causou grande desequilíbrio para as distribuidoras e elevado despacho térmico. A canetada que foi sentida menos em 2013 é sentida agora e vai ter reflexo em 2015, por conta dos aportes no setor e a necessidade de continuar com as termelétricas em função da seca. A MP foi imposta e agora algumas distribuidoras precisam de aportes e o governo simulou que todas as concessões seriam renovadas, determinando um valor que algumas distribuidoras não aceitaram. O preço subiu no mercado à vista, parou de chover, as termelétricas tiveram que ser usadas e isso abriu um rombo nas distribuidoras.

A mesma desregulação foi verificada na gestão dos recursos hídricos a cargo da ANA que foi leniente, atendendo a interesses políticos em ano eleitoral que rejeitava racionamento.

A crise da água ameaça 1369 municípios brasileiros e a Região Metropolitana de São Paulo, onde a maior preocupação sempre foi com enchentes, coloca em xeque o modelo de gerenciamento dos recursos hídricos no país, apesar de a legislação brasileira ser inovadora ao estabelecer a gestão por bacia hidrográfica, não por limite geográfico, na prática a atuação dos órgãos reguladores foi enfraquecida. Segundo Malu Ribeiro, coordenadora da Rede das Águas da Fundação SOS Mata Atlântica, a água não é tratada como questão estratégica e a sociedade, que tem uma falsa cultura de abundância, não atua para reverter o quadro.

O estudo indica que o Brasil consome 83% de sua água na produção agrícola e pecuária e entre 2006 e 2010, houve um incremento de 29% na retirada de água dos mananciais principalmente para irrigação, que passou de 47% para 54% do total. O consumo de uso humano urbano e rural, não passa de 10% do total. O Atlas do Saneamento 2011, do IBGE, mostra que as empresas de saneamento perdem entre 37% e 42% da água no caminho entre os reservatórios e o consumidor. Para piorar, a distribuição é desigual: um quarto dos municípios brasileiros sofre com racionamento de água.<sup>36</sup>

A despeito das previsões científicas, o Congresso Nacional aprovou um Código Florestal que flexibilizou a preservação de matas no curso dos rios e entorno de nascentes. A recuperação das bacias degradadas não passa de futuro incerto e

---

<sup>36</sup> CARVALHO, Cleide. Desperdício de água é maior no campo, aponta especialista. **O Globo**, São Paulo, 24 ago. 2014. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/desperdicio-de-agua-maior-no-campo-aponta-especialista-13712469>. Acesso em 04 dez. 2014.

projetos de desassoreamento parecem surtir mais efeito na contratação de dragas do que no leito dos rios.

O Brasil passa por um momento extremamente importante, no qual há necessidade e perspectiva de aceleração nos investimentos em infraestrutura. Essa jornada exigirá eficiência das agências reguladoras do setor, já que elas detêm competências essenciais para o país executar processos de aperfeiçoamentos regulatórios. Muitos deles já estão em andamento, nos setores de energia elétrica, petróleo e gás natural, transportes e logística, saneamento básico e telecomunicações. Mas certamente outros podem ser necessários nos próximos anos.

Temos no Brasil uma história relativamente recente com as agências reguladoras independentes e, se em países como os Estados Unidos elas existem desde os últimos anos do século XIX, por aqui elas funcionam desde o fim dos anos 90, quando o Estado brasileiro começou a eliminar monopólios estatais longevos e ineficientes nos setores de infraestrutura e permitiu o retorno do capital privado para investir, operar e manter ativos e serviços.

As agências reguladoras também acabaram forçando a melhoria na gestão das empresas estatais, que agora convivem em um ambiente competitivo com as companhias privadas.

Tais competências e funções só serão cumpridas com eficiência se as agências reguladoras estiverem devidamente estruturadas, com equipes técnicas em quantidade suficiente, com conhecimento e treinamento atualizado e com condições adequadas para regular, fiscalizar e arbitrar com autonomia e independência principalmente em relação ao Poder Central.

## 5. O CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO NO DIREITO REGULATÓRIO

Em virtude do curto período de atuação das agências reguladoras no Brasil, ainda com certa frequência, não só suas decisões são objeto de questionamentos, mas também questões relacionadas às suas atribuições são levadas ao Judiciário, instado a se manifestar acerca dos limites quanto ao exercício das atribuições regulatórias, seja em função do conflito de interesses entre concorrentes, seja em razão de conflito entre entes da Federação que, de alguma forma, atuam concomitantemente em determinados segmentos.

Em se tratando do Poder da República constitucionalmente estabelecido para dirimir os conflitos, tendo em conta a multiplicidade de interesses envolvidos, bem como os reflexos decorrentes das decisões regulatórias que transcendem ao interesse primário de se prestar o melhor serviço à sociedade, impositiva uma abordagem acerca do cenário brasileiro e do alcance desta rediscussão meritória no âmbito do Poder Judiciário.

Após duas décadas em que o Brasil permaneceu submetido a um regime autoritário e restritivo de direitos, a Constituição de 1988 estabeleceu no art. 5º inciso XXXV que incumbiria ao Poder Judiciário apreciar toda e qualquer lesão ou ameaça a direito, o que lhe conferiu a qualidade de guardião da Constituição na atividade de dirimir os conflitos, tutelando direitos fundamentais.

O Poder Judiciário, mantendo-se equidistante do interesse das pessoas públicas e privadas, assegura um julgamento em que o único fator de motivação seja a lei ou a Constituição, de modo que toda vez que o Legislativo ou o Executivo se descuide dos parâmetros deles exigidos e ofendem direitos do indivíduo ou da coletividade, o controle judicial deve restaurar a situação de legitimidade.

Nesta ordem, em se tratando de decisões que demandam uma amplitude de conhecimento técnico por parte do gestor que alcançam interesses de grupos econômicos e repercutem no interesse da coletividade, há de se perquirir até que ponto esta ingerência seria pertinente, na medida em que o órgão jurisdicional não possui a expertise adequada para enfrentamento de todas as questões que lhe são postas.

Grande parte dos conflitos envolvendo o poder normativo das agências reguladoras extrai-se do mandato legal a elas atribuído e, no âmbito regulatório, a possibilidade de as agências reguladoras terem vantagens institucionais em relação

ao Congresso para legislar matérias complexas dá um novo contorno aos limites formais da regulação.

O poder normativo das agências é assunto dos mais controversos, podendo as diferentes correntes a seu respeito ser resumidas da seguinte forma:

O poder regulamentar das agências seria inconstitucional uma vez que não há previsão constitucional para que essas autarquias especiais apliquem a discricionariedade normativa por parte do titular do poder regulamentar ou mesmo que o poder normativo das agências não existiria, pois a Constituição vedaria qualquer tipo de delegação;

O poder normativo das agências funcionaria a partir de uma delegação complementar a fim de lidar com a crescente complexidade das questões regulatórias e com fundamento no princípio da eficiência;

O poder normativo das agências decorre da necessidade de regulação técnica de mercados o que gerou modificações na clássica separação de poderes constitucionais o que seria legítimo desde que seja submetido a mecanismos de representatividade técnica ou de participação pública direta nas agências.

O principal problema que envolvia a independência das agências reguladoras versava sobre a aplicação do princípio da legalidade sob a ótica dos regulamentos administrativos e vez por outras sobre a legitimidade e respectivo problema de déficit democrático.

Sua independência ou autonomia sempre foi analisada sobre temas formais do direito administrativo clássico - descentralização, desconcentração e hierarquia, não vendo o Estado como agente normativo e regulador da Economia, só concebendo o regulamento como espécie de ato administrativo interno.

Pode-se dizer que até 1995, em momento algum se cogitou de preocupações normativo-regulamentares para além daquela competência presidencial de emanar normas secundárias, limitadas ao escopo de permitir o exato cumprimento e a perfeita execução das leis pelos subordinados na escala hierárquica.

Esta prerrogativa, portanto, meramente declaratória, revela um abismo entre o ideário relativo aos tradicionais regulamentos administrativos como atos meramente complementares às leis e a competência regulamentar decorrente do art. 174 da Constituição Federal em vigor.

Em função da diversidade de interesses, a livre iniciativa não é suficiente para gerir determinada situação em que haja prejuízo ou menor benefício para o bem-

estar da sociedade, sendo determinante para se atingir a finalidade do interesse público, maior ou menor intervenção que estabelece os limites materiais.

### 5.1. A Regulamentação no Âmbito das Agências

Pode-se dizer que o regulamento delegado não é absolutamente estranho à prática constitucional brasileira. A criação das agências reguladoras tornou ainda mais evidente essa assertiva. Embora algumas leis instituidoras de agências logrem definir as atividades passíveis de regulamentação, outras o fazem de forma bastante genérica, conferindo-se ao órgão regulador autêntico poder normativo.

Constata-se a necessidade de se examinar adequadamente o tema referente ao regulamento-delegado, com o intuito de se construírem marcos normativo e teórico mais claros e apropriados à disciplina da matéria, e, se for o caso, discutir-se até mesmo a possibilidade ou necessidade de reforma constitucional.

A modificação introduzida pela EC n. 32/01 inaugurou, no sistema constitucional de 1988, o assim chamado decreto autônomo, isto é, decreto de perfil não regulamentar, cujo fundamento de validade repousa diretamente na Constituição.

Ressalte-se, todavia, que o decreto de que cuida o art. 84. VI, da Constituição limita-se às hipóteses de organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, e de extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

Em todas essas situações, a atuação do Poder Executivo não tem força criadora autônoma, nem parece dotada de condições para inovar decisivamente na ordem jurídica, uma vez que se cuida de atividades que, em geral, estão amplamente reguladas na ordem jurídica.<sup>37</sup>

Deste modo, levando em conta a alteração introduzida em matriz constitucional que possibilitou a alteração da organização e funcionamento da administração federal mediante decreto presidencial, e ainda, a partir das leis instituidoras das agências reguladoras que lhe conferiu a devida competência regulamentar, há de se reconhecer a legitimidade desses órgãos para atuação nos respectivos segmentos.

A diferenciação entre os regulamentos autônomos e os executivos passa, destarte, pela necessidade ou não de atuação prévia do legislador

---

<sup>37</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 8ª Edição, 2013, p. 923.

como forma de habilitar a atuação administrativa. A existência de lei é imprescindível para a edição dos regulamentos em geral (executivos), havendo casos excepcionais de edição de regulamentos com fundamento direto na Constituição da República (autônomos).

Conclui-se que os atos normativos das agências só podem ser considerados, na dicotomia clássica apontada pela doutrina, como executivos, pois possuem fundamento na própria lei deslegalizadora.<sup>38</sup>

Hoje tais assuntos se encontram superados, as agências são independentes, mas não soberanas e sua competência precisa ser definida em *standards* legislativos, pois subordinam-se às leis e à Constituição, possuindo competências regulamentares baixadas pelas legislações de origem e os regulamentos por ela emanados, dirigem-se imediatamente aos agentes econômicos, sejam produtores ou consumidores do respectivo setor da Economia.

Trata-se, destarte, de atividade de execução da vontade da lei, em que existe uma liberdade ampliada para o administrador na escolha dos meios e das técnicas a serem utilizadas para alcançar os objetivos já traçados na legislação.

A deslegalização, por esse raciocínio, não enseja a formulação pelas agências de atos normativos equiparados à lei. Não se trata, com efeito, das delegações legislativas expressamente prevista na Constituição (art. 68) ou na edição pelo Executivo de atos normativos “com força de lei” (art. 62). A atividade normativa das agências tem caráter infralegal.<sup>39</sup>

Pode-se verificar que o regulamento, como ato administrativo normativo, que é editado nos termos da lei pelas Agências Reguladoras produz efeitos em relação aos administrados e não fere o princípio da legalidade. Por outro lado, quanto ao controle dos elementos do ato regulatório, a motivação técnica justifica a existência de um agente regulador, portanto, havendo motivação política, insuficiente ou inadequada, o ato será nulo por violação ao princípio democrático.

Conclui-se, portanto que o sujeito regulador não é mais só o chefe do Executivo e o objeto a ser regulado é outro, antes externo que *interna corporis*, sendo um equívoco interpretar o art. 174, à luz do art. 84 da Carta da República, como mera repetição normativa.

## 5.2. Jurisdição Una e Administrativa

---

<sup>38</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A Constitucionalização do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2ª Edição, 2010, p. 156.

<sup>39</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ob. cit., p. 154-155.

O controle dos atos administrativos no âmbito da Administração Pública dá-se pelo sistema de contencioso administrativo ou pelo sistema da unidade de jurisdição.

O sistema de contencioso administrativo, geralmente denominado de modelo francês em razão de sua origem, é adotado em praticamente todos os países do continente europeu e se caracteriza pela dualidade de jurisdições. Ao lado do Poder Judiciário que dirime os conflitos comuns entre as pessoas, o ordenamento contempla uma Justiça Administrativa. Portanto, há uma jurisdição ordinária e uma jurisdição administrativa com juízes e tribunais pertencentes a Poderes diversos do Estado, na medida em que a Justiça Administrativa está inserida na estrutura da Administração, responsável por julgar os litígios a ela concernentes, e a Justiça ordinária integra o Poder Judiciário propriamente dito.

Em ambas as Justiças, as decisões proferidas ganham o revestimento da *res iudicata*, de modo que a causa decidida numa delas não pode ser reapreciada pela outra, donde advém a denominação do sistema de dualidade de jurisdição, haja vista existência de duas estruturas orgânicas independentes.

Neste modelo dual, a Justiça Administrativa tem jurisdição e competência sobre alguns litígios específicos em que uma das partes necessariamente é o Poder Público, competindo julgar causas que visem à invalidação e à interpretação de atos administrativos quando o interessado requer a restauração da legalidade sob o fundamento de ter seu direito ofendido pela conduta administrativa, bem como analisar os recursos administrativos de excesso ou desvio de poder.

A organização da Justiça Administrativa é complexa e se compõe de várias Cortes e tribunais, cujas instâncias administrativas escalonam-se e são estruturadas sob um órgão de cúpula que profere decisões finais em matéria contenciosa administrativa. Na França, o poder mais elevado é exercido pelo Conselho de Estado (*Conseil d'Etat*) e, no caso de conflito de atribuições entre as duas Justiças, a controvérsia é dirimida pelo Tribunal de Conflitos, criado precipuamente para esse fim.

É notório o papel de destaque que o Conselho de Estado teve e tem na formação e no desenvolvimento do direito administrativo francês: as regras e os princípios do que hoje se costuma chamar de regime de direito administrativo foram criados paulatinamente por esse Tribunal na solução de casos concretos a ele submetidos. O direito administrativo francês é, portanto, um direito eminentemente jurisprudencial – tendência, esta, que

se tem alterado apenas recentemente, por causa da normatização advinda da União Europeia.<sup>40</sup>

Por se tratar de uma Justiça composta por órgãos especializados oferece a vantagem de apreciar conflitos de natureza essencialmente administrativa, razão pela qual têm contribuído significativamente para o desenvolvimento do Direito Administrativo, em especial naqueles afetos à regulação que reclama maior expertise.

Os que o criticam este modelo de jurisdição sustentam que a imparcialidade fica mitigada já que na Justiça Administrativa o Estado é parte e juiz do conflito, o que evidentemente não procede, na medida em que a formação do julgador prevalece sobre eventual vinculação a interesses da administração na busca da melhor solução técnica que atende aos interesses da coletividade.

Diverso delineamento tem o sistema da unidade de jurisdição, também conhecido como sistema do monopólio de jurisdição ou sistema anglo-saxão por conta de sua origem. Nesta modalidade, todos os litígios administrativos ou de caráter privado são sujeitos à apreciação e à decisão da Justiça comum, composta de juízes e tribunais do Poder Judiciário.

No sistema da unidade de jurisdição – *una lex una jurisdictio*, adotado nos Estados Unidos, no Brasil, no México e alguns outros países, apenas os órgãos do Judiciário exercem a função jurisdicional e proferem decisões com caráter de definitividade.

O sistema da unidade de jurisdição apresenta maior vantagem no que se refere à imparcialidade dos julgamentos porque o Estado-Administração e o administrado se colocam em plano jurídico de igualdade quando seus conflitos de interesse são deduzidos nas ações judiciais, todavia, levando em conta a formação exclusivamente humanista do julgador, em se tratando de conflito afeto à regulação que demanda alta complexidade e interdisciplinaridade de conhecimento profundo, a solução pode corresponder a uma inadequada análise face ao déficit de informação.

O fundamento da adoção do sistema da unidade de jurisdição pelo Brasil está sufragado no próprio art. 5º, inciso XXXV, da Constituição que dispõe: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

---

<sup>40</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 96.

Assim, nenhuma decisão de qualquer outro Poder que ofenda direito ou ameace ofendê-lo pode ser excluída do reexame dos órgãos jurisdicionais e com caráter de definitividade. A Administração Pública em nenhum momento exerce função jurisdicional, de forma que seus atos sempre poderão ser reapreciados no Judiciário, valendo consignar que a existência de varas de fazenda pública em algumas comarcas não significa haver jurisdição administrativa, tampouco justiça especializada como ocorre no modelo alemão, sendo apenas um critério usualmente adotado pelas leis de organização judiciária para determinar a competência de um juízo.

O confronto entre dualidade de jurisdições e jurisdição una informa que, independentemente da opção que se faça a respeito, o controle jurisdicional da Administração é mecanismo essencial de contenção do poder governamental. Contudo a opção inadequada ao contexto geral do modo de ser do Direito de um país pode levar ao exercício imoderado de poder estatal pelas instâncias jurisdicionais. Este fenômeno torna-se problemático a longo prazo, por que leva, num caso como o brasileiro, ao aumento demasiado da força de um dos Poderes estatais, sem que isso seja contrabalanceado por qualquer mecanismo de legitimação democrática do magistrado, nem mitigado pela inserção política do juiz na Administração, nem ainda justificado por um sistema tradicional de criação jurisprudencial do Direito.

### **5.3. O Ativismo Judicial e a Atividade Regulatória**

No contexto da atuação do Judiciário em relação à análise dos atos administrativos é oportuno ressaltar a discussão sobre o controle de políticas públicas, especialmente no âmbito das agências reguladoras, como resultado do desenvolvimento das ideias de judicialização da política ou politização da justiça.

Aqueles que admitem o denominado ativismo judicial sustentam a efetividade dos direitos como suficiente para determinar a intervenção do Judiciário em áreas típicas de gestão administrativa, por conta da reconhecida ineficiência da Administração. Embora tal ação provoque resultados de satisfação social, a doutrina tem se dividido quanto à sua admissibilidade e aos limites de semelhante intervenção.

De uma forma ou de outra a finalidade reflete o fim mediato (interesse coletivo) sendo o objeto o fim imediato.

O controle judicial é ampliado através do *hard look doctrine*, em virtude da qual se permite ao Judiciário avaliar a legalidade e razoabilidade das medidas regulatórias. Dessa forma, além do exame da legalidade do procedimento adotado, o Judiciário poderia verificar a razoabilidade das decisões das agências. A ideia aqui, portanto, é a de evitar que as escolhas tomadas pelas agências sejam caprichosas ou arbitrárias.<sup>41</sup>

A judicialização de políticas públicas, em certa dimensão, é consequência natural do próprio Estado de Direito, ao permitir que os órgãos constitucionalmente competentes zelem pela prevalência da vontade do Direito. Todavia, a judicialização em excesso da decisão sobre políticas públicas, que se caracteriza a partir do momento em que a opinião subjetiva do juiz ultrapassa o Direito, é a negação do Estado de direito.

Não se discute que quem melhor opera os procedimentos jurídicos é que tem formação técnico-jurídica. No entanto, a decisão do que é melhor para a população não necessariamente se relaciona com a formação jurídica de alguém. Sem embargo de ser admitida em algumas hipóteses, em casos específicos não se tem acolhido a substituição decisória do administrador pelo julgador, o que tem causado ruídos ante a ausência de parâmetros dotados de certa objetividade que possam indicar até onde será legítima tal interferência. A matéria é delicada e não prescinde de maior maturação no que concerne às soluções mais adequadas para o problema.

Na crise hídrica que atingiu principalmente o estado de São Paulo, instado a se manifestar em matéria regulatória, o Juiz Federal Miguel Florestano Neto, titular da 3ª Vara Federal em Piracicaba, no interior paulista, proibiu, liminarmente, a captação de águas da segunda parte do chamado volume morto do Sistema Cantareira, principal manancial do estado e responsável pelo abastecimento de cerca de 6,5 milhões de pessoas na Região Metropolitana da capital. O magistrado ainda determinou que a Agência Nacional de Águas (ANA) e o Departamento de Águas e Energia Elétrica do Estado de São Paulo (DAEE) revejam as vazões de retirada de água, com o objetivo de assegurar que o consumo da primeira parte do chamado volume morto não se esgote antes do dia 30 de novembro.

---

<sup>41</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A Constitucionalização do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2ª Edição, 2010, p. 138-137.

Sobre o uso da segunda parcela, o magistrado fez a ressalva de que, se estudos técnicos comprovarem a impossibilidade do cumprimento da ordem judicial, o uso do restante do volume morto deverá ocorrer com cautela e preservação da vida e do meio ambiente. Pela decisão, a ANA e o DAEE tiveram que definir limites para as novas vazões de retiradas realizadas pela Sabesp, no intuito de preservar o mínimo de 10% do volume útil original até o início da data prevista para a nova estiagem: 30 de abril de 2015, além de definirem semanalmente as vazões a serem cumpridas com a fixação de metas de racionamento ou suspensão total do abastecimento a usuários e adotarem medidas para que em cinco anos ocorra a recuperação do Sistema Cantareira em seu volume integral, com nível de segurança não inferior a 95% de garantia de abastecimento público.

Na decisão, o magistrado criticou os últimos governadores paulistas por deixarem a situação do Sistema Cantareira chegar ao extremo, aduzindo que os últimos governantes do estado contribuíram muito pouco para sanar tal omissão e, apesar de o problema da falta de água ser alardeado por todos os ambientalistas (nacionais e estrangeiros) é fato que o Poder Público deixou de lado a relevância da crise hídrica.<sup>42</sup>

No caso em tela, não passa despercebido que a leniência da agência reguladora ganha contornos de ingerência política, na medida em que mera campanha publicitária alertando para os riscos de racionamento de água, certamente respingaria nas campanhas políticas para o pleito de 2014 já em curso.

Assinale-se, no que concerne a essa temática, que moderna doutrina, em análise científica sobre o tema, advoga a interpretação de que se deve rechaçar o ativismo judicial disfarçado em constitucionalismo da efetividade, fincando estacas no sentido de que ao Judiciário cabe desempenhar seu papel de guardião da Carta Política, sem invadir competências constitucionais que não lhe foram reservadas.

Não obstante, doutrinadores têm considerado os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como valores que podem ensejar o controle da discricionariedade, enfrentado situações que, embora com aparência de legalidade, retratam verdadeiro abuso de poder. Este controle, entretanto, somente pode ser exercido na hipótese concreta, a fim que seja verificado se a Administração portou-

---

<sup>42</sup> GUANDELIN, Leonardo; HERNANDES, Nilson. Justiça determina revisão da retirada de água do Cantareira e proíbe uso do segundo 'volume morto'. **O Globo**, São Paulo, 10 out. 2014. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/justica-determina-revisao-da-retirada-de-agua-do-cantareira-proibe-uso-do-segundo-volume-morto-14209442>. Acesso em 04 dez. 2014.

se com equilíbrio no que toca aos meios e fins da conduta, se esta era realmente necessária e gravosa sem excesso e ainda se o fator objetivo da motivação não ofende algum outro princípio.

Note-se que não se trata de tarefa simples, porque a exacerbação ilegítima desse tipo de controle reflete ofensa ao princípio republicano da separação de poderes, cujo axioma fundamental é o equilíbrio recíproco, denominado pelos constitucionalistas em geral como princípio dos freios e contrapesos (checks and balances), o que possibilitaria ao juiz exercer também função administrativa, caracterizando invasão de atribuição vedada em face do sistema da tripartição de Poderes, conforme art. 2º da Carta da República.

A conveniência e a oportunidade do ato administrativo constitui critério ditado pelo poder discricionário, o qual, conclui-se, desde que utilizado dentro dos permissivos legais, é intangível pelo Poder Judiciário.<sup>43</sup>

A finalidade é o elemento pelo qual todo ato administrativo deve estar dirigido ao interesse público entendido este como bem comum e atendimento aos reclamos da comunidade. Segundo alguns especialistas, o desvio de finalidade seria um vício objetivo, consistindo no distanciamento entre o exercício da competência e a finalidade legal e, por tal razão, irrelevante se revelaria a intenção do agente.

A valoração de conduta que configura o mérito administrativo como decorrência de uma dinâmica conjuntural altera-se com frequência, bastando para tanto imaginar a mudança dos fatores de conveniência e oportunidade sopesados pelo agente da Administração no momento da decisão para justificar decisão diversa.

O Judiciário brasileiro tem observado o sistema pátrio e se expressado por meio da posição que reflete a melhor técnica sobre o tema, no sentido de que a conveniência e a oportunidade do ato administrativo constituem critérios ditados pelo poder discricionário, o qual desde que utilizado dentro dos permissivos legais é intangível pelo Poder Judiciário.

Como alargamento da noção de legalidade administrativa e sua substituição pela concepção de juridicidade, a atuação da Administração Pública, notadamente a discricionária, passa a ser controlada, em relação à

---

<sup>43</sup> MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública Centralizada e Descentralizada – Tomo I**. Rio de Janeiro: América Jurídica. 9ª Edição, 2007, p. 369.

compatibilidade formal, não só com a legislação infraconstitucional, mas também, especialmente, com a Constituição. A amplitude dos princípios constitucionais, por vincular a Administração, autoriza um controle jurisdicional mais intenso e eficaz dos atos administrativos classificados com discricionários.<sup>44</sup>

Assim, o controle judicial sobre atos da Administração é exclusivamente de juridicidade, significando dizer que o Judiciário tem o poder de confrontar qualquer ato administrativo com a lei ou com a Constituição e verificar se há ou não compatibilidade normativa, declarando sua invalidação a não produzir efeitos ilícitos se apresentar antijuridicidade.

Assim, corretamente têm decidido os Tribunais ao apreciar o que se denomina mérito administrativo, vale dizer, a ele é interdito o poder de reavaliar critérios de conveniência e oportunidade dos atos, que são privativos do administrador público, rejeitando sistematicamente essa indevida ampliação e decidido que o controle do mérito dos atos administrativos é da competência exclusiva da Administração.

A primeira forma de atuação do juiz, diante de um ato administrativo discricionário, seria a verificação da competência, finalidade e forma, pois são os elementos vinculados. Um segundo item seria analisar a legalidade da discricionariedade invocada. Ora, diante de um ato que, alegadamente é discricionário, o juiz pode verificar se aquela espécie de ato que está submetido à apreciação seria, em tese, um daqueles atos discricionários. Posteriormente, surge a terceira etapa de análise do ato discricionário: a observância dos limites de opção, pois a discricionariedade é a liberdade de agir nos limites da lei. Hipoteticamente, entre várias opções, o administrado pode adotar, no caso concreto, a mais gravosa, inadequada, ou seja, indo além do estritamente necessário à observância do interesse público.<sup>45</sup>

Os vícios de nulidade e não o mérito da decisão, por força do princípio da separação dos poderes, pode ser aferido pela dose da discricionariedade do ato, seja pela teoria do desvio de finalidade, teoria dos motivos determinantes, teoria do conceito jurídico ou legal indeterminado e pela teoria da razoabilidade.

Polêmicas à parte, é fato incontestável que a motivação dos atos administrativos, independentemente de previsão legal expressa nesse sentido, diminui a possibilidade de atuação arbitrária da Administração,

---

<sup>44</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A Constitucionalização do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2ª Edição, 2010, p. 77.

<sup>45</sup> MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública Centralizada e Descentralizada – Tomo I**. Rio de Janeiro: América Jurídica. 9ª Edição, 2007, p. 144.

uma vez que a transparência pública das razões de fato e de direito, que ensejaram a prática de determinado ato, além de legitimarem esta atuação, serve como parâmetro importante de controle judicial (e, é claro, social).<sup>46</sup>

Em controvérsia apreciada pelo Judiciário já se decidiu no sentido de obstar a nomeação para vagas do Conselho Consultivo de agência reguladora destinadas à representação de entidades voltadas para os usuários, de determinadas pessoas que haviam ocupado cargos em empresa concessionária tendo se inspirado a decisão na evidente suspeição que o desempenho de tais agentes poderia ocasionar (controle judicial sobre ato discricionário que embora formalmente legítimo se encontrava contaminado por eventual ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade).<sup>47</sup>

Neste sentido, o STF se posicionou quanto à autonomia dos diretores em relação ao Poder Executivo quando se questionava a constitucionalidade de artigos que atribuía ao Legislativo estadual gaúcho a prerrogativa de aprovar a nomeação e destituição dos diretores da Agência Reguladora do Rio Grande do Sul (AGERGS) antes do término do mandato, sustentando que caberia ao chefe do Executivo por se tratar de cargos comissionados deste Poder. Nesse caso o Judiciário atuou com vistas a dirimir um conflito que se estabelecia entre a Agência Reguladora e o Poder Executivo ao qual está vinculada, estabelecendo um limite claro para atuação deste último e protegendo a autonomia dos diretores da agência.<sup>48</sup>

Noutra oportunidade, o STF dirimiu conflito federativo que versava sobre projeto de fornecimento de gás natural pela Petrobras à White Martins em planta no interior de São Paulo que o transformava em gás natural liquefeito para ser comercializado a indústrias paulistas. A controvérsia residia nos limites para qualificação do que seria distribuição de gás canalizado (serviço público da competência estadual) e o que seria transporte de gás natural (monopólio da União).

A Comissão de Serviços Públicos de Energia do Estado de São Paulo (CSPE), reguladora estadual de distribuição de gás canalizado hoje transformada em Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo

---

<sup>46</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A Constitucionalização do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2ª Edição, 2010, p. 85.

<sup>47</sup> ADI/MC 1949/2005 Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738454/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-1949-rs>>. Acesso em 04 dez. 2014.

<sup>48</sup> Recl 4210/2006-SP Carmem Lúcia. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14779084/reclamacao-rcl-4210-sp-stf>>. Acesso em 04 dez. 2014.

(ARSESP), entendia que a passagem do gás natural entre o gasoduto Brasil-Bolívia administrado pela Petrobras e a fábrica da White Martins em São Paulo caracterizaria atividade de distribuição, competência exclusiva do Estado de São Paulo que havia outorgado concessão de exploração para a empresa COMGÁS. Por outro lado a ANP defendia ser mera atividade de transporte, regulada e autorizada pelo ente federal sem a necessidade de autorização estadual.

O Judiciário foi acionado para arbitrar os limites de competência de duas diferentes agências reguladoras na caracterização de suas atividades regulatórias, entendendo estar no âmbito de competência estadual e sob regulação direta da CSPE o fornecimento de gás natural liquefeito assemelhado a distribuição de gás natural.

#### **5.4. A Deferência Administrativa**

O controle pelo Judiciário oscila por vezes entre um controle meramente formal, baseado na literalidade da lei, e outras, numa desmedida intromissão no mérito das ações administrativas, podendo também, ser exercido o controle de mérito sobre os atos administrativos, em casos excepcionais, devido aos princípios narrados. Por conseguinte, apesar das Agências Reguladoras possuírem independência, seus dirigentes não podem extrapolar em sua atuação, pois devem respeitar o princípio da legalidade e os demais princípios constitucionais e administrativos, ou seja, princípio da razoabilidade, moralidade, eficiência, sob pena de cometerem violações e as mesmas serem sobrestadas pelo Poder Judiciário.

Um marco regulatório é uma engrenagem que visa a criar uma estrutura de incentivos para os agentes que participam do respectivo setor. Essa engrenagem tem diversos componentes, dentre os quais o Poder Judiciário é um fator relevante. O escopo de sua participação, bem como os riscos iminentes da sua atuação, devem ser avaliados, a fim de que se determine e se preveja como os incentivos serão alterados (ou não). Duas correntes, que não necessariamente se fundamentam em incentivos, advogam alcances diferenciados para o Poder Judiciário em políticas públicas (das quais os marcos regulatórios são espécie), quais sejam os procedimentalistas (controle restrito à garantia do processo democrático eliminado o viés paternalista do controle judiciário sobre o exercício da cidadania) e os substancialistas (inserção do Poder Judiciário no modelo de Estado mais intervencionista decidindo sobre questões sociais em interpretação sobre o justo).<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 241.

Prevalência da segunda corrente, ainda que limitando o controle a atos específicos com atuação episódica e pontual, oferecem riscos decorrentes da violação à separação dos Poderes, déficit de legitimidade na medida em que o magistrado não foi eleito, além de descrença dos canais democráticos já que a última palavra sempre será do Judiciário, Poder do Estado inadequado para promover as reformas sociais que, a partir de decisões ideológicas com déficit técnico (risco de neoformalismo) impossibilita o acompanhamento dos programas e planejamentos.

Políticas públicas são intrinsecamente escolhas para realização de objetivos governamentais e juízes podem ter visões particulares a respeito dessas alternativas gerando, diante da probabilidade de litígios, o risco de ossificação quanto à edição de novas regulações, escolha de uma solução que não seja a mais adequada (*second best*) tão somente para se evitar a prorrogação da discussão na esfera judicial, além da ausência de cultura prognóstica acarretando visão de túnel limitado ao caso concreto que compromete o dinâmico acompanhamento da matéria pelo órgão regulado.

Grande parte das escolhas institucionais cabe às cortes judiciais, que deverão sopesar as suas habilidades comparativamente a outros entes para definir inicialmente quem decide. A regra de deferência não significa um Judiciário passivo, apenas servem como orientação para a interpretação reconhecendo as vantagens institucionais de um ou outro órgão para lidar com um assunto em especial. Estão associadas à forma mais adequada de se proteger direitos, inclusive os fundamentais, e não a uma visão minimalista do Judiciário dentro de uma nova teoria de separação de poderes.

As regras de deferência são uma espécie de *standards* que surgem como uma forma de o Poder Judiciário contornar a alta complexidade dos temas da sociedade e os temas regulatórios não são uma exceção a esta tendência, sobretudo em função do aspecto coletivo dos impactos decorrentes das alterações nos marcos regulatórios.

As Agências Reguladoras, autarquias sob regime especial, possuem atualmente três características fundamentais; autonomia administrativa na edição de normas técnicas, justificada na técnica da deslegalização; autonomia administrativa reforçada, notadamente, pela impossibilidade de

recurso hierárquico impróprio e pela estabilidade fortalecida dos dirigentes; e autonomia financeiro-orçamentária (“taxas regulatórias” e propostas orçamentárias).<sup>50</sup>

O controle exercido pelo Poder Judiciário meramente formal, baseado na literalidade da lei, em outras vezes oscila numa desmedida intromissão no mérito das ações administrativas.

Cabe ao Judiciário, primordialmente verificar se o devido processo legal foi observado. Este movimento inicial, que ocorreu na própria formação e desenvolvimento dessas autarquias especiais era necessário, pois de nada adiantaria instalar um corpo técnico qualificado para promover a fiscalização e regulação de um setor se todas as decisões de mérito da agência reguladora fossem revertidas ou redefinidas completamente em sede judicial.

Há vários fatores que influenciam no desempenho das agências reguladoras, não sendo possível circunscrever os debates relativos à sua autonomia às garantias legais. A autonomia das agências não se dá exclusivamente por medidas jurídico-formais, mas é fruto de um espaço de atuação delimitado pelas relações entre os diversos atores institucionais.

A despeito das previsões legais e de sua caracterização como autarquias especiais, as agências estão sujeitas a pressões políticas, diluição de poder, instrumentos de fomento à transparência que podem ser convertidos em controle, dentre outras circunstâncias fáticas que impactam o pleno exercício de suas competências. Tal situação tende a se agravar em momentos de crise, onde o espaço de atuação dos órgãos é limitado pelas pressões externas e pela visibilidade de suas ações, vide crise do setor elétrico em 2001, setor aéreo em 2003 e crise hídrica de 2014.

Neste quadro, em se tratando de decisão judicial afeta à atuação de agência reguladora, forçoso reconhecer que o controle jurisdicional não pode se limitar a abordagem jurídica, na medida em que o mérito daquelas decisões transbordam à estrita legalidade, havendo íntima ligação com aspectos de natureza econômica e política.

Assim, é necessário compreender que as agências estão inseridas em um ambiente político institucional complexo no qual as garantias legais devem ser

---

<sup>50</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A Constitucionalização do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2ª Edição, 2010, p. 186.

analisadas como um componente, sempre considerando que a autonomia efetiva é fruto de interações dinâmicas com outros atores.

Apesar de as Agências Reguladoras possuírem independência e autonomia, seus dirigentes não podem extrapolar em sua atuação, pois devem respeitar o princípio da legalidade e os demais princípios atinentes a Administração Pública, como os da razoabilidade, moralidade, eficiência, sob pena de cometerem violações e as mesmas serem sobrestadas pelo Poder Judiciário.

Neste controle efetivo quanto a eventual ilegalidade deve prevalecer a deferência administrativa quando se tratar de matéria de elevado conhecimento técnico, mais afeta ao órgão regulador familiarizado com as falhas de mercado e de governo e, portanto, apto a dar a melhor solução, sem prejuízo da análise precisa sobre a tomada da decisão ter observado o adequado grau de legitimidade consubstanciado no processo democrático com amplo debate no âmbito administrativo a respaldar a decisão devidamente fundamentada nos estudos técnicos elaborados.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação das Agências Reguladoras no Brasil é relativamente recente e já foi objeto de diversos questionamentos relacionados à sua composição, legitimidade, competência e até mesmo capacidade técnica.

Em que pesem todas as discussões que paulatinamente vêm sendo pacificadas perante o Judiciário, não se pode desprezar a relevância dos órgãos regulatórios para o desenvolvimento econômico, na medida em que respondem pelo controle na atuação e no comportamento dos agentes econômicos com o propósito de permitir a universalização dos serviços sob a responsabilidade da Administração Pública, além de conferir segurança jurídica aos investidores que atuam nos respectivos segmentos.

O período inicial de sua atuação foi caracterizado por intensa regulação do mercado em razão da absoluta ausência de marcos para o exercício da atividade pela iniciativa privada e, a partir da alternância no Poder Executivo com viés extremamente centralizador, verificou-se forte pressão política com o desaparecimento regulatório, avocando a atividade novamente para o poder central.

O que se nota no momento é o aparelhamento político das agências reguladoras mediante preenchimento dos cargos por pessoas com vínculos partidários que submetem sua competência decisória aos interesses dos mandatários. A legitimidade democrática dos governantes não justifica o transbordamento de sua ingerência alcançando órgãos de Estado, cuja atuação deve ser primada pelo conhecimento técnico nas deliberações regulatórias.

Deste modo, conclui-se que o processo seletivo dos dirigentes deve ser objeto de reflexão quanto à forma como a sabatina no Senado Federal vem sendo conduzida, com vistas a se aferir a real capacidade técnica dos indicados para o exercício da função, bem como sua efetiva autonomia e independência em relação aos interesses políticos daqueles que temporariamente exercem mandato eletivo no Poder Executivo.

A escolha de diretores e conselheiros com adequada expertise para exercício da atividade regulatória e a estrita observância aos mecanismos que permitem ampla discussão acerca das decisões, importará decisões bem fundamentadas e

respaldadas no esgotamento das possibilidades apresentadas pelos grupos interessados e na busca da melhor solução.

Quanto maior o grau de normatividade, forçoso reconhecer que mais intenso deverá ser o controle judicial, contudo, não se pode deixar de levar em consideração critérios de proporcionalidade em razão de sua abstração e generalidade, além do déficit técnico do julgador para revisão de diagnósticos e prognósticos regulatórios em matéria econômica genérica.

Por sua vez, se a medida é concreta e individualizada, este exame deve se pautar em parâmetros construídos nos precedentes jurisprudenciais, sempre privilegiando a legitimidade democrática, a segurança jurídica e a racionalidade sistêmica da organização e funcionamento dos órgãos do Estado.

De todo modo, o Judiciário poderá declarar a invalidade de medidas manifestamente inadequadas que não promovam minimamente o fim a que se destinam, inexigíveis diante da possibilidade de que se adote estratégia menos restritiva e ainda aquelas cuja relação custo-benefício seja manifestamente negativa ao atendimento das finalidades da Constituição.

Nestes casos, ciente de suas limitações institucionais para análises sistêmicas e de impacto abrangente, é possível que o Poder Judiciário promova a solução mediante o diálogo, incumbindo ao órgão técnico especializado a adaptação ou a reconstrução da política interventiva, limitando-se a apontar a finalidade que deverá ser atendida, cabendo ao órgão regulador reportar-se sobre a criação, implementação e viabilidade econômica das medidas, na medida em que quanto maior o grau de tecnicidade da matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos intenso deve ser o grau do controle judicial, especialmente havendo valorização da participação social em processos de consulta ou audiência pública, dentre outros que possam demonstrar uma ampla consensualidade e legitimidade democrática em torno da medida, privilegiando valores relacionados à eficiência, especialização funcional, valores organizacionais e funcionamento dos órgãos do Estado.

Neste contexto, eventual questionamento perante o Poder Judiciário propiciará plenas condições ao julgador de colher os argumentos e respaldar a decisão regulatória, fruto de uma análise adequada sem qualquer comprometimento quanto a interesses escusos, tampouco déficit de conhecimento ou legitimidade, prevalecendo a deferência administrativa que só tem a agregar valor aos órgãos

reguladores no exercício de seu papel como direcionador da atividade econômica com vistas ao desenvolvimento do país.

## Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo. Atlas. 27ª Edição, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva. 17ª Edição, 2013.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública Centralizada e Descentralizada – Tomo I**. Rio de Janeiro: América Jurídica. 9ª Edição, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 8ª Edição, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A Constitucionalização do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2ª Edição, 2010.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014.