

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DÉBORA CRISTINA AMADIO REPARATE

**O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS
À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

**FLORIANÓPOLIS
NOVEMBRO DE 2009**

DÉBORA CRISTINA AMADIO REPARATE

**O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS
À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori

Florianópolis (SC), novembro de 2009.

*Aos meus pais, José Miguel e Maria de Fátima,
meus dois grandes amores.*

*“E quem disse que, para estar junto, precisa estar
perto?”*

AGRADECIMENTOS

À minha amada mãe, a mulher mais forte e mais coruja que eu já conheci, e ao meu maravilhoso pai, que continua a iluminar o meu caminho onde estiver, pelo amor incondicional e pela divina criação.

Ao meu querido irmão Fernando Henrique e à minha cunhada Simone, pelo apoio, amor e confiança.

À minha família, o alicerce da minha vida, pela força, saudade e preocupação através das infinitas ligações.

Ao honroso professor Sérgio, meu orientador e amigo, pela atenção, compreensão, dedicação e, principalmente, pelas broncas.

Às amigas de infância de Rio Preto, Aline, Gabriella, Karina, Lilian e Tássia, pelo apoio, mesmo que à distância, e pelo imenso amor que nos uniu e ainda nos une.

À minha querida metade, Débora Coelho, pela amizade, conforto e companheirismo.

E, finalmente, ao QUINTETO – Augusta Carla Klug, Juliana Mengarda, Laila Tioffi da Silva e Mariana Dal Piva Gresele –, minha família, minha vida, minhas amigas, minhas IRMÃS de coração, pela amizade, carinho, risadas, festas, tolerância. Por TUDO.

RESUMO

O presente estudo oferece uma análise detalhada sobre o poder normativo das agências reguladoras brasileiras, tendo por finalidade a constitucionalidade deste poder conferido pelo ordenamento jurídico. Para tanto, o trabalho analisa o fenômeno da descentralização da administração Pública Indireta, da criação das agências reguladoras no Brasil no começo dos anos noventa e do regime jurídico que lhes foi conferido, bem como a autonomia conferida aos entes regulatórios brasileiros.

Por fim, o presente trabalho trata da constitucionalidade da ausência de subordinação das Agências Reguladoras frente à Administração Pública central.

Palavras-chaves: Administração Pública Indireta, Descentralização Administrativa, Agências Reguladoras, Princípios Constitucionais Aplicáveis à Administração Pública Indireta, Poder Normativo das Agências Reguladoras, Autonomia das Agências Reguladoras.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1. HISTÓRICO E CONCEITUAÇÃO DO CONTROLE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS	10
1.1 Administração Pública e a Descentralização Administrativa	10
1.2. Breve Histórico das Agências Reguladoras	14
1.3. Agências Reguladoras.....	17
2. O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	23
2.1 Funções Reguladoras no Ordenamento Jurídico Brasileiro	23
2.2 Regime Jurídico das Agências Reguladoras	27
2.3 Poder Normativo das Agências Reguladoras	29
3. CONTROLE DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS MEDIANTE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	32
3.1 Princípios Constitucionais Aplicáveis ao Direito Administrativo	32
3.1.1 Princípio da Legalidade	33
3.1.2 Princípio da Supremacia do Interesse Público	35
3.1.3 Princípio da Impessoalidade	36
3.1.4 Princípio da Moralidade	38
3.1.5 Princípio da Publicidade	40
3.1.6 Princípio da Eficiência	42
3.1.7 Princípio da Motivação	43
3.1.8 Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade	44

3.2 Constitucionalidade da Ausência de Subordinação	46
3.3 Constitucionalidade do Poder Normativo das Agências	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS	54

INTRODUÇÃO.

A criação das agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro deu-se a partir da reestruturação do aparelho estatal com a sociedade, em consequência da globalização. Até o início da década de 1990, a intervenção estatal ainda prevalecia no sistema adotado pelo Brasil.

Durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, iniciou-se a reforma do Estado brasileiro, principalmente no campo econômico e administrativo. O foco da atuação estatal deslocou-se para a Administração Pública indireta, com a finalidade de angariar benefícios à sociedade brasileira e de aperfeiçoar a democracia.

As agências foram criadas com o objetivo de efetivar a política das privatizações, adotada com a renúncia do Estado ao seu papel constitucional em face do domínio econômico. A sua criação tinha como principal objetivo descentralizar atividades estatais e serviços públicos, privilegiando, sempre, o interesse popular.

O objetivo principal do novo modelo de regulação, adotado no Brasil, é o oferecimento de utilidades públicas a uma maior parcela da população, em melhores níveis de qualidade, de forma ininterrupta, com liberdade de escolha e mediante melhores preços aos usuários.

A regulação estatal, forma de intervenção estatal, fortalece o papel regulamentador do Estado, garantindo os interesses da coletividade, em detrimento dos interesses privados, apesar de a ação estatal depender do equilíbrio entre os interesses públicos – como a universalização, a redução de desigualdades, a adequação de preços e tarifas – e privados, como, por exemplo, a competição e a exploração lucrativa de atividades econômicas.

As agências reguladoras, assim como as demais autarquias, devem ser criadas por leis específicas, que deverão estipular a sua organização e definir sua finalidade. A sua atuação é, portanto, definida pela lei que autoriza a sua criação.

Importante salientar que, como membro da Administração Pública indireta, as agências reguladoras submetem-se ao regime jurídico administrativo, ou seja, os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito Administrativo também devem ser respeitados pelos entes regulatórios.

Dentre as funções regulatórias, destacam-se o poder normativo (edição de regras gerais para o setor regulado pela agência), o poder de outorga, o poder de fiscalização, o poder sancionatório, o poder de conciliação e, finalmente, o poder de recomendação.

A atuação das agências reguladoras, no sistema adotado pelo Estado brasileiro, tem o escopo de garantir os serviços públicos, sendo que a sua atuação marca-se pela processualidade. Ou seja, a sua atuação deve obedecer ao devido processo legal.

Uma das principais características dessas autarquias especiais é a sua independência, seja a independência orgânica – marcada pelo exercício das atividades-fim das agências reguladoras – ou a independência administrativa, que trata da garantia da liberdade de atuação. Dessa forma, verifica-se que a independência das agências reguladoras garante a sua não subordinação hierárquica ao Poder Executivo central.

A independência das agências garante, inclusive, a capacidade própria de organizar e gerir seus orçamentos, dispondo de seus recursos disponíveis nas atividades prioritárias a sua atuação. Importante salientar que os recursos financeiros para a atuação das agências não dependem da gestão do Tesouro Nacional.

Com base na Constituição Federal de 1988, a função regulatória das agências caracteriza-se pelos instrumentos de regulação do ente incumbido da atividade regulatória, atuando, conjuntamente, com as políticas públicas. Em suma, o poder normativo das agências reguladoras pauta-se nos regramentos definidos pela Constituição. Percebe-se, assim, que os princípios constitucionais deveriam nortear a atuação das autarquias especiais responsáveis pelas funções regulatórias definidas pelo Poder Executivo central.

A autonomia das agências reguladoras compreende não somente a sua independência financeira, como também compreende a autonomia normativa e gestacional, definidas pela lei que as criou. A autonomia conferida às agências reguladoras permite o seu livre exercício. A regulação dos serviços públicos pelas agências consagra a estabilidade e a continuidade das políticas públicas e estatais.

Em primeiro lugar, o regime especial das agências reguladoras a diferencia das demais autarquias da Administração Pública, devido, principalmente, às prerrogativas conferidas a elas, tais como o poder normativo e a escolha e nomeação de seus dirigentes pelo Presidente da República, que se condiciona à aprovação do Senado federal, nos termos do art. 52 da Constituição Federal.

Uma das questões principais com relação às agências reguladoras é a questão da inconstitucionalidade do poder normativo conferido às agências com o art. 84, II, da Constituição Federal, uma vez que esse dispositivo determina que o exercício do poder estatal é do Presidente da República, conjuntamente com os Ministros, não incluindo a atuação das agências.

Há, ainda, discussão acerca da inconstitucionalidade do mandato fixo dos dirigentes das agências não coincidirem com o mandato do Presidente da República e da inconstitucionalidade da não subordinação hierárquica.

O presente estudo enfoca a atuação das agências reguladoras à luz dos princípios constitucionais, desconstruindo as críticas acerca das possíveis inconstitucionalidades dessas autarquias de regime especial, principalmente com relação à ausência de subordinação hierárquica das agências no ordenamento jurídico brasileiro.

1. Histórico e Conceituação do Controle dos Serviços Públicos pelas Agências Reguladoras.

1.1 Administração Pública e a Descentralização Administrativa.

O Estado, visando fortalecer a sociedade através de sua intervenção (PONTES DE MIRANDA, 1973, p. 59), estabeleceu, na Constituição Federal, sua organização, impondo limites à sua atuação, consoante sempre à observância da vontade e dos interesses populares.

A necessidade de intervenção estatal partiu do pressuposto de que o Estado buscava a regulação do domínio econômico, a fim de resguardar os interesses do Estado-nação e da população em geral. O objetivo da intervenção estatal é a garantia do “interesse público”, expressão muito utilizada pelos governistas a fim de garantir a eficácia de seus atos e ações.

Pode-se conceituar a expressão “interesse público” como o somatório dos interesses individuais de seres considerados em sociedade, desde que represente a vontade da maioria. Passa a ser público quando é a vontade da maioria em sociedade. O interesse público primário é a vontade do povo, da coletividade. O interesse público secundário é o que quer o Estado enquanto pessoa jurídica. Estando em conflito o interesse primário e o interesse secundário, prevalece o primário, mas eles não deveriam estar em conflito.

Sobre a conceituação de Administração Pública, SILVA (2006, p. 655) ensina:

Administração Pública é o conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas. [...] que é subordinada ao Poder político, em segundo lugar, que é meio e, portanto, algo de que se serve para atingir fins definidos e, em terceiro lugar, denota os seus dois aspectos: um conjunto de órgãos a serviço do Poder político e as operações, as atividades administrativas.

Já MEIRELLES (1999, p. 56) define a Administração Pública como “o conjunto de órgãos, em sentido formal, instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em

acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade”.

A Constituição Federal possibilitou a fragmentação do exercício do poder estatal, apesar deste ser um poder uno. A atividade administrativa estatal pode ser prestada pelo núcleo da Administração, ou seja, pela Administração direta, que é chamada de prestação centralizada. A Administração direta é composta pelos entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). No entanto, em busca de uma maior eficiência, os serviços e atividades estatais podem ser transferidos para outras pessoas, que podem ser deslocadas para a Administração indireta ou para os particulares, que é a chamada descentralização do serviço público.

O ente estatal, com a finalidade de regular as condutas econômicas, deveria atuar de acordo com as regras do direito concorrencial, sem impor, inclusive, sua dominância no mercado sobre as empresas privadas. Percebe-se, portanto, que a atividade estatal não deveria privilegiar os interesses privados; o ente estatal deve somente agir de acordo com os interesses maiores da população.

A criação das pessoas jurídicas da Administração indireta depende de LEI. O art. 37, inciso XIX, da Constituição Federal, determina que a criação das pessoas jurídicas da Administração indireta se dará por lei específica (ordinária) – que só serve para isso –, sendo que cada pessoa jurídica terá a sua própria lei específica de criação.

A lei específica cria as autarquias e autoriza a criação das demais pessoas jurídicas da Administração indireta (de fundações públicas de regime de direito privado, empresa pública, sociedades de economia mista). A autorização de criação dessas pessoas jurídicas depende de registro. Esse registro pode se dar na Junta Comercial ou no Cartório de Registro de Pessoa Jurídica, de acordo com a natureza jurídica da pessoa jurídica.

Por paralelismo de formas, a extinção também deverá ser autorizada por LEI. A lei complementar definirá as finalidades das fundações de direito público, no entanto, essa lei ainda não foi criada.

Em suma, verifica-se que os poderes e os deveres da Administração Pública estão expressos em lei e devem obrigatoriamente obedecer ao interesse da coletividade e à moralidade administrativa. Os interesses privados não devem prevalecer ao interesse comum da população.

As autarquias possuem personalidade jurídica de direito público e foram criadas para a prestação de serviços públicos, desenvolvendo atividades típicas de Estado. O regime da autarquia é muito parecido com o regime da Administração direta. Os atos praticados pelas autarquias são atos administrativos.

Em regra, não há hierarquia entre a Administração direta e a Administração indireta, por ser hipótese de descentralização; haverá controle, fiscalização da Administração direta. Até 2005, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) era de que o Tribunal de Contas da União (TCU) não controlava as sociedades de economia mista. Com a mudança de posicionamento do STF, o TCU tem competência para controlar TODAS as pessoas da Administração indireta. Outro exemplo de controle por parte da Administração Pública direta em face da Administração Pública indireta se dá pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, as chamadas CPIs.

A principal forma de controle se dá através do instituto da supervisão ministerial. De acordo com o ramo de atividade da pessoa jurídica, o Ministério do ramo fará o controle de finalidade, principalmente, e o controle de receitas e despesas. De acordo com a lei de criação dessas pessoas jurídicas da Administração indireta, a supervisão ministerial também poderá fazer a supervisão da nomeação dos dirigentes da Administração indireta. De acordo com o art. 52 da Constituição Federal, tanto a nomeação do dirigente do Banco Central e quanto do dirigente das agências reguladoras dependem de aprovação do Senado Federal, sendo que a indicação para o cargo é de competência do Presidente da República.

As autarquias celebram contratos administrativos e estão sujeitas à licitação, de acordo com o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e com a Lei Federal nº 8.666/93, bem como estão sujeitas às cláusulas exorbitantes. A responsabilidade civil da autarquia fundamenta-se pelo art. 37, § 6º da Constituição Federal; em regra, a responsabilidade civil da autarquia é objetiva. Somente em caso de omissão (e ausência) a responsabilidade civil das autarquias será subjetiva.

Até meados da década de 1980, o Estado brasileiro intervinha fortemente no domínio econômico, de forma direta ou indireta, seguindo o mesmo modelo adotado pela maioria dos países. No final dos anos oitenta, no entanto, diversos países passaram a rejeitar o intervencionismo. Vários outros elementos também contribuíram para o abandono da prática adotada até então, tais como as mudanças no sistema de produção, a aceleração e desenvolvimento tecnológico e, principalmente, a globalização (ARAGÃO, 2001, p. 91).

Nesse norte, os Estados passaram a adotar o neoliberalismo e o governo brasileiro optou pelo modelo da descentralização, almejando uma melhor eficiência das atividades e serviços públicos. O ingresso das agências reguladoras no controle dos serviços públicos surgiu a partir dessa mudança de atuação do poder estatal.

A atuação das agências reguladoras se enquadra no novo modelo econômico adotado pelo Governo brasileiro na gestão do então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, em meados dos anos noventa. A descentralização do poder estatal, implementada a partir do fim da ditadura militar no Brasil nos anos oitenta, consistiu, principalmente, nas privatizações e na implementação das agências reguladoras e visava a garantia de uma melhor prestação das atividades estatais no campo da infra-estrutura, no fomento das atividades econômicas e na satisfação de necessidades básicas da população brasileira.

A par destas anotações, torna-se imprescindível a definir o serviço público no Brasil. Colaciona-se a definição de serviço público de MEIRELLES (1999, p. 290):

Serviços públicos, propriamente ditos, são os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer a sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado. Por isso mesmo tais serviços são considerados privativos do Poder Público, no sentido de que só a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros, mesmo porque, geralmente exigem atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados.

Em contrapartida, a definição de serviço público de DI PIETRO (2007, p. 98) enquadra-se melhor à definição adotada pelo ordenamento brasileiro:

Toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob o regime jurídico total ou parcialmente público.

A definição dada por Meirelles não se enquadra satisfatoriamente, tendo em vista que, com a descentralização, o governo brasileiro possibilitou o desempenho de determinados serviços por outros entes, tanto pela Administração indireta – autarquias e fundações, por exemplo – quanto por particulares – como, por exemplo, por concessão e permissão.

A descentralização de atividades estatais pode ser territorial ou geográfica; por serviços ou funcional; e por colaboração. A descentralização territorial ocorre quando uma entidade local confere à pessoa jurídica de direito público diversa em um espaço geográfico delimitado. Já a descentralização funcional dá-se quando a atividade é delegada a um sujeito da Administração Pública Indireta, que poderá ser tanto pessoa jurídica de direito público quanto pessoa jurídica de direito privado. Torna-se imprescindível esclarecer que, se o sujeito da Administração indireta for pessoa jurídica de direito privado, reduzir-se-ão os privilégios e prerrogativas conferidos ao sujeito pela lei que o instituiu. Em contrapartida, a descentralização por colaboração dá-se quando a atividade é executada por pessoa jurídica de direito privado, mas mantendo a titularidade do ente estatal.

O Decreto-lei nº 200/67 disciplina a estruturação da Administração Pública no Brasil. A Constituição Federal de 1988, apesar de ulterior, incorporou algumas distinções feitas pela legislação de 1967. O art. 37, *caput*, da Constituição Federal disciplina a Administração Pública direta e indireta.

JUSTEN FILHO (2009, p. 182) preleciona que a Administração indireta, segundo disposição do Decreto-lei nº 200/67, compõe-se de “pessoas estatais de personalidade jurídica de direito público e por pessoas com personalidade jurídica de direito privado”.

O art. 5º, I, do Decreto-lei nº 200/67 define as autarquias como “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receitas próprios, para executar atividades típicas da administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

1.2 Breve Histórico das Agências Reguladoras.

O fenômeno da globalização desencadeou diversas mudanças no século XX e alterou a visão dos Estados em várias áreas. Sem dúvida, o setor mais afetado foi o setor econômico e financeiro. A nova visão capitalista destacou-se e a globalização foi o instrumento que consolidou o novo modelo de atuação do Estado. Em suma, a globalização acelerou o processo de abandono do modelo intervencionista e solidificou a modernização. Por conseguinte, a nova posição adotada pelos Estados proporcionou a descentralização no domínio econômico.

A introdução do neoliberalismo nos países até então denominados de subdesenvolvidos – ou periféricos – configurou-se pela descentralização de atividades e serviços públicos, marcada pelas privatizações e pela criação de agências reguladoras.

O Brasil também adotou outra espécie de agência autônoma, as agências executivas. Enquanto as agências regulatórias devem regular e fiscalizar determinada área definida por sua lei instituidora, cabe às agências executivas realizar determinados programas de atuação, sendo que, ao final da execução do programa, devem ser extintas as agências executivas.

Atualmente, a Agência de Desenvolvimento da Amazônia (ADA) e a Agência de Desenvolvimento do Nordeste (ADENE), antigas Superintendência para o Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM) e Superintendência para o Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE), respectivamente, são tidas como agências executivas. Vale dizer que a agência executiva nada mais é que uma velha autarquia ou fundação pública, por isso o regime jurídico vai ser próprio dessas pessoas jurídicas. A autarquia ou fundação celebra um contrato de gestão com a administração indireta. Há um planejamento estratégico, concedendo-se à agência mais autonomia e recursos públicos para a sua execução. Encerrado o contrato de gestão, a agência volta ao status original, de autarquia ou de fundação. E só será agência executiva enquanto estiver em vigência o contrato de gestão com a administração indireta. A agência executiva é uma situação temporária, diferentemente das agências reguladoras, que são permanentes e só são extintas por lei específica.

Assim, a criação das agências reguladoras pelo governo brasileiro se deu no início da década de 1990, com a adoção da descentralização das atividades estatais e serviços públicos. O novo modelo de regulação surgiu a partir da renúncia do papel constitucional do Estado em face do domínio econômico.

O governo brasileiro decidiu, a partir de 1995, enxugar a máquina estatal e privatizar determinados serviços. Nesse contexto, foram criadas as agências reguladoras a partir da política das privatizações. O nome “agência” foi copiado do modelo norte-americano para dar maior credibilidade, uma vez que, no sistema adotado pelos Estados Unidos, as “agências” são eficazes e respeitadas.

ARAGÃO (2006, p. 7), no entanto, discorda que haja uma relação entre a criação das agências reguladoras e a desestatização:

Não há uma relação necessária entre o modelo de agência reguladora e desestatização. Tanto no Brasil quanto no exterior, a criação das agências reguladoras é apenas uma demonstração do movimento mais amplo de insurgência de uma administração pública autonomizada, caracterizada por uma autonomia reforçada em relação ao modelo tradicional de administração pública direta ou indireta.

A redação do *caput* do art. 37 da Constituição Federal foi alterado pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, e incluiu o princípio da eficiência no rol dos princípios norteadores da Administração Pública. No plano das agências reguladoras, a eficiência guia a atuação pelos resultados.

As agências deveriam representar a reestruturação do Estado, uma vez que a atuação destes entes caracterizaria a eficiência do setor privado para o desempenho das atividades reguladas e garantiria a livre concorrência. O discurso adotado para a implementação da descentralização recorria à relação entre “Estado mínimo” e “livre-mercado”.

A função pública das agências reguladoras, no domínio econômico, sujeita-se à ação estatal, conjuntamente com a liberdade de iniciativa econômica. Vislumbra-se, assim, que a atuação das agências reguladoras dá-se de acordo com a relação entre Estado e sociedade, reservando-se determinada atividade econômica à iniciativa estatal, seja sob um regime de exploração ou sob um regime de monopólio, como é o caso da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC).

O advento das agências não significou a supressão total da intervenção estatal; na realidade, traduziu uma nova forma de intervenção: o Estado passou a intervir parcialmente no domínio econômico, ao separar o operador estatal do ente encarregado pela regulação do setor, além de permitir a competição entre operadores públicos e privados no setor regulado pela agência. O objetivo principal da intervenção regulatória é o equilíbrio dos interesses públicos e particulares, garantindo um melhor funcionamento do sistema econômico do Estado.

No contexto político e econômico em que foram criadas, as agências modificaram a estrutura estatal até então existentes e estabeleceu uma nova relação entre os indivíduos e os operadores dos serviços públicos. Os institutos regulatórios criados, com o fim de supervisão e normatização, tornaram impossível a manutenção dos modelos até então utilizados pelo Estado.

A implementação das agências reguladoras no Brasil provocou diversas mudanças na infra-estrutura de determinados serviços públicos, como foi o caso da telefonia fixa. Com a criação da Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações), por exemplo, o sistema telefônico obteve grandes progressos.

O governo brasileiro pretendia melhorar os serviços públicos prestados com a criação das agências. No entanto, muitos doutrinadores criticam a adoção das agências. BANDEIRA DE MELLO (2002, p. 148), por exemplo, critica veemente o modelo regulatório adotado no ordenamento brasileiro ao dizer que “a idéia subjacente continua a ser que desfrutariam de uma liberdade maior do que as demais autarquias. Ou seja: esta especialidade do regime só pode ser detectada verificando-se o que há de peculiar no regime das Agências Reguladoras em confronto com a generalidade das autarquias”.

A função da desestatização dos serviços públicos, para MOREIRA NETO (2005, p. 447), é o exercício da competência normativa conferida às agências reguladoras, que objetiva a fixação de normas técnicas de interesse público.

1.3 Agências Reguladoras.

A agência reguladora é uma autarquia de regime especial. Ou seja, as agências reguladoras obedecem aos regramentos das autarquias, mas também possuem suas regras próprias. DI PIETRO (2005, p. 194) as define como autarquias cujas decisões “não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública”. Vale lembrar que, apesar de desempenharem função da Administração Pública descentralizada, as agências reguladoras são pessoas jurídicas de direito público, da mesma maneira que as demais autarquias, de acordo com o art. 41, inciso VI, do Código Civil Brasileiro de 2002.

MAZZA (2005, p. 80) define as agências reguladoras como “autarquias de regime especial com autonomia qualificada, de regime especial com autonomia qualificada, criadas para atuar no controle, fiscalização e fomento de determinados setores”.

Cabe às agências reguladoras preservar a competição de mercado, com o objetivo de garantir o desenvolvimento econômico do Estado. Têm também a incumbência de normatizar, disciplinar e fiscalizar a prestação, por agentes econômicos públicos ou privados, dos bens e serviços destacados de acentuado interesse público, inseridos no campo da

atividade econômica regulamentado. As agências, no Brasil, podem ser de âmbito Federal, Estadual e Municipal.

Importante salientar que as políticas permanentes do Estado afetam às agências reguladoras, mas “não estão vinculadas aos interesses administrativos do grupo político-partidário que ocupe momentaneamente o Poder” (ALMEIDA; COELHO, 2005, p. 106).

Enquanto as agências reguladoras norte-americanas e européias atuam não somente na área econômica, mas também na regulação de direitos fundamentais, as agências reguladoras latino-americanas, de outro lado, atuam somente na área econômica. O traço marcante das agências, inclusive no Brasil, é o amplo poder normativo conferido a elas, que gerou grandes discussões acerca de sua inconstitucionalidade, como veremos a seguir.

O modelo adotado das agências reguladoras no sistema jurídico brasileiro não foi um modelo exatamente novo; são autarquias especiais e, por isso, possuem as mesmas peculiaridades das demais autarquias, tais como: possuem personalidade própria, criada por lei específica – disposição constante no art. 37, XIX, da Constituição Federal – de iniciativa do Chefe do Executivo (art. 61, § 1º, da Constituição); devem ser organizadas por decreto, regulamento ou estatuto; possuem patrimônio próprio; a lei de criação fixa a investidura de seus dirigentes; os agentes são titulares de cargo público, que, em regra, são admitidos por concurso público; estão vinculadas às licitações; entre outras características (CHIMENTI; CAPEZ; ROSA; SANTOS, 2006, p. 205/206).

Foi concedido às agências o regime especial de autarquias, sendo que somente a lei instituidora poderá conferir os privilégios específicos. Dessa forma, torna-se possível, ainda, a visualização da maior autonomia concedida às agências reguladoras em detrimento das demais autarquias. Ou seja, a grande diferenciação entre as agências e as demais autarquias reside no poder normativo conferido àquelas.

A independência das agências é uma característica própria, garantida pela lei instituidora, que permite o desempenho das funções regulatórias sem a interferência estatal. A questão da independência torna-se questionável no que tange ao poder político; as agências desenvolvem a atividade regulatória com certo grau de independência do poder político, já que é a lei instituidora da agência – fruto direto do exercício do poder político – que define as suas pautas e seu modo de atuação. Entende-se, assim, que a autonomia concedida às agências possui relação direta com o Poder Político.

Não se deve confundir a independência orgânica e a independência administrativa; a primeira consiste no exercício das atividades-fim do ente regulatório, enquanto que a última consiste na autonomia de gestão.

Deve-se mencionar, ainda, que esses órgãos públicos devem sempre agir com ampla transparência e permeabilidade no recebimento e processamento de demandas e interesses da população em geral, inclusive do próprio governo. Para isso, deve preservar as relações de competição, resguardando o sistema, para que mantenha a neutralidade da relação entre os entes regulados, consumidores e governo. Portanto, a característica da neutralidade liga-se diretamente à supremacia do interesse público em detrimento do interesse privado, a fim de buscar a melhor forma para atingir aos objetivos traçados para a atividade regulatória.

No âmbito federal, pode-se citar a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), a Agência Nacional do Petróleo (ANP), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e a Agência Nacional de Águas (ANA) como as principais agências reguladoras brasileiras¹.

Importante mencionar que a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), apesar de não ter a nomeação de agência, também é tida como uma agência reguladora no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que detém atribuições semelhantes aos demais entes regulatórios.

Não obstante a autonomia conferida às agências, há mecanismos de controle dos entes regulatórios nos limites do poder do Estado nos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Com relação à função regulamentar, SOUTO (1999, p. 130) leciona que se deve “harmonizar o interesse do consumidor, na obtenção do melhor preço e da melhor qualidade do serviço, com os do fornecedor do serviço, que deve ter preservada a viabilidade de sua atividade, como forma de se assegurar a continuidade do atendimento dos interesses sociais”.

Entende-se que a regulação deve se compatibilizar com a legislação constitucional, garantindo a igualdade material e formal entre os entes reguladores e os consumidores da atividade ou serviço prestado. Assim como o poder estatal, o ente regulatório deve garantir a qualidade da atividade e do serviço público prestado.

¹ A Lei nº 9.427/96 autorizou a criação da ANEEL; a Lei nº 9.472/97 criou a ANATEL; a ANP foi criada pela Lei nº 9.478/97; a ANTT foi criada pela Lei nº 10.233/01; a Lei nº 9.782/99 criou a ANVISA; e as Leis nº 9.961/00 e nº 9.984/00 criaram, respectivamente, a ANS e a ANA.

A autonomia da agência para elaborar suas políticas a longo prazo não deve estar ligadas às decisões políticas do Executivo. Ou seja, a autonomia das decisões das agências confere imunidade das pressões do governo à sua atuação. A conceituação do regime especial dos entes regulatórios, então, ganha destaque.

O regime especial das agências reguladoras se caracteriza a partir de três características próprias: a função de normatizar sua própria atividade, a nomeação especial e o mandato fixo de seus dirigentes. A agência reguladora tem mais autonomia do que as demais autarquias. Apesar do aumento dessa autonomia, a normatização das agências reguladoras busca apenas complementar a previsão legal; as agências reguladoras definem normas técnicas complementares às leis. Já a nomeação especial de a nomeação do dirigente das agências reguladoras é feita pelo Presidente da República, mas com prévia aprovação do Senado. Os mandatos dos dirigentes devem ter prazo fixo. A maioria das agências estabelece o prazo do mandato dos dirigentes das agências de 4 (quatro) anos, mas, na verdade, cada agência tem o seu prazo definido na lei. Há um projeto de lei que pretende unificar o prazo de mandato dos dirigentes das agências, que fixaria o prazo de 4 (quatro) anos para todas as agências.

A estabilidade do mandato dos dirigentes consagra efetivamente a autonomia das agências, afastando as ingerências políticas da sua atuação e protegem os interesses da população das pressões externas ao órgão.

Agência Reguladora	Prazo do Mandato
ANEEL	4 anos (art. 5º da Lei nº 9.427/96)
ANATEL	5 anos (art. 24 da Lei nº 9.472/97)
ANP	4 anos (art. 11, § 3º, da Lei n 1º 9.748/97)
ANVISA	3 anos (art. 10, parágrafo único, da Lei nº 9.782/99)
ANAC	5 anos (art. 13 da Lei nº 11.182/05)

Com relação à dispensa dos dirigentes, há duas possibilidades para a retirada dos dirigentes antes do término do mandato: por renúncia ou por condenação. O Presidente da República não pode retirar livremente o dirigente da agência reguladora. Encerrado o mandato, o dirigente deve respeitar a “quarentena”, ou seja, o dirigente está impedido de exercer na atividade privada no ramo da agência reguladora pelo prazo de 4 (quatro) meses, sendo que, durante esse período, o dirigente continua a receber o salário de dirigente. Há, no entanto, algumas agências cujo prazo de “quarentena” é de 12 (doze) meses.

A denominada “quarentena” ampara-se no art. 8º da Lei nº 9.986/00, que estabelece o prazo de 4 (quatro) meses. Esse instituto visa a proteção das medidas tomadas durante o mandato do dirigente, que poderia privilegiar determinada empresa do ramo da atividade da agência.

A estabilidade do dirigente, no entanto, garante o exercício de suas competências sem o risco de se interromper o mandato por ato do Poder Executivo central. Essa questão foi discutida na ADI nº 2.310/DF, que assegurou a estabilidade do mandato dos dirigentes das agências reguladoras, bem como de seus servidores.

Os privilégios e deveres instituídos às autarquias devem ser estendidos às agências reguladoras. Enquadram-se, assim, ao regime jurídico-administrativo, devendo ser aplicados os princípios e normas da Administração Pública. Os principais privilégios legais aplicáveis aos entes regulatórios são: a presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e auto-executoriedade; as imunidades tributárias; a suscetibilidade à prescrição quinquenal; o procedimento especial para a execução fiscal; o não recolhimento de custas judiciais; a impenhorabilidade dos bens e a impossibilidade de usucapião. As agências não estão submetidas aos efeitos da revelia e têm direito ao reexame necessário.

Com relação aos deveres, o regime jurídico-administrativo das agências reguladoras determina a obediência a diversos deveres, tais como a obrigação de licitação; a contratação de pessoal por concurso público; obediência aos princípios administrativos – legalidade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, publicidade, devido processo legal, motivação dos atos, ampla defesa, moralidade, eficiência e segurança jurídica (MAZZA, 2005, p. 125-148).

As agências são o centro da confluência de interesses do Estado, dos entes regulados e da sociedade e têm como atribuição harmonizar os interesses de cada uma das bases desse tripé.

2. A Atuação e o Poder Normativo das Agências Reguladoras.

2.1 Funções reguladoras no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Apesar de governo brasileiro ter se inspirado no modelo norte-americano, o modelo regulatório adotado tem suas próprias características, ao abranger o exercício de todas as funções estatais de determinado setor. E a problemática do poder normativo das agências reguladoras surgiu a partir dessa diferenciação: o modelo regulatório, no Brasil, encontra obstáculos no princípio da legalidade, o que não ocorre nos Estados Unidos, por exemplo, tendo em vista que o sistema da *common law* é flexível.

Sobre o poder normativo das agências, ARAGÃO (2006, p. 9/10) afirma:

O poder normativo conferido às agências reguladoras seria a verdadeira delegação de poder legislativo e que a fixação de mandato a termo a seus dirigentes sobrestaria a prerrogativa do Chefe do Poder executivo de dirigir a administração pública, uma vez que a possibilidade de livre nomeação e exoneração dos ocupantes de cargos de confiança seria condição *sine qua non* para que pudesse efetivamente comandar a administração.

O artigo 174 da Constituição Federal conferiu ao Estado o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

A distinção feita no dispositivo supra mencionado entre as expressões “normativo” e “regulador”, uma vez que a primeira expressão compreende as atividades econômicas e os serviços públicos, enquanto que a expressão “regulador” refere-se somente às atividades exploradoras do regime de mercado.

O exercício da atividade regulatória do Estado orienta-se pela intervenção nos setores da economia, garantindo a supremacia dos interesses públicos, sem afastar, no entanto, a participação de agentes privados.

O controle exercido pelo Poder Executivo se dá pelo controle ministerial, através do controle do ente central. O controle exercido pelo Legislativo se dá pelo controle de aprovação de contas das agências feito pelo Tribunal de Contas (da União, no caso das agências reguladoras federais), que acaba por delimitar a atuação das agências. O art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal delimita o controle dos entes regulatórios exercido pelo Poder Judiciário. A doutrina e a jurisprudência majoritária entendem que pode haver o controle jurisdicional pode se dar quanto à análise da constitucionalidade e quanto à análise material do ato.

Conferiu-se, ainda, às agências reguladoras a competência para dirimir conflitos através de arbitragem, independentemente da origem do conflito – seja ele entre os próprios entes regulados ou entre os entes regulados e os consumidores.

O controle das agências reguladoras é realizado com recursos públicos e vincula-se diretamente ao princípio da legalidade, com o objetivo de preservar os cidadãos-consumidores do desserviço das atividades no setor regulado pelos entes regulatórios.

Entretanto, o controle é diferente para cada agência, já que o controle é definido por cada lei instituidora. O art. 13 do Decreto-lei nº 200/67, no entanto, define regras gerais para o controle:

Art. 13 O controle das atividades da Administração Federal deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos, compreendendo, particularmente:

- a) o controle, pela chefia competente, da execução dos programas e da observância das normas que governam a atividade específica do órgão controlado;
- b) o controle, pelos órgãos próprios de cada sistema, da observância das normas gerais que regulam o exercício das atividades auxiliares;
- c) o controle da aplicação do dinheiro público e da guarda dos bens da União pelos órgãos próprios do sistema de contabilidade e auditoria.

Por seu regime diferenciado, as agências também possuem poder de polícia e a regulação, diferentemente dos demais entes da Administração indireta.

Apesar da marcante característica da autonomia orgânica, a ausência de mecanismos típicos de controle hierárquico não desvirtua os dispositivos constitucionais de controle da Administração central das agências. Os atos praticados pelos entes regulatórios não são passíveis de anulação, revisão ou revogação por parte da Administração central a que estão vinculados.

De acordo com MEDAUAR (1993, p. 14/15), o controle pode assumir vários sentidos, ora de fiscalização, ora de função jurídico-operacional, ou ainda assumindo várias acepções, tais como dominação, direção, limitação, vigilância ou fiscalização, verificação e registro.

Para MEIRELLES (2003, p. 562), o controle nada mais é do que o “conjunto de atribuições de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou entidade exerce sobre a conduta funcional de outro”.

O controle do poder regulatório não tem, no Brasil, moldes definitivos; na realidade, o controle é feito casuisticamente; o controle no direito regulatório pode se dar no âmbito do Poder Executivo, do Poder Legislativo, do Poder Judiciário (inclusive com participação do Ministério Público) e no âmbito administrativo, já que é conferido às agências essa possibilidade. Mister esclarecer que a Constituição Federal impõe limites para o controle, independentemente da origem do controle.

O modelo regulatório adotado no Brasil abrange todas as funções do Estado no setor determinado, abrangendo as competências dos três poderes. A competência de cada agência reguladora se dá de acordo com o ramo da atividade ou do serviço público. No entanto, todas elas possuem funções administrativas, normativas e decisórias, sendo que o grau de especificidade de cada função deverá ser determinado pela lei instituidora da cada agência.

As funções administrativas responderão sempre pela previsão das políticas públicas, o que interligará diretamente a Administração Pública indireta com a Administração Pública direta. O governo – neste caso, representado pelo Chefe do Executivo – é o responsável pela definição das políticas públicas, que deverão ser observadas pela Administração indireta, que incluem as agências reguladoras.

Nesse sentido, DI PIETRO (2007, p. 685) leciona:

O controle que o Poder Legislativo exerce sobre a Administração Pública tem que se limitar às hipóteses previstas na Constituição Federal, uma vez que implica interferência de um Poder nas atribuições dos outros dois; alcança os órgãos do Poder Executivo, as entidades da Administração indireta e do próprio Poder Judiciário, quando executa função administrativa. Não podem as legislações complementar ou ordinária e as Constituições estaduais prever outras modalidades de controle que não as constantes na Constituição Federal, sob pena de ofensa ao princípio da separação de Poderes; o controle constitui exceção a esse princípio, não podendo ser ampliado fora do âmbito constitucional.

No campo da regulação dos serviços públicos, as agências podem exercer o próprio poder concedente, mas os entes privados que atuam no ramo devem ser submetidas ao crivo estatal. Isso ocorre, principalmente, no ramo das telecomunicações, da energia elétrica e da indústria de petróleo.

A Administração Pública ainda delega o exercício de fiscalização, autorização para práticas e repressão no caso de descumprimento de normas, regras ou até mesmo dos contratos administrados pelas agências. Contam, inclusive, com o poder sancionatório, bem como dotam do poder de fixação das tarifas. Portanto, visualiza-se que as agências são as únicas responsáveis pelo ramo em que atuam.

A função normativa, própria da Administração Pública, também foi conferida aos entes regulatórios, ou seja, as agências podem emitir atos regulatórios necessários para o cumprimento das normas estabelecidas, independentemente de sua origem.

Conferiu-se amplos poderes às agências reguladoras, sendo que esses poderes estão diretamente ligados à expressão “regular”, uma vez que a atuação das agências necessita de normas e leis anteriores. Entende-se, portanto, que, apesar da autonomia, as agências só podem atuar em conformidade com a ordem jurídica, não podendo inovar completamente. A normatividade regulatória deve seguir estritamente os ditames legais.

De acordo com o princípio da legalidade, o controle interno das agências reguladoras pode ser realizado por uma comissão, por um departamento ou até mesmo por funcionários da própria agência reguladora, que promoverão a fiscalização e a investigação dos atos da própria agência. As decisões da comissão ou departamento fiscalizador deverão, obrigatoriamente, respeitar os interesses públicos em face de interesses privados (e escusos).

O controle dos atos regulatórios pode se dar de ofício ou por provocação e a decisão não se vincula a outras normas; a decisão da agência é autônoma e deve se basear nas normas ou regulamentos da própria agência.

Os recursos administrativos nas agências reguladoras devem obedecer aos preceitos do processo administrativo da Administração Pública. É possível também o reexame das decisões dos entes regulatórios nos mesmos moldes.

Não há necessidade de formalismo excessivo para os recursos administrativos, não exigindo inclusive a presença de advogado, o posicionamento adotado pelo Superior

Tribunal de Justiça (STJ) recomenda a presença de um. Não há previsão específica de prazo para o recurso administrativo, mas, por analogia à Lei Federal nº 9.784/99, estima-se o prazo de 10 dias e o recurso deverá ter efeito suspensivo.

O autocontrole se dá quando a própria agência reexamina a sua atuação ou o seu ato, podendo ser provocada por pedido de reconsideração ou de ofício.

Já o controle patrimonial e contábil das agências reguladoras é feito pelo Tribunal de Contas – de acordo com o art. 70 da Constituição Federal –, sendo que, no Brasil, a realização de auditorias inclui a prestação de contas, assim como o exame de documentação instrutiva ou probatória de despesa.

2.2 Regime Especial das Agências Reguladoras.

Tendo em vista que as agências reguladoras são partes constituintes da Administração Pública indireta, uma vez que são autarquias – mesmo que especiais –, deve-se aplicar o regime jurídico da Administração Pública.

As agências reguladoras estão submetidas a ordem principiológica do direito Administrativo, já que fazem parte da Administração Pública Indireta. Os princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública – e, conseqüentemente, às agências reguladoras – são rígidos para garantir o bom funcionamento da máquina estatal e para garantir o atendimento aos interesses públicos.

O legislador não definiu o regime especial das agências reguladoras, já que conforme dito anteriormente, o texto normativo de cada agência definirá as características próprias de cada uma, bem como as suas funções e a sua gestão.

Os doutrinadores analisam as leis instituidoras para qualificar o regime especial das agências reguladoras. BANDEIRA DE MELLO (2003, p.160) leciona sobre a singularidade do regime dessas autarquias especiais:

Ora, “independência administrativa” ou “autonomia administrativa”, “autonomia financeira”, “autonomia funcional” e “patrimonial e da gestão de recursos humanos” ou de quaisquer outros que lhe pertençam, autonomia nas decisões técnicas”, “ausência de subordinação hierárquica”, são elementos intrínsecos à natureza de toda e qualquer autarquia, nada acrescentando ao que lhes é inerente. [...] o único

ponto peculiar em relação à generalidade das autarquias está nas disposições atinentes à investidura e fixidez do mandato dos dirigentes destas pessoas.

A autonomia e a independência das agências reguladoras são as principais características que as torna singulares, que as diferencia das demais autarquias.

Outra característica própria das agências é a estabilidade de seus dirigentes. De acordo com o art. 4º da Lei Federal nº 9.986/00, a escolha e a nomeação dos ocupantes dos cargos de Presidente da República, sendo que a nomeação depende de aprovação prévia do Senado Federal.

A estabilidade dos dirigentes, disposta nos arts. 5º e 6º da Lei nº 9.986/00, garante-se pelo mandato fixo, sendo que a duração deste mandato será definido pela lei instituidora de cada agência, não coincidentes entre si. Há uma grande discussão com relação à nomeação dos dirigentes dos entes reguladores.

A Constituição Federal de 1988 determina que os cargos públicos deverão ser preenchidos por concurso público, exceto para cargos de livre nomeação e exoneração para os cargos de confiança e funções gratificadas e em casos de contratação temporária em situações excepcionais – estas últimas previstas no art. 37, inciso IX, da Constituição.

No entanto, a nomeação dos dirigentes não se enquadra em nenhuma das situações acima descritas. O provimento dos cargos de direção das agências está vinculado à aprovação do Senado Federal, enquanto que a sua exoneração, conforme a redação do art. 9º da Lei nº 9.986/00, somente é possível por meio de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar. Outras possibilidades de exoneração dos dirigentes encontram-se elencadas nas leis instituidoras de cada agência.

SOUTO (2001, p. 453) defende a constitucionalidade da nomeação dos dirigentes com o art. 37, I, da Constituição Federal, desde que os requisitos para a acessibilidade dos cargos públicos sejam preenchidas.

Deve-se mencionar, ainda, que os dirigentes das agências, após a sua exoneração, independentemente da forma, devem se manter afastados do ramo regulado pela agência. Esse período é denominado de “quarentena”. O dirigente, apesar de não mais executar suas funções, continua vinculado à agência durante a “quarentena”, percebendo a sua remuneração anterior. É o que dispõe o art. 8º da Lei nº 9.986/00, cujo objetivo é evitar o vazamento de informações privilegiadas.

A questão do quadro de pessoal das agências reguladoras também é muito discutida pela doutrina brasileira. A Lei nº 9.986/00 estipulou que o regime seria na forma de emprego público, regulado pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

A grande parte da doutrina brasileira, no entanto, defende a inconstitucionalidade dessa forma de admissão para o quadro de pessoal dos entes reguladores. Como parte da Administração Pública indireta, as agências deveriam adotar a admissão por concurso público, assim como as demais autarquias adotaram.

Em 2004, o legislador procurou solucionar esse problema ao editar a Lei Federal nº 10.871. O art. 6º criou as carreiras e a sua organização nas agências reguladoras, vinculando-os ao regime jurídico único dos servidores públicos federais, regulado pela Lei Federal nº 8.112/90.

2.3 Poder Normativo das Agências Reguladoras.

O poder normativo é a aptidão para emanar normas jurídicas. A norma jurídica, para BOBBIO, é o comando de conduta, que garante a sua execução por meio de sanção, interna ou externa.

As diretrizes gerais das agências reguladoras são fixadas em lei e, somente após sua fixação, é que surge o poder normativo destes entes, juntamente com os demais poderes conferidos a eles (poder de fiscalização, poder de solução de conflitos de interesse, poder de investigação, de fiscalização, entre outros).

A característica fundamental do poder normativo das agências é o fato de “possuírem uma combinação das funções de legislador, promotor e juiz”, uma vez que são competentes para dar início ao processo (de ofício ou por provocação) e para julgar de acordo com as regras criadas por elas próprias (ARAGÃO, 2001, p. 95).

A competência normativa das agências abrange os poderes tradicionais conferidos à Administração Pública, bem como o poder normativo que lhe foi conferido com relação à segurança da atividade regulada, dos procedimentos técnicos e em razão dos bens e da contabilidade do ramo de atividade da agência.

A característica da independência das agências reguladoras enquadra-se nessas dimensões, uma vez que é possível a atuação das agências no contexto da normatividade. Cumpre, ainda, ilustrar que as competências das agências, apesar de sua complexidade, fortalecem a atividade estatal, já que não estão sujeitas às pressões do contexto político. E é nesse escopo que as agências tornam-se confiáveis.

Importante salientar que o poder normativo das agências reguladoras não se trata de criação de normas constitucionais e legislativas inovadoras; a competência normativa das agências tem caráter infralegal, uma vez que a legislação criada pelas agências somente será aplicada ao seu ramo de regulação, não extrapolando os limites fixados pela lei instituidora da agência.

O art. 84, inciso IV, da Constituição Federal determina a competência privativa do Presidente da República para a sanção, promulgação e publicação de leis, decretos e regulamentos. Dessa forma, não poderia ser admitido qualquer outra forma de competência regulamentar, senão a do Presidente e, por analogia, dos Governadores e Prefeitos, no papel de Chefes do Executivo Estadual e Municipal, respectivamente.

Entretanto, em 2001, a Emenda Constitucional nº 32 alterou a redação do mencionado dispositivo, permitindo a disposição da organização e funcionamento da Administração Federal pelo Presidente da República por meio de decreto. Mesmo com a alteração promovida pela Emenda Constitucional, as agências estão autorizadas para editar somente normas administrativas específicas e concretas. Somente o Chefe do Executivo está autorizado a editar normas gerais e específicas.

Conclui-se, portanto, que o poder normativo das agências reguladoras somente é aplicável ao ramo por elas regulado. Ou seja, as normas criadas pelos entes reguladores limitam-se ao ramo de atividade da agência em questão.

O poder normativo das agências reguladoras é exercido dentro da extensão territorial do ente regulatório; portanto, se a agência for federal, o poder normativo estende-se em todo o território brasileiro; se for estadual, o poder normativo se dá somente no estado-membro a que pertence a agência; e se for municipal, o poder normativo se dá somente no município.

Os efeitos das decisões e do poder normativo das agências, com base no princípio da segurança jurídica, produzirão efeitos futuros, proibindo a eficácia retroativa. Além disso,

o poder normativo também não afetará a coisa julgada, ato jurídico perfeito e direito adquirido, conforme dispõe o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

Com relação à extensão pessoal, as normas das agências reguladoras produzem efeitos sobre os sujeitos aos quais se destina. Em regra, as normas regulatórias destinam-se aos beneficiários de outorgas – os concessionários –, aos permissionários e aos autorizatários, aos órgãos públicos ligados ao setor regulado pela agência e aos usuários.

Sobre a extensão material do poder normativo das agências reguladoras, MAZZA (2006, p. 36) entende que “cada agência tem suas atribuições descritas na respectiva legislação instituidora, de modo que os atos normativos só podem operar, sob pena de nulidade, dentro do universo de competências próprias da entidade reguladora”.

3. Controle do Poder Normativo das Agências Reguladoras mediante os princípios constitucionais.

O regime jurídico administrativo é um conjunto de princípios que guardam entre si uma correlação lógica (estão sempre interligados). Deve ser aplicado o regime jurídico administrativo às agências reguladoras, uma vez que elas fazem parte da Administração Pública indireta.

Os princípios não são mais aplicados de forma absoluta. O regime jurídico administrativo utiliza-se do critério de ponderação de interesses, ou seja, nenhum princípio será aplicado de forma absoluta; diante de um caso concreto, é possível que se aplique ora um princípio, ora outro. Celso Antônio Bandeira de Mello utiliza-se da expressão “pedras de toque”, ou seja, os dois princípios que estão na base do Direito Administrativo: princípio da supremacia do interesse público e princípio da indisponibilidade do interesse público.

Segundo a definição seguida o Brasil – criada por Robert Alexy –, princípios são mandamentos de otimização (ou maximização), ou seja, normas que estabelecem que algo seja cumprido na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Os princípios obedecem à lógica do “mais ou menos”, de acordo com as situações fáticas ou jurídicas. Os princípios são aplicados através da ponderação.

3.1 Princípios Constitucionais Aplicáveis ao Direito Administrativo.

As normas constitucionais, de acordo com a teoria constitucional comprometida com a supremacia material e formal da Constituição (ALEXY, 1993, p. 505), possuem o status normativo. A normatividade dos princípios constitucionais é defendida por parte da doutrina moderna.

A generalidade, a primariedade e a dimensão axiológica são as três principais características dos princípios constitucionais. Ou seja, os princípios constitucionais são fontes de outros princípios, o que não confere a eles superioridade diante os demais princípios.

Diferentemente do serviço governamental britânico, que é regido por apenas dois princípios fundamentais – responsabilidade ministerial e *accountability* –, o serviço

governamental brasileiro rege-se por vários princípios que, em sua maioria, encontram-se elencados na Constituição Federal (JUSTEN, 2002, p. 137).

Os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito Administrativo estão elencados na Constituição Federal, de forma explícita ou de forma implícita. FIGUEIREDO (1991, p. 7/8) diz que a Constituição Federal dispõe, expressamente no *caput* do art. 37, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, implicitamente, os princípios da motivação e razoabilidade das decisões.

3.1.1 Princípio da Legalidade.

A Constituição Federal de 1988 é redundante com relação ao princípio da legalidade (arts. 5º; 37, *caput*; e 150) – “ninguém é obrigado a realizar determinada conduta, sem que haja expressa previsão legal”.

O princípio da legalidade é pressuposto para o Estado de Direito, que é o Estado politicamente organizado. Enquanto o particular pode tudo, salvo o que está vedado em lei (critério não contradição à lei), o Administrador só pode o que estiver expressamente autorizado por lei (critério de subordinação à lei).

Expresso no *caput* do art. 37 da Constituição, o princípio da legalidade é decorrente do Estado de Direito e da lei, que, nas palavras de Canotilho, é o “instrumento normativo de vinculação jurídico-constitucional da Administração” (BACELLAR, 1998, p. 156).

O princípio da legalidade é o núcleo do ordenamento jurídico. Nesse norte, PAZZAGLINI FILHO (2003, p. 26) leciona:

Por consequência, a legalidade é a base e a matriz de todos os demais princípios constitucionais que instruem, condicionam, limitam e vinculam as atividades administrativas. Os demais princípios constitucionais servem para esclarecer e explicitar o conteúdo do princípio maior ou primário da legalidade.

A respeito da aplicação do princípio da legalidade na Administração Pública, FREITAS (1997, p. 60/61) comenta:

Assim, a subordinação da Administração Pública não é apenas à lei. Deve haver o respeito à legalidade sim, mas encartada no plexo de características que a qualifiquem como razoável. Não significa dizer que se possa alternativamente obedecer à lei ou ao Direito. Não. A legalidade devidamente adjetivada razoável requer a observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teleologia constitucional. A submissão razoável apresenta-se menos como submissão do que como respeito.

Há duas correntes no princípio da legalidade; a primeira corrente, adotada pelos doutrinadores Maurice Hariou, Lúcia Valle Figueiredo, Odete Medauar e Carmen Lucia Antunes Rocha, vincula a Administração ao ordenamento jurídico, enquanto que a segunda corrente, adotada pelos doutrinadores Menkel, Di Pietro e Canotilho, vincula a Administração à lei formal.

No entanto, ambas correntes preocupam-se com a vinculação da administração Pública perante a crise do princípio da legalidade.

O princípio da legalidade, diante da imperatividade das leis, obriga a atuação do Estado (Administração Pública) e dos administrados. Além disso, a Administração Pública não pode deixar de observar os princípios básicos para a realização dos seus atos administrativos; a Administração somente deve agir em concordância com o conteúdo expresso do texto constitucional, o que não fere o poder discricionário em sua atuação.

A definição da discricionariedade de MOREIRA NETO (1991, p. 23) encaixa-se à atuação das agências:

[...] qualidade da competência cometida por lei à Administração Pública para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessária para integrar a definição de elementos essenciais à prática de atos de execução necessária para atender a um interesse público específico.

O princípio da legalidade tem como objetivo garantir que a Administração – inclusive as agências reguladoras – cumpra a lei formal e as garantias do cidadão, utilizando-se da discricionariedade como norte de sua atuação, sempre nos limites estipulados pela Constituição.

3.1.2 Princípio da Supremacia do Interesse Público.

O princípio da supremacia do interesse público sob o privado determina que o interesse público é superior aos demais interesses. A doutrina moderna, no entanto, nega a forma de princípio como fundamento básico do sistema jurídico brasileiro.

A atuação das agências reguladoras deve sempre prevalecer o interesse público em detrimento dos interesses privados. As prerrogativas de toda a Administração decorrem do princípio da supremacia do interesse público.

O princípio da supremacia do interesse público significa a sobreposição do interesse público/ coletivo em face do interesse individual. Esse princípio é indispensável à vida em sociedade; é pressuposto da vida em sociedade. Os atos da Administração Pública são auto-executáveis, ou seja, podem ser realizados sem a interferência de outros poderes ou órgãos.

Em nome do princípio da supremacia do interesse público, a Administração Pública tem muitos privilégios e prerrogativas, mas não pode abrir mão do interesse público, o que acarreta na indisponibilidade.

Há uma teoria acerca da utilização do princípio da supremacia do interesse público – posição doutrinária minoritária, mas crescente – que alega que o princípio da supremacia do interesse público justifica os erros cometidos pelo Administrador e que esse princípio deveria ser retirado da base do Direito Administrativo. Marçal Justen Filho, por exemplo, já utiliza essa teoria minoritária.

Pode-se conceituar o interesse público como o somatório dos interesses individuais de seres considerados em sociedade, desde que represente a vontade da maioria. Passa a ser público quando é a vontade da maioria em sociedade. O interesse público primário é a vontade do povo, da coletividade. O interesse público secundário é o que quer o Estado enquanto pessoa jurídica. Estando em conflito o interesse primário e o interesse secundário, prevalece o primário, mas eles não deveriam estar em conflito.

Decorre do princípio da supremacia do interesse público o princípio da indisponibilidade do Interesse Público, segundo o qual o Administrador não pode dispor do interesse público, interesse coletivo. O Administrador não pode criar entraves à futura

Administração, não pode comprometer a futura Administração. Hoje em dia, a Lei de Responsabilidade Fiscal busca garantir o cumprimento desse princípio.

3.1.3 Princípio da Impessoalidade.

Decorrente da própria norma jurídica abstrata e genérica, a impessoalidade significa a ausência de subjetividade. O Administrador não pode buscar interesses próprios; deve perseguir sempre o interesse público. Os dois institutos expressos na Constituição que representam a aplicação do princípio da impessoalidade com relação à Administração Pública e às agências reguladoras são a exigência de licitação e a aprovação prévia por concurso público (provimento de cargo).

Para SILVA (2005, p. 335), segundo o princípio da impessoalidade, a Administração Pública deve-se reger pela neutralidade da sua atuação administrativa, com o intuito de se alcançar a realização do interesse público. Portanto, o Poder Executivo não deve atuar buscando somente a realização dos interesses de certos grupos econômicos, mas deve pautar as suas decisões em prol do interesse público.

O princípio da impessoalidade traduz a idéia de que a Administração Pública tem que tratar todos os administradores sem discriminações benéficas ou detrimntosas (sem favoritismo e sem perseguições, simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atividade administrativa). Assim, percebe-se que princípio da impessoalidade está diretamente ligado ao princípio da isonomia.

Para PAZZAGLINI FILHO (2003, p. 26), “ a impessoalidade significa, pois, que a conduta do agente público, no desempenho da atividade administrativo, deve ser sempre objetiva e imparcial, tendo por único propósito, em suas ações, o atendimento do interesse público”.

Há a necessidade de se diferenciar o princípio da impessoalidade e do princípio da finalidade. Na doutrina clássica, seguida por Hely Lopes Meirelles, o princípio da impessoalidade era sinônimo do princípio da finalidade/imparcialidade. Com o advento da Constituição Federal, em 1988, impessoalidade significa a ausência de subjetividade. Na doutrina moderna, adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello, impessoalidade e finalidade são princípios autônomos; a impessoalidade é a ausência de subjetividade, enquanto que o

princípio da finalidade busca a aplicação do “espírito da lei”, busca o objetivo maior da lei e estaria ligado ao princípio da legalidade. Para o Direito Administrativo, não há como separar a legalidade da finalidade na aplicação da própria lei. Hoje em dia, aplica-se a doutrina moderna, por ter respaldo em lei – expresso no art. 2º da Lei nº 9.784/99.

Com base nesse princípio, FREITAS (1997, p. 64/65) entende que “a Administração Pública precisa dispensar um objetivo tratamento isonômico a todos os administrados, sem discriminá-los com privilégios espúrios, tampouco malferindo-os persecutoriamente, uma vez que iguais perante o sistema”.

Para DI PIETRO (2007, p. 71), o princípio da impessoalidade “significa que a Administração não pode atuar prejudicando ou beneficiando pessoas determinadas, já que é o interesse público que deve nortear o seu comportamento”. BANDEIRA DE MELLO (2005, p. 110) detalha ainda mais a aplicação do referido princípio, nos seguintes termos:

Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimenotas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37, *caput*, da Constituição. Além disso, assim como “todos são iguais perante a lei” (art. 5º, *caput*), *a fortiori* teriam de sê-lo perante a Administração.

Vale colacionar os ensinamentos de TÁCITO (1996, p.629) acerca do princípio da impessoalidade:

O princípio da impessoalidade repele atos discriminatórios que importem favorecimento ou desapeço a membros da sociedade em detrimento da finalidade objetiva da norma de direito a ser aplicada. Não é indiferente, porém, à Administração Pública a *personalidade* do administrado. O que se veda é a personificação de seus atos na medida em que abandonem o interesse público para conceder favores ou lesionar pessoas ou instituições.

A partir da análise do princípio da impessoalidade, nascem várias obrigações para às agências reguladoras, tais como a obrigatoriedade de licitação pública, a fim de garantir a igualdade entre os concorrentes (expresso no art. 175 da Constituição Federal), e a admissão do quadro de pessoal por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos (amparado pela redação do art. 37, inciso II, da Constituição).

3.1.4 Princípio da Moralidade.

A expressão “moralidade” traduz a idéia de honestidade, de boa-fé, de obediência a princípios éticos, de correção de atitudes, de probidade administrativa. Dificilmente, encontra-se o princípio da moralidade isolado; normalmente encontra-se a moralidade ligada a outro princípio, uma vez que seu conceito é vago.

Moralidade administrativa não significa a moralidade comum; moralidade comum significa correção de atitudes no dia-a-dia, significa agir de acordo com as regras de conduta social. Moralidade administrativa é mais rigorosa do que a moralidade comum, significa correção de atitudes (agir de forma correta) somada à boa administração.

Deve-se distinguir a moralidade comum e a moralidade administrativa; a primeira está ligada à conduta interna do homem perante os conceitos da sociedade, enquanto que a moralidade administrativa é imposta ao agente público, a fim de garantir uma boa administração.

BACELLAR FILHO (1998, p. 180) entende que “o princípio da moralidade configura princípio ético com ampla abrangência sobre a atividade administrativa. Importa a análise de sua incidência no processo administrativo disciplinar que se dá, sobretudo, pela lealdade e boa-fé”.

Adotado com princípio basilar da Administração pela Constituição Federal – expresso no art. 37 –, o princípio da moralidade administrativa legitima a atuação do agente público – no caso das agências, legitima os atos regulatórios – no exercício da atividade administrativa estatal.

A moralidade se baseia na ética da conduta da Administração Pública; se pauta nos valores morais e éticos para que a atividade dos membros da Administração Pública – direta ou indireta – atinja o interesse público.

O agente público tem discricionariedade em sua atuação, mas deve sempre ser pautada pela moralidade, já que o objetivo-fim de sua atuação é o interesse público. Ou seja, deve atender o bem comum, sem infringir os valores éticos consagrados pela sociedade brasileira.

A moralidade administrativa, na lição de DI PIETRO (2001, p. 154):

Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque o próprio objeto resulta a imoralidade. Isso ocorre, quando o conteúdo de determinado ato contraria o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos.

Por isso mesmo, a imoralidade salta aos olhos, quando a Administração Pública é pródiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda ou mordomia, quando a população precisa de assistência médica, alimentação, moradia, segurança, educação, isso, sem falar no mínimo indispensável à existência digna.

Aplicado no campo administrativo disciplinar, o princípio da moralidade administrativa recai na aplicação da certeza e da segurança jurídica da decisão e atuação das agências reguladoras, proporcionando a garantia de boa-fé e lealdade do ente regulador, que tem a função de acusar, instruir e decidir.

Sobre este princípio, eis o comentário de BANDEIRA DE MELLO (2002, p. 115):

De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando *ilicitude* que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de *pauta jurídica*, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da *lealdade* e *boa-fé*, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesús González Perez em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos

Para MEIRELLES (1999, p. 89), deve o administrador, por força do princípio da moralidade administrativa, seguir o que a lei determina e pautar sua conduta na moral comum, fazendo o que for melhor e mais útil ao interesse público.

Colaciona-se o significado do princípio da moralidade administrativa para FREITAS (1997, p. 67/68):

[...] princípio da moralidade, o qual veda condutas eticamente inaceitáveis e transgressoras do senso moral da sociedade, a ponto de não comportarem condescendência.

De certo modo, tal princípio poderia ser identificado com o da justiça, ao determinar que se trate a outrem do mesmo modo que se apreciaria ser tratado.

3.1.5 Princípio da Publicidade.

Primeiramente, deve-se diferenciar o conceito de publicidade de publicação. Publicidade significa conhecimento, ciência ao titular do interesse (povo), que nada mais é do que comunicar o titular do interesse. Há alguns desdobramentos que devem ser observados: publicidade é condição de eficácia, é a partir da publicação do contrato que este começará a produzir efeitos (art. 61, parágrafo único da Lei nº 8.666/90).

Apesar de obedecer todos os requisitos, se o ato não for publicado, não será eficaz, mas será válido.

O princípio da publicidade, também denominado de princípio da máxima transparência, significa que a Administração Pública deve divulgar a sua atuação, ou seja, não deve ocultar seus atos. Isso não significa que a Administração deva fazer a sua autopromoção; a Administração deve apenas agir com transparência, prestando contas de todo os seus atos.

Nesse sentido, PAZZAGLINI (2003, p. 33) salienta:

Logo, é proibida a propaganda ou a autopromoção do agente público, incluída em publicidade oficial, como v.g., a menção ao seu próprio nome ou de símbolos ou imagens a ele relacionadas. E a publicidade que desborda os limites constitucionais, visando àquela finalidade (alheia ao interesse público), configura improbidade administrativa que causa prejuízo ao Erário (art. 10, *caput*, da Lei Federal nº 8.429/92- Lei de Improbidade Administrativa).

Publicidade também representa início de contagem de prazo; é a partir do conhecimento que começa a correr o prazo. O princípio da publicidade também é mecanismo de controle e de fiscalização, como, por exemplo, a prestação de contas do Município.

Publicidade é regra. No entanto, há situações em que o Administrador não precisará publicar: quando violar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal); quando comprometer a segurança da sociedade e

do Estado (art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição); com relação a atos processuais sigilosos (art. 5º, inciso LX, da Constituição) – um bom exemplo é processo ético disciplinar no Conselho profissional até a conclusão do processo para não comprometer a carreira do profissional, mas que deverá ser publicado ao final; e em processo disciplinar para proteger a instrução do processo, conforme a Lei Federal nº 8.112/90.

De acordo com a redação do art. 37, §1º, da Constituição Federal, o Administrador deve publicar as obras, ações de governo – o Administrador tem o dever de publicidade. Se não o faz, o Administrador pode ser responsabilizado, já que está praticando improbidade administrativa (desobediência ao dever de publicidade), definido no art. 11 da Lei Federal nº 8.429/92. Apesar da obrigação de publicar as obras ou ações da Administração Pública, proíbe-se a promoção pessoal do Administrador (nomes, imagens, símbolos que remetam ao Administrador). Promoção pessoal também representa improbidade administrativa. Se o administrador faz constar o seu nome apenas como informação e não como propaganda, não se configura improbidade administrativa.

O crime de improbidade administrativa, além de ferir o princípio da publicidade, ofende os princípios da supremacia do interesse público, da indisponibilidade do interesse público, da moralidade, da impessoalidade, da legalidade, da eficiência e da isonomia.

Por ser órgão integrante da Administração Pública Indireta, as agências reguladoras também subordinam-se ao princípio da publicidade. Os atos das agências devem ser publicizados periodicamente, informando a população sobre a sua atuação.

A respeito do tema, salienta JUSTEN FILHO (1994, p. 721):

[...] a lei presume que a amplitude da participação dos eventuais interessados e a ausência de desvios éticos são reforçadas através da ampla divulgação dos atos e da possibilidade de qualquer pessoa [...] ter acesso aos trâmites [...].

MEIRELLES (2003, p. 87) leciona acerca da amplitude do princípio da publicidade:

A publicidade abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto da divulgação oficial de seus atos, como também de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamento das licitações e os

contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes. Tudo isso é papel ou documento público que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado, e dele pode obter certidão ou fotocópia autenticada para os fins constitucionais.

Dessa forma, entende-se que a atuação das agências reguladoras deve ser do conhecimento de todos, uma vez que a atuação da Administração é pautada pelo princípio da publicidade.

3.1.6 Princípio da Eficiência.

O princípio da eficiência tornou-se regra expressa no *caput* do art. 37 a partir da Emenda Constitucional nº 19/98, mas já era regra constitucional implícita antes dessa Emenda; esse princípio já era regra expressa no art. 6º da Lei nº 8.987/95 (ou da Lei de Concessões).

Eficiência no serviço público significa ausência de desperdícios, agilidade/rapidez, qualidade do serviço, economia.

A Emenda Constitucional nº 19 criou mecanismos para a aplicação do princípio da eficiência, tais como a mudança da regra da estabilidade dos servidores públicos, definida no art. 41, da Constituição Federal; a racionalização da máquina administrativa, expressa no art. 169, também da Constituição – nada mais é do que estabelecer limite às despesas da Administração –; ao buscar a redução dos gastos, definindo os limites dos gastos com o pessoal por lei complementar, hoje definido no art. 19 da Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que estabelece o limite de 50% do orçamento com despesas com o pessoal para a União e o limite de 60% do orçamento com despesas com o pessoal para Estados e Municípios.

Sobre o assunto, MORAES (2001, p. 306) discorre:

Assim, princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social. [...] o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços essenciais à população,

visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum.

Para os serviços, precisa-se de eficiência quanto aos meios e quanto aos resultados, o que significa gastar o menor possível e obter o melhor resultado possível.

A doutrina diz que o princípio da eficiência ainda é fluido demais e não passou de mera utopia do Constituinte de 1998, já que ainda não produziu os resultados esperados.

3.1.7 Princípio da Motivação.

Nas palavras de PAZZAGLINI (2003, p. 45), o princípio da motivação traduz a imposição do dever de justificação das condutas administrativas, já que deve constar nas decisões as razões de fato e de direito que a nortearam, da mesma forma que os resultados de interesse da sociedade.

Cumprindo uma função jurídico-política relacionada à democracia, a motivação em como função garantir a transparência da atuação da Administração Pública, expondo os motivos determinantes de determinada ação ou decisão tomada pelas agências reguladoras.

Para grande parte da doutrina, todos os atos administrativos devem ser motivados obrigatoriamente, independentemente de exigência legal expressa. Inclusive as ações discricionárias devem ser motivadas, a fim de evitar a sua nulidade posteriormente.

A obrigatoriedade da motivação dos atos das agências reguladoras para BACELLAR FILHO (1998, p. 192) representa “a melhor garantia para o cidadão porque leva a Administração a externar as causas da própria determinação”.

A necessidade da motivação encontra-se disposta no art. 93, inciso X, da Constituição Federal, que determina a motivação das decisões administrativas do Judiciário. Por analogia, estende-se a aplicação deste princípio à atuação das agências reguladoras, uma vez que conferiu-se a elas a função desempenhada pelo Judiciário em seu âmbito interno. O art. 2º da Lei nº 9.784/99 também determina a obediência pela Administração Pública ao princípio da motivação.

3.1.8 Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade.

O princípio da razoabilidade e da proporcionalidade não está expresso na Constituição Federal; a sua consagração é apenas implícita do texto constitucional. Há vários entendimentos sobre a consagração desse princípio. O primeiro entendimento seria que ele é consagrado a partir dos direitos fundamentais (posicionamento minoritário). O segundo entendimento, seguido os alemães, seria uma decorrência do princípio do Estado de Direito. O terceiro entendimento (entendimento norte-americano), adotado pelo STF, determina que ele é extraído da cláusula do devido processo legal em seu caráter substantivo.

Atualmente, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade possuem um papel muito importante no Direito Administrativo. O princípio da razoabilidade significa agir de forma ponderada, congruente; agir de forma coerente. Coerência dentro do padrão normal, do “homem médio”.

Para a maioria da doutrina, dentro do princípio da razoabilidade, encontra-se o princípio da proporcionalidade, que significa agir de forma equilibrada. Considerando que o princípio da proporcionalidade está embutido no princípio da razoabilidade, o administrador deve agir de forma coerente e equilibrada. De acordo com esses dois princípios, o administrador deve equilibrar os atos e medidas aplicados; a medida deve ser compatível ao ato praticado; o ato e a medida devem estar equilibrados.

A proporcionalidade ainda deve ser observada com relação aos benefícios e prejuízos causados aos administrados; os benefícios e os prejuízos causados deverão estar equilibrados também. Deve-se, portanto, ponderar os benefícios e os prejuízos decorrentes de determinado ato dentro do Direito Administrativo.

Atos discricionários (desde que razoáveis) da Administração não podem ser alterados pelo Judiciário; se os atos administrativos não forem razoáveis, o Judiciário pode rever o ato. O judiciário faz controle de legalidade em sentido amplo, o que significa dizer controle das leis e das regras constitucionais.

Quando se pensa em razoabilidade e proporcionalidade, deve-se refletir sobre o controle do Poder Judiciário: o Judiciário realiza controle de legalidade. A posição majoritária da doutrina é que o Judiciário não pode controlar o mérito dos atos administrativos, ou seja, o Judiciário não pode controlar a conveniência e a oportunidade dos atos do Administrador. Ex:

um Município necessita de escola e de hospital e só tem dinheiro para um deles e resolve construir um hospital, o Judiciário não pode rever essa decisão. No entanto, se um Município necessita de escola e de hospital e só tem dinheiro para um deles, mas resolve construir uma praça, o Judiciário pode rever essa decisão; é um controle de legalidade que, por vias tortas, acaba atingindo a liberdade do Administrador, a discricionariedade do Administrador (ver ADPF nº 45, que discutiu a destinação das verbas públicas).

O art. 5º, LXXVIII, da CF diz que os processos devem durar o tempo razoável. Esse dispositivo refere-se ao princípio da celeridade e não ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

A doutrina, principalmente a alemã, criaram três subprincípios decorrentes do princípio da proporcionalidade e razoabilidade:

a) Adequação: é a relação entre meio e fim. O meio adotado pelos poderes públicos deve ser apto para atingir os fins almejados;

b) Exigibilidade (também chamada de necessidade ou princípio da menor ingerência possível): o meio deve ser o menos oneroso possível. A ingerência dos Estados deve ser a menor possível;

c) Proporcionalidade em sentido estrito: é uma relação entre custo e benefício da medida; trata-se de uma ponderação entre o custo e o benefício da medida a ser adotada. Alexy diz que a proporcionalidade em sentido estrito é correspondente à “Lei de Ponderação”, que diz que quanto maior for a intervenção em um determinado direito, maiores devem ser os motivos que justifiquem essa intervenção.

Em Portugal, o princípio da proporcionalidade e razoabilidade é chamado de princípio de proibição de excesso. O lado oposto desse princípio é a proibição de insuficiência. Na doutrina brasileira, pouco se fala sobre a proibição de insuficiência, no qual a medida é insuficiente para atingir o fim almejado. A proteção do Estado deve ser suficiente para se atingir o fim almejado pela Constituição.

PAZZAGLINI (2003, p. 48) sintetiza o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade:

A razoabilidade significa a justeza, a coerência da ação administrativa em face do fato ou do motivo que a originou. Ela tem que ser resultante de motivo “razoável” e

“justo” (aceitável, sensato, não excessivo) que legitima, por necessidade social, sua prática.

A proporcionalidade, por sua vez, a adequação, a compatibilidade e a suficiência, da resposta administrativa ao fato ou motivo que a ensejou.

BARROSO (2004, p. 32) faz referência ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade:

[...] não está exposto na Constituição, mas tem seu fundamento nas idéias de devido processo legal substantivo e na de justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrentes do sistema. O princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos.

A previsão do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade consagra-se, ainda, no art. 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei Federal nº 9.784/99.

3.2 Constitucionalidade da Ausência de Subordinação.

A autonomia é uma das características próprias do regime especial das agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro. Utiliza-se a expressão “independência” no lugar da expressão “autonomia”, uma vez que os órgãos destes entes não se submetem a qualquer controle da Administração Pública central.

Essa característica é essencial para a configuração das autoridades reguladoras e decorre da neutralidade da regulação. A independência autoriza o exercício das funções do ente regulador ao manter de forma equidistante os interesses dos regulados (operadores econômicos), dos usuários (beneficiários da atuação das agências reguladoras) e do próprio governo central.

Ao proteger os interesses públicos, a atuação das agências reguladoras deve ser pautada pela neutralidade, ou seja, deve ser protegida das pressões políticas, internas e externas, e das pressões das entidades privadas.

A autonomia financeira, técnica e normativa das agências reguladoras derivam da ausência de subordinação do ente regulatório. Por isso, a doutrina refere-se à ausência de subordinação da atividade regulatória diante do governo.

É certo que a independência total das agências reguladoras perante os agentes econômicos e políticos define a razão da existência destes entes. De acordo com o modelo regulatório adotado nos anos noventa pelo governo brasileiro, a atividade regulatória compromete-se a garantir o melhor funcionamento da atividade estatal e a melhor prestação de serviço público.

As agências reguladoras ainda têm capacidade para fixar tarifas e taxas em conformidade com a sua atuação, sem a necessidade de controle dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Importante destacar que, apesar da independência que lhes foi conferida, as agências são submetidas ao crivo do Tribunal de Contas da União. Os entes regulatórios devem, anualmente, realizar a prestação de contas ao TCU. A aprovação das contas das agências reguladoras, no entanto, não tem capacidade para limitar a sua normatividade.

A principal crítica com relação à constitucionalidade da ausência de subordinação hierárquica vai de encontro com a redação dos arts. 84, inciso II, e 87, parágrafo único, ambos da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 84 Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

II- exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal.

[...]

Art. 87 Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

I- Exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar aos atos e decretos assinados pelo Presidente da República.

Com a leitura dos dispositivos acima descritos, entende-se que todos os membros da Administração Pública, direta ou indireta, estão subordinados hierarquicamente ao Chefe

do Executivo central e aos Ministros de Estado. Entretanto, isso não ocorre com as agências reguladoras.

Dessa forma, o art. 84, II, da Constituição Federal não torna inconstitucional a independência conferida às agências reguladoras, porque a redação deste dispositivo constitucional não confere competência ao Presidente da República para controlar a atuação dos entes regulatórios. Não atribui ao Chefe do Estado a competência para rever os atos do agente regulador, para que não haja interferências externas à sua atuação e para que as agências não sejam suscetíveis à pressões políticas externas.

Com relação ao disposto no art. 87, parágrafo único, inciso I, da Constituição federal, também não procede a alegação de inconstitucionalidade da ausência de hierarquia das agências reguladoras. Os mesmos argumentos rebatedores da possível inconstitucionalidade frente ao art. 84, inciso II, também da Constituição, podem ser estendidos ao art. 87.

Aos termos de orientação, coordenação e supervisão constantes da redação do art. 87, parágrafo único, inciso I, da Constituição não lhes foram conferidos um caráter de ingerência na atividade dos órgãos vinculados aos respectivos ministérios.

O texto normativo em questão faz referência à atuação dos ministérios “na área de sua competência”. Ou seja, as atribuições de orientação, coordenação e supervisão de cada Ministério somente serão exercidas no limites da competência de cada um, sendo que esta competência será definida por Lei.

Dessa forma, segundo a praxe da hermenêutica, uma lei que venha a reduzir ou mitigar a atuação dos Ministérios estaria em consonância com o dispositivo constitucional mencionado. E é exatamente o que ocorre com as agências reguladoras; foi conferido às agências reguladoras, por lei, a não subordinação hierárquica. Por isso, não há inconstitucionalidade alguma na disposição que mitigou o exercício de orientação, coordenação e supervisão por parte dos Ministérios.

Cumprindo ainda informar que o art. 44, § 1º, do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94) também confere à Ordem Brasileira dos Advogados (OAB) a não subordinação, funcional e hierárquica, à Administração Pública. Da mesma forma, conferiu-se essa característica às agências.

A ausência de vínculo da OAB, que também é uma autarquia, não é tida como inconstitucional pela doutrina brasileira. Conseqüentemente, por analogia, entende-se que não há inconstitucionalidade com relação aos entes regulatórios.

3.3 Constitucionalidade do Poder Normativo das Agências.

O poder normativo das agências reguladoras consiste, basicamente, no poder de controle, poder de organização e poder de sanção dos entes regulatórios. A atuação das agências se dá por meio da regulação, que é um modo de intervenção intermediária, segundo a qual o Estado interfere no domínio econômico para extinguir desvios próprios do livre mercado, sem impor medidas sancionadoras de qualquer espécie.

Deve-se ressaltar que o poder normativo das agências reguladoras não deve extrapolar o instrumento da regulação, tendo em vista que, ao adotar o neoliberalismo, somente compete ao Estado corrigir os desvios da atividade econômica mediante incentivos, fomento e fiscalização. Além disso, compete somente às agências reguladoras atuarem no seu ramo de atividade.

A atuação das agências reguladoras compreende as funções conferidas ao legislador, ao juiz e ao promotor, uma vez que têm competência para dar início a processos e para julgá-los, de acordo com as normas criadas por elas mesmas.

Ainda possuem competência para solução de conflitos entre elas próprias e o Poder Público ou ainda com os particulares. Também conferiu lhes amplos poderes normativos em matéria de segurança da atividade regulada, em matéria de suspensão da prestação de seus serviços, etc.

A principal questão com relação ao poder normativo das agências reguladoras concentra-se na possível violação ao princípio da separação dos poderes. A Constituição Federal consolidou o princípio da separação dos poderes no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, como poderia as agências reguladoras exercer, ao mesmo tempo, as funções do Executivo, do Legislativo e do Judiciário?

A Administração Pública central, ao descentralizar as atividades e serviços públicos, conferiu uma forma de poder singular às agências reguladoras. Sobre a questão da

aplicação do princípio da separação de poderes às agências reguladoras, ARAGÃO (2001, p. 98) discorre:

Especificamente sob o prisma da independência das entidades reguladoras, [...], Javier García Roca, coloca como um dos principais aspectos da concepção contemporânea da separação dos poderes, ou, melhor dizendo, da divisão das funções estatais, o aparecimento de “novos órgãos auxiliares dos poderes supremos, muitos deles de relevância constitucional e não meramente criados pelas leis, dotados de independência funcional no exercício de suas funções”.

Há, ainda, mais um argumento favorável à constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras; parte da doutrina alega que a Constituinte de 1988 impossibilitou a delegação normativa e que, de acordo com o art. 84, inciso IV, a competência para regulamentar as leis aprovadas pelo Parlamento é exclusiva do Presidente da República.

No entanto, o art. 49, inciso V, da Constituição Federal, em contraposição, ao prever a competência do Congresso para reprimir os atos normativos infralegais que extrapolem o poder regulamentar ou os limites da delegação legislativa, nega a competência exclusiva do Presidente da República para regulamentar as leis aprovadas e, conseqüentemente, afirma a constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

As agências reguladoras foram criadas recentemente no ordenamento jurídico brasileiro, com a mudança do poder político após a redefinição do papel do Estado. Nos últimos anos, a nova configuração dos Estados trouxe conseqüências profundas, principalmente no domínio econômico.

Efetivamente, o novo perfil de intervenção estatal na economia adotado pelo governo brasileiro pode ser visualizado, com a descentralização das atividades estatais e dos serviços públicos, principalmente, com as privatizações e a criação das agências reguladoras.

A transformação do cenário econômico brasileiro ocorreu rapidamente. Com o fim da ditadura militar nos anos 80 e o advento da Constituição Federal, em 1988, a estrutura jurídica brasileira foi modificada e foram criadas diversas organizações não estatais incumbidas de proteger e consagrar nos interesses públicos.

Com a redução da intervenção direta do Estado na economia, criou-se a necessidade de instrumentos de intervenção indireta nos campos em que precisasse proteger do livre e exclusivo interesse dos entes privados.

A mudança no paradigma regulatório deslocou o foco para o interesse do Estado e para a defesa da soberania dos consumidores das atividades e usuários dos serviços públicos, que passaram.

A verdade é que, com a descentralização dessas atividades, esvaziou-se o poder do Estado, fortalecendo o poder da Administração Pública indireta. Com isso, alterou-se a relação entre Estado e sociedade. Importante ressaltar que o procedimento administrativo também se destacou, com a maior atuação da Administração Pública indireta.

As agências reguladoras assumiram um papel de destaque a partir da metade dos anos noventa. Em seu primeiro mandato, o então Presidente da República, influenciado pelo modelo norte-americano das agências, adotou o modelo da descentralização e criou os entes regulatórios.

As agências reguladoras são membros da Administração Pública indireta, possuem personalidade jurídica de direito público e são espécies de autarquias. No entanto,

diferenciam-se das autarquias devido ao seu regime especial, que se caracteriza, especialmente, pelo poder normativo que lhe foi conferido.

Além do poder normativo, a estabilidade dos dirigentes das agências – através de mandato fixo – e a nomeação especial dos dirigentes são as principais características que diferenciam as agências reguladoras das demais autarquias da Administração Pública indireta.

Apesar da influência do modelo norte-americano, o direito regulatório, no Brasil, assumiu características próprias. O modelo de descentralização brasileiro moldou-se às estruturas brasileiras; o sistema jurídico brasileiro não adotou o sistema da *common law*, como os Estados Unidos, e, por isso, questiona-se a constitucionalidade das características usurpadas do modelo norte-americano e britânico.

O mesmo regime jurídico aplicável à Administração Pública indireta deve ser aplicado às agências. Ou seja, os princípios constitucionais aplicáveis às agências reguladoras devem ser os mesmos aplicáveis à Administração Pública.

Com relação à ausência de controle total das agências, essa afirmação não é de total veracidade; as agências estão submetidas ao controle de gestão, exercido pelos Tribunais de Contas; ao controle quanto ao cumprimento das políticas públicas, exercido pelo Poder Legislativo; ao controle contra abusos e ilegalidades, exercido pelo Poder Judiciário; e ao controle quanto ao cumprimento das finalidades e metas de regulação, exercido pelo Legislativo, Executivo e pela sociedade.

Um dos grandes problemas do modelo das agências reguladoras brasileiras é a ausência de uma lei geral sobre o regime jurídico das agências, que estabelece normas gerais a todos os entes regulatórios, garantindo meios e recursos para um melhor funcionamento das agências.

Como ainda são institutos recentes no ordenamento jurídico brasileiro, as agências reguladoras ainda são muito criticadas pela doutrina brasileira.

A questão da constitucionalidade do poder normativo conferido às agências reguladoras é questionada pelos doutrinadores brasileiros. Mas se deve frisar que as agências reguladoras não violam o art. 84, II, da Constituição Federal, uma vez que não se deve interpretar esse dispositivo no sentido de que a direção superior da Administração interditará a conferência, por lei, de regimes especiais de estabilidade a agentes públicos que exercem as funções de Estado.

Ainda assim, a tese de inconstitucionalidade dos mandatos e da estabilidade dos dirigentes das Agências não prospera diante do próprio ordenamento constitucional, já que a Constituição deve ser interpretada por completo e não por pedaços.

A atuação das agências reguladoras também não viola o art. 37, inciso II, da Constituição Federal. Não se aplica o dispositivo aos cargos dos dirigentes justamente porque esses cargos não são de livre provimento e tampouco são de livre exoneração.

Não se pode falar, ainda, em inconstitucionalidade da ausência de subordinação hierárquica. Os arts. 84, inciso II, e 87, parágrafo único, inciso I, ambos da Constituição Federal não obrigam a sujeição de todos os órgãos do Poder Executivo ao controle hierárquico pela direção superior da Administração, pelo Presidente da República. Torna-se importante frisar que os poderes normativos das agências reguladoras são constitucionais.

REFERÊNCIAS.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centros de Estudios Constitucionais.

ALMEIDA, Renato Franco de; COELHO, Aline Bayerl. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Revista CEJ, nº 28, ano IX. Brasília, jan./mar. de 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras: Algumas Perplexidades e Desmistificações**. Revista IOB de Direito Administrativo nº 8, agosto de 2006. Thomson IOB: 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Revista Trimestral de Direito Público, nº 36. São Paulo: Malheiros, 2001.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**. 1ª ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Constituição Federal**, de 15 de novembro de 1988. Disponível em: . Acesso em: 01 de agosto de 2009.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio Fernando Elias; SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20ª ed., São Paulo: Atlas, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Controle da Administração Pública**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras independentes**. 1ª ed., São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Procedimento Licitatório como Pressuposto das Contratações**. Revista de Direito Administrativo Aplicado, nº 3, dez. Curitiba: 1994.

MAZZA, Alexandre. **Agências Reguladoras**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 14ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PONTES MIRANDA, Francisco. **Comentários à Constituição de 1967**. Vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Editora RT, 1973.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Agências Reguladoras**. Revista de Direito Administrativo, nº 216, abr-jun de 1999. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.