

FUNDAÇÃO MINEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA
UNIVERSIDADE FUMEC

Programa de Pós-Graduação em Direito

Marcelo Maciel Tinano

**CONTROLE EXTERNO E AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: estudo
de casos da ANEEL**

Belo Horizonte

2015

Marcelo Maciel Tinano

**CONTROLE EXTERNO E AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: estudo
de casos da ANEEL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Mineira de Educação e Cultura – Universidade FUMEC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Martins de Lima

Belo Horizonte

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

T587c

Tinano, Marcelo Maciel, 1974-

Controle externo e autonomia das agências reguladoras: estudo de casos da ANEEL / Marcelo Maciel Tinano. – Belo Horizonte, 2015.

112 f. ; 29,5 cm

Orientador: Eduardo Martins de Lima

Co-orientador: Érico Andrade

Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2015.

1. Agências reguladoras de atividades privadas - Brasil. 2. Serviços de eletricidade - Brasil. I. Título. II. Lima, Eduardo Martins de. III. Andrade, Érico. IV. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 35.078.3



UNIVERSIDADE
FUMEC

DE MINAS GERAIS PARA O MUNDO

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE
MESTRADO

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof. Dr. Eduardo Martins de Lima _____

Prof. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias _____

Prof. Dr. Giovani Clark _____

Prof. Dr. Érico Andrade _____

MESTRANDO: MARCELO MACIEL TINANO

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

**“INGERÊNCIA, CONTROLE E
INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS”.**

NOTA: (90,0) _____

NOVENTA

ASSINATURA ORIENTADOR: _____

DATA DA DEFESA: 04/03/2015

Dedico este trabalho aos meus pais, José Gabriel Ferreira Tinano e Maria Helena Maciel Tinano, por me fazerem acreditar sempre que seria possível.
Sem o apoio de deles eu não teria conseguido.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus pela oportunidade de concluir esta grande conquista.

A Raquel Savassi pela paciência, compreensão e incentivo em todos os momentos de dificuldade nesta caminhada.

A Nina pela sua alegria e seu sorriso, que me inspiram diariamente.

Aos meus irmãos, Pedro, Juliana e Mariana, pelo apoio nos momentos necessários.

Ao grande amigo Daniel Tinano e minha afilhada Maria Teresa pela convivência neste período.

Ao professor Érico Andrade, agradeço pelos valiosos ensinamentos na elaboração deste trabalho e ao professor Eduardo Martins de Lima, agradeço pelo auxílio e orientação.

RESUMO

No cenário brasileiro atual, a grande relevância das agências reguladoras como instrumento de segurança política e sua capacidade de estabilidade dos setores estratégicos da economia, devido a sua credibilidade frente aos investidores e consumidores, fazem com que o trabalho apresentado nesta dissertação seja de grande importância. Têm sido cada vez mais constantes as ingerências de outros órgãos e entidades nas decisões exaradas pelas agências reguladoras, e isso se torna preocupante, pois a independência é o pilar principal da atuação do órgão regulador. A base do posicionamento das agências deve ser sempre apoiada numa análise técnica criteriosa, tendo como meta a transparência. Deve existir sempre a fiscalização em todos os níveis de organização do Estado, contudo esse controle deve seguir o que determina a Lei, a fim de não distorcer o real papel da regulação. Esse controle pode e deve ser exercido, como forma de legitimar a atuação das agências, garantindo que ela ocorra no espaço de sua competência e em obediência aos limites legais que lhes são impostos. Este trabalho tem como objetivo principal identificar e discutir as várias questões existentes em torno desse controle. Como metodologia, foram coletados dados primários, obtidos tanto de leis quanto de normas editadas pelo ente regulador, e também dados secundários, principalmente conceitos orientadores na análise da interferência de órgãos externos nas agências reguladoras, apresentados pela literatura. Também foram relatados e analisados três casos emblemáticos, que fornecem uma ideia da complexidade do tema em questão – interferência de outros poderes nas agências reguladoras –, a saber: competência sobre a iluminação pública, cálculo das tarifas de energia elétrica e modelo do leilão de transmissão de energia.

Palavras-chave: Agência Reguladora. Controle Externo das Agências Reguladoras. Iluminação Pública. Tarifas de Energia Elétrica. Leilões de Transmissão de Energia.

ABSTRACT

In the current Brazilian scenario, the great importance of the regulatory agencies as an instrument of political security and its stability capacity of economy strategic sectors, due to its credibility with investors and consumers, grants a great importance to the work presented in this dissertation. There have been increasingly constant interference from other bodies in the decisions by regulatory agencies, and this is very worrisome, because independence is the main pillar of the regulatory agency. A thorough technical analysis, with the goal of transparency, should always support the basis of their position. All levels of state organization must always be supervised, however this control should follow what the law states in order not to distort the real role of regulation. This control can and should be exercised as a way to legitimate the agencies actions, ensuring that it occurs within its competence and in compliance with all legal limits imposed on them. This work aims to identify and discuss the various existing issues relating this interference. Regarding the methodology used, primary data, obtained from both laws and rules issued by the regulatory body, were collected, as well as secondary data, mainly guiding concepts in the analysis of the interference of external bodies in the regulatory agencies, presented by the literature. There are also reported and analyzed three emblematic individual cases, which provide an idea of the complexity of the subject in question - interference of other powers in the regulatory agencies – namely: jurisdiction over public lighting, calculation of electricity tariffs and model of auction power transmission.

Keywords: Regulatory Agency. External Control of the Regulatory Agencies. Public Lighting. Electricity Tariffs. Power Transmission Auctions.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 AGÊNCIAS REGULADORAS	12
2.1 Contextualização	12
2.2 Surgimento das agências no Direito brasileiro	13
2.3 Caracterização das agências reguladoras	14
2.4 Os papéis das agências reguladoras no Direito brasileiro	16
2.4.1 <i>Política regulatória</i>	19
2.4.2 <i>Atribuição regulatória</i>	21
2.5 A regulação editada pelas agências	23
2.5.1 <i>Discricionariedade no âmbito do poder regulamentar</i>	26
2.5.2 <i>Discricionariedade técnica e administrativa</i>	29
2.5.3 <i>Mérito administrativo</i>	33
2.5.4 <i>Interpretação dos atos das agências</i>	38
2.6 ANEEL – Organização e funcionamento	39
2.6.1 <i>A AGU e as agências reguladoras</i>	41
3 O CONTROLE NAS AGÊNCIAS	43
3.1 Poder Executivo	44
3.2 Poder Legislativo	49
3.2.1 <i>Tribunal de Contas</i>	51
3.2.2 <i>Retrato dos conflitos institucionais no âmbito da agência produzidos pelo controle externo</i>	56
3.3 Poder Judiciário	57
3.3.1 <i>Poder Judiciário e discricionariedade</i>	69
4 CONTROLE EXTERNO NA ATUAÇÃO DA ANEEL - ANÁLISE DE CASOS DE CONFLITO	71
4.1 Caso da iluminação pública	71
4.1.1 <i>Resolução Normativa n. 414/2010 da ANEEL</i>	71
4.1.2 <i>Posicionamento dos municípios</i>	72
4.1.3 <i>Posicionamento da ANEEL</i>	74
4.1.4 <i>Análise jurisprudencial do caso</i>	77
4.1.5 <i>Conclusão sobre o caso da iluminação pública</i>	80

4.2 Caso do cálculo das tarifas.....	81
4.2.1 Entendendo as tarifas.....	82
4.2.2 Definição de reajustes.....	83
4.2.3 Definição de revisão tarifária.....	83
4.2.4 Problema detectado pelo Tribunal de Contas da União.....	84
4.2.5 Competência legal do Tribunal de Contas da União.....	85
4.2.6 Contratos de concessão de energia elétrica.....	85
4.2.7 Entendimento do Tribunal de Contas da União.....	86
4.2.8 Entendimento da ANEEL.....	88
4.2.9 Repercussão do erro de interpretação.....	89
4.2.10 Cláusulas do contrato de concessão.....	90
4.2.11 Consequências.....	91
4.2.12 Conclusão do caso do cálculo das tarifas.....	91
4.3 Caso dos leilões de transmissão de energia elétrica.....	92
4.3.1 Determinação dos leilões no setor elétrico.....	93
4.3.2 Transmissão de energia elétrica no Brasil.....	94
4.3.3 Funcionamento dos leilões de transmissão.....	94
4.3.4 Participação do Tribunal de Contas nos leilões.....	96
4.3.5 Divergências entre a ANEEL e o TCU.....	97
4.3.6 Conclusão.....	99
5 CONCLUSÕES.....	100
REFERÊNCIAS.....	103

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho abrange, de maneira geral, aspectos ligados à independência e aos controles que recaem sobre as agências reguladoras brasileiras. Como ponto de partida, será apresentado panorama geral no que diz respeito aos motivos que levaram à criação das agências, destacando-se alguns fatores históricos, como a situação econômica da época e o aspecto cultural para a implementação dessas entidades.

Tendo em vista a relevância das agências como instrumento de segurança política e estabilidade de setores estratégicos, é importante destacar a forma como essas entidades se inseriram no ordenamento jurídico brasileiro e a motivação de sua concepção como autarquia especial.

Algumas características comuns entre as leis de criação das principais agências reguladoras auxiliam na sua atuação para garantir força decisória e certa independência financeira. A Constituição Federal é o balizador do papel das agências e revela sua evolução legislativa e política para se chegar ao modelo atual de intervenção no mercado.

Esta pesquisa justifica-se por consistir em análise da necessidade e do impacto que a interferência de outros órgãos e entidades exerce no âmbito dos setores nos quais se desenvolvem os trabalhos das agências reguladoras no Brasil. Ao analisar a atuação das agências e suas características, adentra-se numa área específica e relativamente pouco conhecida. Esclarecer e analisar as atuações dos órgãos e entidades envolvidos nessa interferência é o objetivo geral deste detalhado estudo.

Como funcionário de carreira da Agência Nacional de Energia (ANEEL), pude acompanhar detalhadamente alguns exemplos das interferências de outros órgãos e entidades na atuação da agência. Assim, foram apresentados no corpo do trabalho casos concretos que demonstram os benefícios/malefícios dessa interferência.

Como metodologia, coletaram-se dados primários, obtidos tanto de leis quanto de normas editadas pelo referido ente regulador. Também se fez uso de dados secundários, buscando na literatura principalmente conceitos orientadores na análise da interferência de controle externo nas agências reguladoras.

Neste primeiro capítulo, é realizada uma breve introdução sobre o tema, realizando-se uma contextualização e apresentando-se o objetivo do trabalho, bem como a organização do mesmo, a fim de dar uma ideia ampla da forma como o assunto será tratado.

O segundo capítulo possui como tema principal as agências reguladoras, abordando-se desde o surgimento das mesmas no Direito brasileiro, sua caracterização, seu papel no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a natureza da regulação editada pelas agências.

Neste ponto, foram tratados o poder regulador das agências, atribuição essa das mais importantes e que causa certa dúvida quanto à sua real extensão. Foram realizadas abordagens pontuais sobre a distinção entre os conceitos de “regulamentar” e de “regulamentação”, sobre a atribuição regulatória das agências, bem como sobre a necessidade de a política regulatória destacar o dever de fundamentação das decisões emitidas pelas agências.

O capítulo ainda tratou da discricionariedade no âmbito do poder regulamentar, buscando-se estabelecer a distinção entre a discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa, a fim de clarear o entendimento de mérito administrativo e a consequente interpretação dos atos emanados das agências reguladoras.

Na parte final do segundo capítulo, foi abordada a organização e funcionamento da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), detalhando sua estrutura e a atuação da Procuradoria Federal dentro dessa agência.

O terceiro capítulo tratou do controle externo de cada um dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e do Tribunal de Contas da União nas agências reguladoras. Inicialmente e a fim de subsidiar o estudo, foram conceituadas as políticas públicas e desvendado seu entrelaçamento com as funções típicas das agências, para, em seguida, descrever-se cada um dos Poderes e suas relações com as agências reguladoras.

Com relação ao controle exercido pelo Poder Executivo, foi analisada a lei de criação das agências como o chamado primeiro controle, pois é o chefe do Poder Executivo quem tem a iniciativa do projeto de lei criador dessas entidades, seguido pelo direito de petição, e as necessidades de alinhamento de interesses entre os Ministérios e as respectivas agências a ele vinculadas, passando pelo controle de orçamento e seus possíveis contingenciamentos e chegando finalmente na polêmica relativa aos chamados "recursos hierárquicos impróprios".

Na parte referente ao controle exercido pelo Tribunal de Contas da União, foram descritas as atribuições principais do Tribunal e, de acordo com os preceitos da nova gestão pública, relatou-se a ampliação do escopo de sua atuação e sua interligação com a atuação das agências. Foram relatados brevemente alguns casos de auditoria do Tribunal de Contas da União nas agências e seus desdobramentos.

Sem dúvida, o Poder Judiciário é aquele que com maior frequência interfere na atuação das agências reguladoras. Sua característica de "fiscalizador" no que diz respeito a abusos exercidos pelas agências, em si, já é um fator que demonstra sua grande relação com a entidade

reguladora. No trabalho, foi apresentada a chamada teoria da "captura", assim como a necessidade da transparência e de controle dos atos praticados pelas agências. Estes atos, em certos casos, necessitam da avaliação do Judiciário quanto ao seu mérito e discricionariedade. Esta parte também foi exemplificada com julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, relativos a casos de análise de controle de mérito e discricionariedade de atos da Administração Pública.

O quarto capítulo foi dedicado ao estudo de três casos concretos de interferência de outros órgãos e entidades em decisões da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), agência reguladora selecionada como objeto de pesquisa deste trabalho. O primeiro, denominado caso da iluminação pública, tratou da aplicação da Resolução Normativa n. 414/2010 da ANEEL, que impôs obrigação a todas distribuidoras de energia do Brasil a transferirem, sem ônus, o sistema de iluminação pública aos municípios, pessoa jurídica de direito público competente para a prestação do serviço. Foi detalhado o entendimento da ANEEL, dos municípios e decisões judiciais sobre o tema exposto. O segundo caso tratou do questionamento do Tribunal de Contas da União (TCU) em relação às tarifas estabelecidas pela ANEEL. Segundo o TCU, foi averiguado erro metodológico aplicado pela Agência resultando, assim, em ganho para as distribuidoras e, conseqüentemente, prejuízo para os consumidores. Foi detalhada a prerrogativa de defesa da ANEEL, o entendimento do Tribunal e o conseqüente desdobramento do caso. O terceiro e último caso tratou dos leilões de transmissão de energia elétrica – em especial o Leilão de Transmissão n. 011/2013-ANEEL –, em que o TCU estabeleceu orientação no Acórdão n. 3.640/2013 determinando e recomendando que a ANEEL alterasse a metodologia de cálculo aplicada pela Agência. Além da explanação de como é realizado o leilão de transmissão, foram discutidas as conseqüências geradas pela interferência do TCU no processo.

Por fim, foram apresentadas as conclusões do estudo, ressaltando-se os benefícios e malefícios da interferência de órgãos externos nas agências reguladoras, tendo como base o caso específico a ANEEL. O questionamento sobre até que ponto essa intervenção pode distorcer a real função das agências mostra-se importante no sentido de que as agências precisam de independência para exercer corretamente suas tarefas. A busca pela transparência nas decisões da agência acaba sendo uma forma de se alcançar a neutralidade da regulação.

2 AGÊNCIAS REGULADORAS

2.1 Contextualização

As agências reguladoras foram criadas devido às mudanças sociais e econômicas que exigiam novas atitudes do Estado. O aumento da crise financeira ocasionou a diminuição das condições de investimento em diversos setores, fazendo com que o Estado tivesse que alterar sua antiga forma de atuar, passando de interventor direto da atividade econômica para regulador e fiscalizador.

Conforme Luiz Carlos Bresser-Pereira (1996), no início da década de 1990, o Estado brasileiro encontrava-se inserido em um ambiente de crise do Estado, revelada em quatro dimensões: a crise fiscal, devido à falta de crédito e de poupança interna; a crise do modo de intervenção, com a crítica ao modelo de Estado positivo; a crise política; e, finalmente, a crise administrativa, referente ao modelo burocrático de gestão. Segundo o autor, a crise do modo de intervenção foi enfrentada, principalmente a partir do governo Fernando Collor de Mello (1990-1992) e mais tarde pelo governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), por meio da privatização abrangente de empresas estatais responsáveis pela produção de bens e serviços, como siderurgia, mineração, telefonia, energia elétrica, entre outras.

As justificativas dadas, principalmente pelas prestadoras de serviços públicos, para a privatização das empresas estatais se deram pela necessidade de atendimento às demandas crescentes da população, assim como pela baixa capacidade de investimento do Estado em crise, investimento esse fundamental para a competitividade das empresas nacionais. Antes protegidas pelo governo, essas estatais não estavam conseguindo sobreviver à rápida evolução tecnológica impulsionada pelo ambiente globalizado e tiveram sua participação no mercado diminuída pela excessiva ingerência política na época, limitando a ocupação meritocrática dos postos de direção e distorcendo o próprio mercado.

As agências reguladoras estão formalmente inseridas na Constituição Federal de 1988 (CF/1988), no capítulo destinado à Administração Pública, porém suas funções lembram mais as do Poder Judiciário quando atua como agente sancionador, ou as do Poder Legislativo quando age como entidade normativa. Um dos embasamentos legais referentes às agências reguladoras se encontra no art. 174 da CF/1988, que dispõe: “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” (BRASIL, 1988).

Segundo José Afonso da Silva (2003), a intervenção normativa e reguladora do Estado se faz presente num quadro considerado anormal pela Constituição, onde inexiste a livre concorrência ou esta é dificultada pelas condições inerentes à atividade. Desse modo, para atingir a situação ideal em determinado setor, descrita no § 1º do art. 174 da CF/1988 – qual seja, o desenvolvimento equilibrado –, a fiscalização levada a efeito pelo órgão regulador precisa ser coordenada com a promoção e o estabelecimento de planos nacionais e regionais.

A expressão ‘atividade econômica’ contida no dispositivo mencionado é utilizada no sentido amplo, pois diz respeito à globalidade da atuação estatal como agente normativo e regulador, como afirma Eros Grau (2005, p. 135):

A atuação normativa reclama fiscalização que assegure a eficácia do quanto normativamente definido daí porque, em rigor, nem seria necessária à ênfase que o preceito adota ao expressamente referir à função de fiscalização. A atuação reguladora há de, impõe a Constituição, compreender o exercício das funções de incentivo e planejamento. Mas não apenas isso a atuação reguladora reclama também fiscalização e, no desempenho de sua ação normativa, cumpre também ao Estado considerar que o texto constitucional assinala, como funções que lhe atribui as de incentivo e de planejamento.

2.2 Surgimento das agências no Direito brasileiro

Como citado no item anterior, fatores históricos e culturais, dentre os quais se pode destacar a transformação histórica das concepções de Estado e do seu papel frente à sociedade, assim como a rápida evolução tecnológica e a globalização, estimularam uma série de demandas inconciliáveis com a enorme burocratização do Estado, o qual se viu incapacitado de dar respostas eficientes, e principalmente céleres, às situações que lhe exigiam comportamento imediato.

Uma dessas demandas foi a necessidade da atuação do Estado em assuntos que exigiam conhecimento técnico muito específico e aprofundado. A gestão de determinadas matérias estratégicas, como aquelas relativas a infraestrutura (energia, transporte, petróleo e telecomunicação), necessitavam de respostas satisfatórias e capazes de fazer frente ao avanço de outros países.

Ainda é de se destacar, na globalização, a criação do mercado mundial, o qual demanda da política nacional maior estabilidade e segurança, requerendo do Estado atuação racional em relação a determinados setores, sob pena de perder sua credibilidade, não sendo, portanto, possível conciliar essa necessidade de estabilidade com a volatilidade das agitações políticas.

Diante desse contexto, as agências reguladoras surgiram como resposta imediata a esses problemas da sociedade moderna. No Brasil, seu surgimento não se deu de maneira gradual como ocorreu em outros países, mas sim a partir de uma decisão política determinada.

E para dotar tais entes de maior liberdade decisória, evitando assim as interferências políticas difusas e contraditórias, as agências foram criadas no Direito brasileiro com natureza jurídica de autarquias especiais,¹ integrando a Administração Federal indireta, sendo vinculadas ao Ministério competente para tratar da respectiva atividade.

A primeira autarquia a ter recebido a denominação de agência reguladora foi a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), criada pela Lei n. 9.427, de 1996. Logo em seguida foram instituídas a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP), respectivamente, pelas Leis n. 9.472, de 1997, e n. 9.478, também de 1997, e a Agência Nacional das Águas (ANA), pela Lei n. 9.984, de 2000.

2.3 Caracterização das agências reguladoras

Por ser entidade basicamente de ordem técnica, a agência reguladora dispõe de independência em relação ao órgão superior central a que está ligado para poder desempenhar seu papel de maneira isenta e imparcial. No que diz respeito à independência das agências, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010) entende que ela se torna mais evidente em relação ao Poder Executivo, nos limites estabelecidos em lei. Mais ainda, segundo a autora, o fato de seus dirigentes terem garantida a estabilidade de seus mandatos torna flagrante essa independência, pois tal fato é incomum no âmbito da Administração Indireta, e constitui passo importantíssimo para assegurar a autonomia e a independência da agência.

Portanto, o mandato dos dirigentes das agências não deve ser coincidente como o do Chefe do Poder Executivo, para realmente representar as diversas correntes de pensamento da sociedade. Para garantir essa independência, os mandatos devem ser fixos e não sofrerem ingerência de fatores políticos, pois a função exige acima de tudo conhecimento técnico especializado em relação ao setor regulado. Dessa maneira, pode-se resumir que, para haver a regulação eficiente, devem estar presentes dois requisitos essenciais: a independência da agência reguladora e a escolha de instrumentos que incentivem a eficiência produtiva e de

¹ Autarquia de regime especial é toda aquela à qual a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública. O que diferencia a autarquia de regime especial são as regalias que a lei criadora lhe confere para o pleno desempenho de suas finalidades específicas.

colocação. Arnoldo Wald e Luiza Rangel Moraes (1999, p. 145) conceituam a independência da agência reguladora como a:

[...] capacidade de buscar prioritariamente o atendimento dos direitos e interesses do usuário e a eficiência da indústria, em detrimento de outros objetivos conflitantes, tais como a maximização do lucro, em sistemas monopolistas, a concentração de empresas em setores mais rentáveis do mercado, ou a maximização das receitas fiscais.

Para a caracterização de uma agência reguladora independente, são identificadas quatro dimensões: a independência decisória, a independência de objetivos, a independência de instrumentos e a independência financeira; assim explicadas por Arnoldo Wald (1999, p. 146):

A independência decisória consiste na capacidade da Agência de resistir às pressões de grupos de interesses no curto prazo. Procedimentos para a nomeação e demissão de dirigentes, associados com a fixação de mandatos longos, escalonados e não coincidentes com o ciclo eleitoral são arranjos que procuram isolar a direção da agência de interferências indesejáveis tanto por parte do governo quanto da indústria regulada.

A independência de objetivos compreende a escolha de objetivos que não conflitam com a busca prioritária do bem-estar do consumidor. Uma agência com um número pequeno de objetivos bem definidos e não conflitantes tende a ser mais eficiente que uma outra com objetivos numerosos, imprecisos e conflitantes.

A independência de instrumento é a capacidade da agência escolher os instrumentos de regulação – tarifas, por exemplo – de modo a alcançar os seus objetivos da forma mais eficiente possível.

A independência financeira refere-se à disponibilidade de recursos materiais e humanos suficientes para a execução das atividades de regulação.

As quatro dimensões acima enumeradas foram caracterizadas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES),² em estudo sobre a regulação da infraestrutura no Brasil em 1996 e são importantes marcos a serem verificados para atingir a independência (RIGOLON, 1997).

No fundo, a independência das agências depende de vários fatores, os quais devem ser somados para que haja desempenho satisfatório de suas atividades.

Para que as agências reguladoras garantam sua independência funcional e a completa satisfação de suas obrigações, devem ainda obedecer aos seguintes princípios setoriais, que, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2005, p. 447), são:

Independência política dos dirigentes, a serem nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, mas sob aprovação do Poder Legislativo, com mandatos estáveis, durante um prazo determinado, e preferentemente defasado dos períodos dos mandatos

² O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) é uma empresa pública federal brasileira, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, que tem por objetivo apoiar empreendimentos que visem ao desenvolvimento nacional. Sediado no Rio de Janeiro, o BNDES foi criado pela Lei n. 1.628, de 20 de junho de 1952, como uma autarquia federal. Posteriormente foi enquadrado, pela Lei n. 5.662, de 21 de junho de 1971, como uma empresa pública federal, com personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio (BANCO NACIONAL, 2007).

políticos do Executivo; Independência técnico decisional, com predomínio da discricionariedade técnica sobre a discricionariedade político-administrativa e sem recurso hierárquico impróprio de suas decisões para o Poder Executivo; Independência normativa, necessária para a disciplina autônoma dos serviços públicos e das atividades econômicas submetidos à sua regulação e controle; Independência gerencial, orçamentária e financeira, preferentemente ampliada por meio de contratos de gestão (acordos de programa) celebrados com o órgão superior da Administração Direta.

Havendo respeito aos princípios enumerados, por certo será garantida a independência funcional das agências reguladoras.

Todavia, ao tratar do controle dos Poderes Judiciário e Legislativo sobre a Administração Pública, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010) entende que inexistente a tão comentada independência. Primeiro porque, em relação ao Judiciário, caso a agência pratique algum ato que cause dano, lesão ou até mesmo ameaça de lesão, não há como impedir que esse ato seja apreciado pelo Poder Judiciário, ficando, portanto, nestes casos, a ele submetida. Depois, no que tange ao Poder Legislativo, por força do princípio da legalidade, seus atos não podem conflitar com as normas constitucionais ou legais. Ademais, as Agências estão sujeitas ao controle financeiro, contábil e orçamentário exercido pelo Legislativo.

Por ser muito extenso, o tema controle das agências reguladoras será discutido em um capítulo à parte do trabalho, sendo somente mencionado aqui por ser destacado por alguns autores com restrições à chamada independência das agências.

2.4 O papéis das agências reguladoras no Direito brasileiro

Segundo José Afonso da Silva (2003), no Brasil, de acordo com a CF/1988, a atuação do Estado na economia pode ocorrer pela forma de exploração direta e como agente normativo e regulador da atividade econômica. A exploração direta da atividade econômica pelo Estado somente é permitida quando a CF/1988 autoriza, portanto, pode ser por meio de monopólio (art. 177) ou “[...] quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo” (art. 173).

De acordo com o entendimento de Eros Grau (2005, p. 159), quando o Estado explora de forma direta a atividade econômica via regime de monopólio é classificada como “intervenção por absorção” e quando o faz por regime de competição com a iniciativa privada recebe o nome de “regime de competição”.

A CF/1988, quando trata da ordem econômica, privilegia a livre iniciativa em seu art. 170, estabelecendo em seu inciso IV a livre concorrência como princípio fundamental. Desse modo, a atuação no domínio econômico é dada aos particulares, podendo o Estado exercê-la

somente de forma excepcional, como prevê o art. 173, determinando-se no § 1º, inciso II, e § 2º, qual regime jurídico deverá a empresa estatal seguir, ou seja, regime jurídico de direito privado.

Assim, os instrumentos de participação do Estado na economia são a empresa pública e a sociedade de economia mista. O Estado pode, dessa maneira, explorar a atividade econômica de acordo as normas do direito privado, porém com inúmeras alterações impostas por outras normas constitucionais, como as referentes à fiscalização financeira e orçamentária, pois o capital que deu origem à empresa estatal é público e deve ser fiscalizado.

De maneira mais geral, a atividade econômica será exercida pela iniciativa privada, mas a Constituição Federal deixa claro que o Estado continua velando pelos interesses públicos, o que é realizado também via agências reguladoras.

Importante lembrar que a CF/1988, quando utiliza o termo exploração direta da atividade econômica pelo Estado, trata sempre no sentido de ordenação jurídica soberana. Refere-se, portanto, a todas as unidades integrantes da República Federativa do Brasil, ou seja, União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Como já citado anteriormente, as agências surgiram no Brasil a partir de decisão política determinada e não de evolução natural da sociedade, e essa decisão política deu-se por série de alterações na própria CF/1988, como no art. 21, inciso XI, que assim dispõe: “compete à União: explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de telecomunicações nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”.

Ressalte-se que o dispositivo mencionado teve esta nova redação devido à Emenda Constitucional n. 8, de 15 de agosto de 1995, na qual se verifica a determinação da criação de um órgão regulador para as telecomunicações.

Desse modo, fica claro que a própria Lei Maior é que deu sustentabilidade para a criação das agências reguladoras. A denominação “órgão regulador”, mencionado no § 2º, inciso III, do art. 177, foi inserido pela Emenda Constitucional n. 9, de 9 de novembro de 1995.

Ariane Brito Rodrigues Cal (2003) acrescenta que, apesar de a Constituição Federal ter classificado as agências como órgãos reguladores, tal nomenclatura representa descuido da terminologia, importada dos Estados Unidos da América. Alerta que a questão vem enfrentando sérias críticas por parte de alguns autores, pois a expressão legal não deveria predominar sobre a expressão constitucional, uma vez que, no mundo do Direito, os conceitos são elementos cruciais para a identificação dos institutos.

Todavia prevaleceu a expressão “agência reguladora”, da legislação criadora de cada instituto e não a denominação constitucional “órgão regulador”, principalmente por influência das agências norte-americanas, como já mencionado. Quanto à questão das nomenclaturas, a conclusão é que o uso da expressão “órgão regulador”, indicada pela Constituição, foi feito sem critério técnico, pois o modelo mais indicado é mesmo autarquia, por possuir personalidade jurídica, que dá guarida à necessidade de autonomia técnica, financeira e administrativa da agência.

Tudo o que se disse até este ponto do trabalho sobre a criação das agências se encontra numa escala mais ampla, na tendência de criação de um agente regulador. O desenho real de criação das agências começa a tomar corpo de maneira mais concreta somente com a edição da Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990 (criando o Programa Nacional de Desestatização), que dispôs sobre as primeiras diretrizes do novo papel a ser trilhado pelo Estado. E em 9 de setembro de 1997, a Lei n. 9.491 revogou a lei anterior, utilizando parte daquela norma e incrementando o sistema, estabelecendo o “Programa Nacional de Desestatização”.

A Lei n. 9.491/1997, estabelece em seu art. 1º, inciso I, que o programa tem como objetivos reordenar a posição estratégica do Estado na economia, passando para a atividade privada o que até então era exercido de forma indevida pelo Poder Público. No inciso V, do mesmo artigo, a Lei permite que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais.

Nesse contexto, aparecem as agências reguladoras, a princípio embasadas pelas novas orientações descritas no art. 21, XI, e no art. 177, § 2º, III, ambos da CF/1988, pela nova redação das Emendas Constitucionais n. 8 e n. 9 de 1995, donde restou a previsão para a criação de entidades administrativas referentes ao controle dos setores elétrico e petrolífero.

Com o desenvolvimento do sistema de desestatização, foram criadas as agências reguladoras, sob a forma de autarquias de regime especial, tendo como atribuição essencial o exercício da função regulatória.

As autarquias sempre foram criadas para a execução de tarefas estatais, mesmo antes das atuais agências, sendo que outras autarquias existiam com função de controle. A novidade decorreu do inevitável entrelaçamento entre o programa de desestatização e as novas autarquias, atualmente denominadas agências reguladoras.

As agências reguladoras impõem a obrigação de preservação da competição no mercado como meio natural do desenvolvimento econômico, adotando sempre o devido processo legal

na sua atuação; constituem instrumento que tende a tornar cada vez mais racional e transparente de todas as decisões administrativas.

Pode-se afirmar que o Brasil incorporou ao Direito Administrativo um instrumento bastante moderno, eficiente e de intervenção na economia, que são as agências reguladoras. É confiado a elas um conjunto de tarefas diversas, das quais fazem parte, além das peculiaridades de cada uma delas, diante da diversidade de textos legais, as enumeradas por Luís Roberto Barroso (2002, p. 300-301):

- a) controle de tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;
- b) universalização do serviço, estendendo-os a parcelas da população que deles não se beneficiavam por força da escassez de recursos;
- c) fomento da competitividade, nas áreas nas quais não haja monopólio natural;
- d) fiscalização do cumprimento do contrato de concessão;
- e) arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas: consumidores do serviço, poder concedente, concessionários, a comunidade como um todo, os investidores potenciais.

As tarefas mencionadas, respeitando as nuances de cada setor, dão maior eficiência ao cumprimento dos fins da agência reguladora específica. Pode-se concluir que é de vital importância a independência das agências reguladoras, para poderem desempenhar o papel que a lei criadora lhes confiou, para o bem do Estado, da iniciativa privada e principalmente da sociedade, constituída pelos usuários e consumidores finais.

2.4.1 Política regulatória

A política regulatória teve como balizador a busca pela redução da burocracia existente nos órgãos centrais da esfera federal, associada à adoção de procedimentos administrativos mais céleres na intenção de reduzir as disfunções do modelo existente. Por isso, a criação das agências teve como propósito explícito lhe dar necessária independência para agir. A legitimidade do papel das agências depende da capacidade de gerar e manter a crença de que elas são as mais apropriadas para as funções a elas confiadas.

A especificidade técnica requerida pela função regulatória, que não é detida nem pelos legisladores, nem pelos tribunais, nem pelo modelo tradicional, é, portanto, a principal fonte de legitimidade das agências. Sua autonomia frente ao poder político assegura estabilidade e continuidade ao setor regulado.

Uma política de fortalecimento do papel das agências reguladoras em setores estratégicos, como os de infraestrutura, favorece a diminuição do custo de capital nesses setores,

tendo assim importante reflexo nas tarifas finais e na própria disponibilidade e acesso aos serviços. Importante sempre frisar que a regulação é indispensável em ambientes onde possam existir falhas de mercado ou como meio de impedir atividades anticompetitivas, como, por exemplo, possíveis abusos de oligopólios ou monopólios concedidos.

A função regulatória é distinta da função legislativa, que na grande maioria das vezes é carregada de influências políticas acerca do que realmente representa o interesse público. A política regulatória não pode nunca se misturar com as políticas governamentais, para não correr o risco de o corpo técnico das agências se tornar mera extensão do governo.

É de conhecimento geral que somente a lei pode inovar no mundo jurídico, criando direitos e obrigações; por isso a competência de regular não pode ser transmitida nem delegada a outro ente sem o aval constitucional. Porém, em certas situações, a lei é vaga e genérica demais, principalmente quando se trata de certos assuntos específicos e muito técnicos, ficando, assim, distante da verdadeira realidade dos fatos cotidianos. Nestes casos, é necessária a intervenção de uma norma regulatória que aproxime a lei da “verdadeira realidade”.

A norma regulatória terá obtido sucesso na sua função/objetivo quando conseguir equilibrar os interesses da sociedade, representados pelos consumidores de uma maneira geral, os interesses do governo e os interesses dos prestadores dos serviços.

A função normativa da agência deve seguir o devido processo legal, tanto formal quanto material, para o seu regular exercício, no qual se destaca a existência de competência para a edição da norma. Conforme ressaltado por Leila Cuéllar (*apud* ARAGÃO, 2009, p. 440):

[...] a expedição de regulamento deve sempre ser fundamentada, apresentando motivação pública de fato e de direito, contemporânea à sua edição. Ainda que geral e abstrato, o regulamento é ato administrativo – e como tal deve ser emanado.

Ao editar uma norma, ainda que orientado por razões técnicas, é inegável que o agente regulador pratica verdadeiro ato de vontade. Gustavo Binenbojm (2008, p. 290) destaca que: “o dever de fundamentação técnica das decisões não inibe que conteúdos volitivos possam sempre existir na atividade regulatória”. Assim, pode-se entender que a discricionariedade a ser exercida resultará numa ponderação de valores a serem articulados, conforme destaca Alexandre Santos de Aragão (2009, p. 434):

Vimos que a lei comete às agências reguladoras a cura de uma série de interesse, públicos e privados, assim como a persecução de uma série de finalidades [...]. Naturalmente que na cura destes interesses e na busca da realização destas finalidades, as agências reguladoras – e a Administração Pública em geral – revestem-se de um largo poder discricionário. Além da baixa densidade semântica com que a lei coloca estes interesses e finalidades, em muitas situações concretas eles entram em contradição. Isso faz com que [...] cada vez mais se encara o exercício da discricionariedade pela Administração Pública – e a fortiori pelas agências

reguladoras - como o exercício de uma profícua ponderação entre os diversos interesses públicos e privados envolvidos, buscando, dentro de metodologia própria, [...] realizar a maior efetividade possível de todos eles (“mandados de otimização”), alcançando, se possível, o consenso, até porque, entre as competências das agências reguladoras, encontra-se a de compor conflitos [...].

A regulação desenvolvida pelas agências é norteadada pela necessidade de executar políticas públicas setoriais fixadas em leis. Veja-se o entendimento de Alexandre Santos de Aragão (2009, p. 107):

[...] se a regulação visa a modificar (melhorar) a realidade social, deve, com base e em cumprimento a princípios gerais que regem estas modificações, ter em conta as situações reais, concretas, sobre as quais deve atuar” [...] em face do Princípio da Retroalimentação da Regulação, não há como se sustentar que todos os aspectos políticos dos setores regulados ficaram retidos na Administração central, cabendo às agências reguladoras apenas a sua execução autômata e técnico-burocrática.

É notório que a eficiência do sistema regulatório passa por uma política regulatória eficaz e definida, resultando em tarifas fixadas de maneira mais clara e estável. A política regulatória sólida acaba detalhando as relações entre os diversos atores de cada setor, seus direitos e obrigações, tornando os contratos de concessão mais estruturados e atrativos para o mercado investidor e estimulando novos investimentos no setor de prestação de serviços públicos.

2.4.2 Atribuição regulatória

De Plácido e Silva (2005, p. 1188) assim conceitua regulação:

Regulação, de regular, do latim *regulare* (dispor, ordenar) designa a série de atos e formalidades pelos quais se dispõe ou se ordena o modo de ser ou a forma para execução de alguma coisa. E, neste sentido, exprime a mesma significação de regulamentação. Regulação, juridicamente, traz sentido mais amplo que regulamentação. A regulação não se limita à imposição de regras suplementares ou que se dispõe para cumprimento das leis ou aplicação de normas e princípios jurídicos, já instituídos. A regulação é a instituição de regras e princípios acerca do modo por que as coisas devam conduzir, sem se restringir somente a forma. Deste modo, os princípios e preceitos dispostos pela regulação tanto podem atingir à forma como à substância da matéria que vem regular ou disciplinar. A regulamentação, para ser perfeita, somente pode referir-se à forma, sem estabelecer princípio, que já não esteja formulado na regulação da matéria, cuja ordenação vem dispor. Assim, sendo, na regulação podem ser impostas regras regulamentares. Mas, na regulamentação, não se admitem regras, que não se mostrem distensão dos preceitos já regularmente instituídos.

Quanto ao mesmo conceito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 203-206) assinala que:

[...] regular significa estabelecer regras, independentemente de quem as dite, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio de órgãos da administração direta ou entidades da administração indireta. Trata-se de vocábulo de sentido amplo, que abrange, inclusive, a regulamentação, que tem um sentido mais estrito. [...] regulamentar significa também ditar regras jurídicas, porém, no direito brasileiro, como competência exclusiva do Poder Executivo. Perante a atual Constituição, o poder regulamentar é exclusivo do Chefe do Poder Executivo (Art. 84, IV), não sendo incluído no parágrafo único do mesmo dispositivo, entre as competências delegáveis.

Assim, regular é diferente de regulamentar, como deixa bem claro a autora, podendo-se afirmar que regular é fixar regras, e regulamentar é observar as regras fixadas para estabelecer novas regras. Já Pedro Henrique Poli de Figueiredo (1999, p. 40) conceitua regulação como:

Atividade administrativa desempenhada por pessoa jurídica de direito público consistente no disciplinamento, na regulamentação, na fiscalização e no controle do serviço prestado por outro ente da Administração Pública ou por concessionário, permissionário ou autorizatário do serviço público, à luz de poderes que lhe tenham sido por lei atribuídos para a busca da adequação daqueles serviços, do respeito às regras fixadoras da política tarifária, da harmonização, do equilíbrio e da composição dos interesses de todos os envolvidos na prestação deste serviço, bem como da aplicação de penalidades pela inobservância das regras condutoras da sua execução.

Em relação à função de regular, Marcos Juruena Villela Souto (1999, p. 130) ressalta que:

A ideia é sempre 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 da sua atividade, como forma de se assegurar a continuidade do atendimento dos interesses sociais.

Dá por que a prevenção dos conflitos é um dos principais aspectos da regulação, que se dá através da elaboração de diretrizes que traduzem os conceitos de eficiência técnica e financeira para o caso concreto do segmento regulado.

A regulação, no presente contexto, compreende, segundo Odete Medauar (2002, p. 127):

A edição de normas; a fiscalização do seu cumprimento; a atribuição de habilitações (autorização, permissão, concessão); a imposição de sanções; a mediação de conflitos (para preveni-los ou resolvê-los, utilizando variadas técnicas, por exemplo: consulta pública, audiência pública; celebração de compromisso de cessação e compromisso de ajustamento).

Não se inclui necessariamente na atividade regulatória a fixação de políticas para o setor, mas seria viável a contribuição das agências para tanto, com a participação de representantes de todos os segmentos envolvidos.

Para não tornar exaustiva a apresentação dos conceitos de regulação e pelo fato de não variarem tanto, acrescente-se, finalmente, que regulação estatal é a atividade do poder público sobre o domínio econômico, segundo Floriano de Azevedo Marques Neto (2002, p. 64, “[...] consistente no estabelecimento e implementação de normas para uma dada atividade ou para

tutela de um determinado interesse, visando a garantir o equilíbrio no sistema regulado e a consagração de objetivos públicos consentâneos com os princípios constitucionais”.

Desse modo, a regulação deve abranger todo o setor onde a agência reguladora tenha competência territorial para atuar, com a edição de normas, com a fiscalização do seu cumprimento e a imposição de penalidades, para que os interesses sociais sejam satisfeitos.

Assim, a partir da análise dos conceitos, conclui-se afirmando que regulação é atividade administrativa de interpretação e orientação do cumprimento da lei, com vistas à eficiência no exercício da intervenção indireta do Estado na economia, que deve ser exercida, com autonomia e independência, nos limites da lei.

2.5 A regulação editada pelas agências

As leis que criaram as agências reguladoras lhes outorgaram atribuição normativa de grande alcance, conferindo a elas algumas competências de forma quase exclusiva para cuidar de assuntos específicos. Assim, elas possuem variadas atribuições, mas aquela que suscita maiores discussões na doutrina, não se tendo chegado ainda a consenso quanto ao seu fundamento, abrangência e limites é justamente a sua atribuição reguladora.

Por conta dessa atribuição, as agências podem baixar atos normativos gerais e abstratos infralegais, tendentes à limitação de direitos e imposição de obrigações a pessoas e instituições abrangidas pela atividade regulada. Aliás, apesar de controversa, sem essa atribuição, essas agências não poderiam ser taxadas de “reguladoras”. Conrado Hübner Mendes (*apud* SUNDFELD, 2000, p. 119-120) explica que:

Possuindo poder normativo, então, consideraremos o ente uma agência reguladora. Esta será, portanto, não o ente que, simplesmente, exerça regulação em qualquer das formas, mas, acima de tudo, o que possua competência para produzir normas gerais e abstratas que interferem diretamente na esfera de direito dos particulares.

No entendimento de Bolívar B. M. Rocha (*apud* PAGOTTO, 2005, p. 166):

De fato, a um órgão incumbido de disciplinar determinado setor da ordem econômica, como as Agências Reguladoras, há que ser reconhecida uma parcela de poder normativo, sem a qual ele ficaria de mãos atadas para agir”, afirmando o autor constituir este poder “a capacidade de expedir normas disciplinando sua própria atuação, orientando e instruindo os administrados que se encontram sob sua esfera de competência, restringindo-lhes as atividades quando isso se mostrar necessário para atingir os objetivos previstos na lei.

Importante esclarecer que esses atos expedidos pelas agências reguladoras não são atos normativos praticados em razão de delegação do Poder Legislativo, tendo em vista que todos

os casos de produção normativa delegada já se encontram expressamente consignados na Constituição Federal, não podendo o legislador criar novas espécies ou situações de delegação da função normativa ou legislativa. A atribuição conferida às agências advém única e exclusivamente de sua própria lei de criação.

No entanto, conforme dito no item anterior, não há que se confundir o poder regulatório com o poder regulamentar. Boa parte da discussão acerca da natureza dos atos praticados pelas agências tem sua origem na confusão que se faz sobre tais definições.

As agências reguladoras foram idealizadas a partir da implementação do plano nacional de desestatização com a finalidade de servirem de órgãos reguladores das atividades cuja exploração foi transferida ou permitida aos particulares. Assim, a noção de regulação está intimamente ligada à finalidade econômica e técnica, cabendo, a tais entidades, a expedição tão somente de atos com conteúdo técnico e/ou econômico necessários ao fiel desempenho de sua função.

Evidentemente, de forma esporádica, esses atos podem veicular conteúdo jurídico; apesar de não ser o desejável, nem sempre pode ser evitado, como é o caso, por exemplo, da situação em que a agência atua na defesa da concorrência ou do consumidor.

Marcos Juruena Villela Souto concorda com a tese de que a atribuição conferida às agências reguladoras é exclusivamente para a normatização técnica da atividade sob seu âmbito de influência. Observando mais os aspectos econômicos, ele ensina que:

Cumprido, pois, não confundir a regulação, que é um conceito econômico, com a regulamentação, que é um conceito jurídico (político). Aquela é sujeita a critérios técnicos, que tanto pode ser definida por agentes estatais (envolvendo a Teoria da Escolha Pública) preferencialmente dotados de independência (para fazer valer o juízo técnico sobre o político), como pelos próprios agentes regulados (auto-regulação). (SOUTO, 2005, p. 43)

Resumindo a questão, trata-se, portanto, de um poder normativo de cunho essencialmente técnico, ou seja, de abrangência limitada. Na verdade, tais atos não possuem a mesma abstração e generalidade dos regulamentos editados pelo chefe do Poder Executivo. Qualquer ato praticado pelas agências que não seja direcionado apenas à sua área de atuação e que tenha por destinatários quaisquer indivíduos ou atividades será flagrantemente inconstitucional. Afinal, não foi por outro motivo que a própria Constituição Federal, ao prever a criação da ANATEL e da ANP, delimitou o âmbito de atuação desses órgãos ao estabelecer, respectivamente, no art. 21, XI, a criação de um órgão regulador dos serviços de telecomunicações e, no art. 177, § 2º, III, um órgão regulador do setor petrolífero.

Outro fato a ser considerado é que, mesmo sendo estritamente técnicos, esses atos somente poderão ser praticados com expressa autorização legal. É que o legislador, não possuindo conhecimentos ilimitados e específicos sobre todas as áreas em que há edição legislativa, poderá e até deverá apenas fixar os parâmetros e linhas gerais da regulamentação de tais assuntos, deixando que os órgãos técnicos e especializados ditem as diretrizes para a concretização da vontade legislativa.

A extensão e o limite dos atos normativos técnicos praticados pelas agências reguladoras serão fixados pela lei de sua criação ou a lei que remeteu determinado assunto à regulação. Observe-se, entretanto, que os atos regulamentares (aqueles praticados pelo Chefe do Poder Executivo) são muito mais abrangentes e poderão, eventualmente, veicular conteúdo de regulação de determinada atividade econômica, desde que tal assunto não esteja, por expressa disposição legal, remetido a agência reguladora.

Essa questão da densidade normativa dos atos das agências reguladoras foi enfrentada por José dos Santos Carvalho Filho, em abrangente estudo sobre o assunto, no qual consignou que:

O problema, todavia, derivado de tal carga de amplitude normativa, rende ensejo ao exame, pelos intérpretes e aplicadores da lei, e até mesmo aos destinatários, dos limites em que a regulamentação pode ser processada. Ainda que dotada de grande amplitude, a regulamentação feita pelas agências - como, de resto, ocorre com qualquer ato de regulamentação - terá que adequar-se aos parâmetros da respectiva lei permissiva. Afinal, é de ter-se em conta que a delegação legislativa não é ilimitada, mas, ao contrário, subjacentes a normas e princípios estabelecidos na lei. Trata-se, como bem acentuou Luiz Roberto Barroso, do que se denomina de “delegação com parâmetros” (“delegation with standards”), através da qual ao Poder Legislativo cabe fixar as linhas dentro das quais o ato regulamentar deve ser produzido. (CARVALHO FILHO, 2007, p. 7)

Evidentemente, tanto José dos Santos Carvalho Filho, quanto Luís Roberto Barroso, por ele citado, não utilizam a expressão “delegação” no sentido empregado pela CF/1988 no art. 62 (leis delegadas), tampouco com a amplitude do art. 68 (medidas provisórias). Como Carvalho Filho mesmo afirma, trata-se de remessa da lei para que a agência disponha sobre determinado assunto, cuja abrangência e amplitude do ato já deve estar estritamente delimitada. Caso contrário, o legislador estaria burlando o art. 84, IV, da CF/1988, e atribuindo a outro órgão da estrutura do Poder Executivo a competência conferida, com exclusividade, ao Chefe desse Poder.

Finalizando o tema, pode-se afirmar que, apesar de ainda haver certa controvérsia acerca da natureza desse poder normativo das agências, entende-se, de acordo com Sérgio Guerra (2011), não se trata de delegação feita pelo Poder Legislativo, independentemente dos quesitos

temporais ou de precariedade, já que o próprio Legislativo poderia retomar para si o que anteriormente delegou. Acredita-se, portanto, não haver confusão com relação ao poder de legislar primitivo, até mesmo porque não se trata do Poder Legislativo e sim de agências reguladoras ligadas a ele, trata-se, portanto, de regular parcela normativa própria, de um nicho específico.

Desse modo, não se está falando de função legislativa, mas sim de função regulatória, ou seja, o poder normativo das agências reguladoras constitui-se, na verdade, em exercício de função administrativa e não, repita-se, de função tipicamente legislativa, por isso não haveria qualquer usurpação de função de um Poder por outro.

2.5.1 Discricionariedade no âmbito do poder regulamentar

Existe grande polêmica em torno do conceito de discricionariedade. Teorias clássicas e modernas discutem sua natureza, seu âmbito de abrangência e sua estrutura normativa.

A discricionariedade foi inicialmente identificada pela doutrina como poder, posteriormente definida como exercício de competência discricionária, o chamado poder-dever, chegando, ainda, a ser caracterizada como conceito jurídico indeterminado. Os conceitos jurídicos indeterminados (também chamados de vagos ou fluídos) são aqueles cujo conteúdo e extensão da norma não contêm sentido preciso e objetivo.

Hely Lopes Meirelles e Miguel Seabra Fagundes, respectivamente, apresentam as seguintes definições:

Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos como liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo. (MEIRELLES, 1998, p. 103)

[...] a lei deixa a autoridade administrativa livre na apreciação do motivo ou do objeto do ato, ou de ambos ao mesmo tempo. No que respeita ao motivo, essa discricção se refere à ocasião de praticá-lo (oportunidade) e à sua utilidade (conveniência). No que respeita ao conteúdo, a discricção está em poder praticar o ato com objetivo variável, ao seu entender. Nestes casos a competência é livre ou discricionária. (FAGUNDES, 1979, p. 75 *apud* GRAU, 2000, p. 164)

Seguindo esse mesmo raciocínio, Celso Antônio Bandeira de Mello (1996) situa a discricionariedade como o poder para executar um dever, ou seja, atribui-lhe característica de poder instrumental, que possui uma finalidade legal, ressaltando, ainda, que o que é discricionária é a competência e não o ato em si.

Normalmente o aparecimento da discricionariedade deriva da apreciação comparativa do interesse público e da escolha de forma de atividade como meio adequado para sua

satisfação. Muitas vezes, a avaliação da situação concreta e a escolha da atividade administrativa a desempenhar requerem a utilização de critérios técnicos.

Nesse contexto, é que se justifica a abordagem mais detalhada do tema. Alcançando seu maior desenvolvimento, com a expressão ‘discricionariedade técnica’. A ideia original era a de que, por se referir a decisões com alta carga de complexidade técnica, a discricionariedade técnica balizava atos administrativos que eram retirados do controle jurisdicional.

A justificativa de seu surgimento foi, então, a consideração de que certas decisões administrativas exigiam tal grau de especialização que somente aquele órgão ou autoridade investido da devida competência (legal e técnica), por gozar de extrema especialização, poderia realizar a necessária valoração. Em decorrência disso, era negada ao Poder Judiciário qualquer margem de controle sobre essa categoria de decisões administrativas, excetuando-se os casos de erro manifesto.

Esse entendimento é justamente o que esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello em outra passagem:

A discricionariedade é pura e simplesmente o resultado da impossibilidade da mente humana poder saber sempre, em todos os casos, qual a providencia que atende com precisão capilar a finalidade da regra do Direito.

[...] em quaisquer outros casos nos quais a mente humana possa acordar em que diante de caso concreto uma só conduta era razoavelmente admissível para satisfazer a finalidade legal, só ela poderá ser validamente adotada, nada importando que a norma haja conferido liberdade para o administrador praticar o ato tal ou qual, pois se a lei exige adoção da providência ótima, não basta que seja apenas uma dentre as abstratamente comportadas nela. (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 43-44)

Os fundamentos da discricionariedade se encontram nas leis. Com isso toda a doutrina concorda, mesmo que divergindo fortemente sobre a estrutura normativa que comporta a discricionariedade e suas margens de escolha.

Ensina Juan Igartua Salaverría (1998) que, muitas vezes, são inseridas na lei determinadas situações jurídicas que funcionam como diretivas. Estas, apesar de possuírem eficácia imperativa, diferem das normas, pois, não contêm a regulação direta de um pressuposto de fato.

Portanto, norma e situação jurídica diretiva possuem objetivos distintos. A primeira regula diretamente realidade fática, sendo que a partir dela se aplica diretamente o direito; enquanto a segunda orienta como deve fixar-se a regulação, não havendo, em decorrência dela, aplicação direta.

Suponha-se a existência das seguintes situações diversas: na primeira, diante de um preceito normativo, cumpre-lhe aplicar a solução previamente traçada para a situação fática; na

segunda, diante desse mesmo preceito diretivo, cabe à Administração atuar discricionariamente, decidindo como se regula tal ou qual pressuposto de fato. Frente a essas situações, deve-se questionar como a margem discricionária conferida pela presença em lei de uma diretiva será preenchida. Aponta Miguel Seabra Fagundes sobre a presença de margens de discricionariiedade entre os três Poderes:

Sendo o Poder Legislativo o criador da norma jurídica, do direito positivo ordinário, somente sujeito à suprema autoridade da Constituição, a sua discricionariiedade é a mais ampla. [...] no exercer, porém, a sua atividade discricionária, o legislador não esgota as possibilidades de opção peculiares ao exercício da atividade estatal. Às vezes por abstenção voluntária, outras [...] pela impossibilidade de abranger [...] as múltiplas realidades supervenientes. Oferece-se, então, margem ao exercício de discricionação pelos órgãos meramente executores – o Poder Administrativo e o Poder Judiciário. Ao primeiro, atuando sobre uma massa de relações jurídicas e de fato muito maior que o segundo, tendo sobre si a responsabilidade do funcionamento permanente, contínuo, ininterrupto da vida coletiva sob a ação e do incentivo do Estado, fica, por isto mesmo, com um largo partir do Legislativo. (FAGUNDES, 1991, p. 195-196)

Assim, entre a atuação legislativa, dotada de margem mais ampla de discricionariiedade e a atuação do Poder Executivo, seria deixada margem discricionária a ser completada pela Administração ao se deparar com as situações concretas descritas em tese na norma.

Trazendo o tema para o contexto de atuação das agências reguladoras, ensina Silvano Labriola que a margem discricionária deixada em lei para atuação de autoridades independentes deve ser desenvolvida por meio da edição de atos normativos. Descreve o autor que:

O Legislador, de fato, se limita a fixar poucos princípios, sobretudo a indicar os valores a serem perseguidos pela autoridade [...]. A autoridade independente possui uma discricionariiedade consideravelmente ampla conferida pela lei para preencher os espaços por ela deixados e para desenvolver os princípios nela estabelecidos. A normatização da autoridade teria nesta hipótese, de fato, força primária. (LABRIOLA, 1999, p. 15 *apud* ARAGÃO, 2001, p. 3-26)

Nesse sentido, em face do baixo grau de disciplinamento conferido pela lei, que contém uma diretiva, resta para o ato emanado pelas agências traçar a norma para aplicação direta aos casos concretos, quando se refere ao atributo de primariiedade, característico das normas, porque valem por força própria. Danièle Bourcier complementa, ainda, que a formulação de leis sem a especificação de grandes elementos pelos quais se pautará a atuação do administrador tem por objetivo:

[...] introduzir uma vagueza que permita o trato dos fenômenos sociais, muito fugazes para campo à atividade discricionária, ou seja, à atividade que implica escolhe entre critérios. [...] Sendo a discricionação do legislador a mais ampla em conteúdo e a primeira a manifestar-se, cronologicamente, no processus de expressão da vontade do Estado, a discricionação reservada ao administrador e ao juiz pode dizer-se, em certo sentido, residual. Exerce-se no que não tenha sido regulado pela lei. Onde e quando se manifeste, em toda a plenitude, a discricionação do Poder Legislativo, já não haverá opções

confiadas aos Poderes Executivo e Legislativo no processus de expressão da vontade estatal. Exaurindo a lei as possibilidades de escolha, não resta senão cumpri-la, individualizando a solução por ela predeterminada. (BOURCIER, 1995, p. 61 *apud* ARAGÃO, 2001, p. 19)

Pelo fato de os comandos principais não se mostrarem aptos ou suficientes para serem aplicados diretamente ao caso concreto, é necessária a edição de regulação específica, a fim de adaptá-los à realidade que se apresenta. Pode-se concluir, então, haver a complementação de diretivas por meio de regulação editada pela Administração, preenchendo, desse modo, a margem discricionária deixada legalmente pelo legislador principal.

2.5.2 *Discricionariade técnica e administrativa*

Como dito anteriormente, a discricionariade surge da impossibilidade do legislador de prever nas leis todas as hipóteses possíveis e suas respectivas soluções ou de dar a solução mais adequada para cada situação concreta. Então, em face da inviabilidade de incluir todas as medidas administrativas em lei, é confiada ao administrador a faculdade de decidir, no caso concreto, qual a melhor solução a ser adotada, dentre as várias possibilidades jurídicas, viabilizando, assim, a governabilidade.

Como aponta Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 212-213):

Sob o ponto de vista prático, a discricionariade justifica-se, quer para evitar o automatismo que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas, quer para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações que o administrador terá de enfrentar. Isto sem falar que a discricionariade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas. A dinâmica do interesse público exige flexibilidade de atuação com a qual pode revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração das leis.

Discricionariade é, portanto, a possibilidade de eleger uma entre várias alternativas igualmente justas dentro da perspectiva do Direito. É necessário ressaltar que o ato denominado discricionário é verdadeiramente aquele exercido com poder ou competência discricionária, trazendo em si a marca do exercício dessa competência ou poder da administração. Não é, portanto, ato discricionário em si.

Importante lembrar sempre que toda atuação do administrador deve ser balizada pela lei. Na criação das agências reguladoras, a intenção sempre foi a de buscar atender com agilidade e expertise às demandas surgidas e dar celeridade à resolução de pleitos administrativos relacionados a análises de questões técnicas específicas.

E é justamente em decorrência dessas necessidades que emerge a noção da discricionariedade técnica. Concernente ao âmbito de independência do administrador na decisão de questões técnicas, a discricionariedade técnica está embasada no aparato necessário para investigação da solução mais conveniente e oportuna quando se trata de matéria técnica específica, valorizando dessa forma a atuação do órgão administrativo especializado.

Assim, pela necessidade desse elevado grau de especialização explica-se a razão pela qual foi atribuída às agências tal competência. Esse conhecimento mais específico fogia do entendimento e do controle judicial tradicional, passando a se entender por discricionariedade técnica.

À primeira vista, os termos discricionariedade e técnica soam inconciliáveis. Discricionariedade remete à margem de escolha conferida legalmente ao administrador, a fim de que possa adotar a melhor solução diante do caso concreto. Já o termo técnica se relaciona ao meio de análise preciso de uma situação e determinação de única solução, estabelecendo-se, em face de certa ciência, a opção dita correta para o caso concreto.

Entretanto, a noção de discricionariedade técnica, contrariando esta avaliação inicial, admite a conjunção das duas noções, produzindo síntese final que não desnatura seu sentido original. Pode-se afirmar, na realidade, que a conjugação de discricionariedade e técnica é perfeitamente válida, visto que o termo técnica remete a regras objetivamente válidas, a que a Administração há de se submeter.

Eros Roberto Grau (2000, p. 159-160), por sua vez, explora a contradição existente entre a não vinculação a nenhum *standard*, linha característica da discricionariedade, e a vinculação a standards, típica das decisões técnicas. Em face disso, afirma ser insustentável a tese da discricionariedade técnica, de onde se poderia concluir que, enquanto atividade técnica, a dita “discricionariedade técnica” não seria discricional. Chega-se, então, à conclusão de que “[...] a atividade técnica, enquanto não discricional, é fiscalizável”, o que inviabiliza o próprio conceito de discricionariedade técnica (visto que esvaziado de toda e qualquer margem de escolha), reduzindo-o à mera atividade vinculada a parecer técnico.

Então, se reduzir a discricionariedade técnica à mera tecnicidade conduz à negação do conceito, é imperioso concluir que ela não se restringe tão somente à apreciação de elementos técnicos. Propicia, além disso, a faculdade de escolha com margem em critérios administrativos, nota característica da competência discricional típica.

Desse modo, não se pode afastar a ideia de que discricionariedade técnica é discricionariedade em toda regra, assim como a discricionariedade administrativa, sem o que se perderia o próprio conceito.

Quem lança luz sobre a contradição aparente entre discricionariedade e técnica é Renato Alessi, cuja doutrina sobre o tema fundamenta o estudo do Direito italiano, âmbito em que o conceito teve maior desenvolvimento, além de servir de parâmetro para o estudo do tema em outros países.

Renato Alessi (1970) explica a distinção entre a discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. Segundo o autor, enquanto a primeira é observada nos casos em que a apreciação do interesse público diz respeito à utilização exclusiva de critérios administrativos, a segunda se verifica na exigência de critérios técnicos e de solução de questões técnicas para apreciação do interesse público, posterior ou concomitante. Entretanto, ocorre grande variação na situação jurídica, conforme haja ou não ligação da questão técnica a uma questão administrativa. Verificada a ligação, a Administração realizaria verdadeiro juízo de valor, havendo que se falar efetivamente em discricionariedade técnica.

Assim, verifica-se que há discricionariedade técnica nas hipóteses em que critérios técnicos estão efetivamente ligados a critérios administrativos, e questões técnicas ligadas a questões administrativas, de forma tal que as primeiras ficam absorvidas pelas segundas. Somente pode ser revista a solução técnica através de uma impugnação da solução da questão administrativa.

A discricionariedade técnica consiste não só no fundamento como também no limite substancial para o controle da função normativa das agências reguladoras. Isso porque, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2007, p. 222):

[...] o conteúdo válido das normas baixadas pelas agências reguladoras está integralmente definido na margem de escolha técnico-científica que a legislação delegante abriu à exclusiva discricionariedade dos respectivos agentes técnicos.

De acordo com Massimo Severo Gianinni, as regras técnicas são: “[...] vinculantes não só da melhor como, e por tantas vezes, da única escolha possível, no âmbito da discricionariedade administrativa” (*apud* MOREIRA NETO, 2007, p. 221). Assim, conforme ressalta Luis S. Cabral de Moncada, a discricionariedade técnica resulta do “[...] alto grau de tecnicização e especialização das normas, sempre variáveis segundo a conjuntura sócio-econômica diante da qual são prospectivadas” (*apud* ARAGÃO, 2009, p. 85).

Inegável, no entanto, que a própria técnica legislativa para a deslegalização com base em standards, dentro dos quais o órgão delegado desempenhará larga margem de escolha, evidencia o fato de que a função normativa das agências representa o exercício de uma discricionariedade, muito embora de conteúdo técnico-científico. Sobre o tema, dispõe Alexandre Santos de Aragão (2009, p. 408-409): “As leis instituidoras das agências reguladoras

integram, destarte, a categoria de leis-quadros (*lois-cadre*) ou standartizadas, próprias das matérias de particular complexidade técnica e dos setores suscetíveis a constantes mudanças econômicas e tecnológicas”.

Identifica-se claramente a existência da discricionariedade técnica quando a solução da questão técnica é pressuposto para a solução da questão administrativa, o que ocorre no caso em que seja necessário comprovar, com base em regras técnicas, a medida de uma qualidade ou atributo técnico. Ou quando a questão é única, mas deve ser resolvida pelos critérios técnicos e administrativos ao mesmo tempo. Tal sucede em todos os casos em que a atividade administrativa deva se desenvolver através de atividade de natureza técnica.

Porém somente há que se falar de discricionariedade técnico-administrativa nos casos em que os critérios técnicos estão necessariamente ligados a critérios administrativos. Conclui-se, então, que a discricionariedade técnica é a junção de análise discricionária e matéria técnica, sobre a qual são exercidos os juízos de oportunidade, havendo apreciação do interesse público em concreto para justificar a ação administrativa.

Existem ainda os casos em que os critérios técnicos independem de qualquer critério administrativo. São as situações em que a técnica é o único pressuposto para determinar a ação administrativa. Nesses casos, não há margem para valoração do interesse público. Cabe apenas ao administrador decidir em conformidade com as condições técnicas fixadas normativamente.

Desse modo, a revisão de solução técnica não traz nenhuma implicação sobre a solução de questões administrativas e, portanto, sobre a valoração de um interesse público. O que se verifica é a independência entre critérios técnicos e administrativos. Existe apenas a comprovação da existência fática de uma qualidade de natureza técnica para aplicação de certa solução fixada normativamente, sem implicar alteração na valoração de interesse público.

Nessas situações, discricionariedade e técnica são, efetivamente, inconciliáveis, visto que não há discricionariedade propriamente dita. O ato carece de valoração de conveniência e oportunidade. Então, sendo a questão meramente técnica, sua solução advém exclusivamente da aplicação de regras técnicas, sem que haja faculdade alguma na apreciação diante do caso concreto.

Assim, a presença de um conceito, método ou técnica não é suficiente para caracterizar a discricionariedade técnica, apesar de ser tomado como sua nota característica. Não obstante ser dispensada como condição suficiente, a inserção de critérios técnicos não é dispensada como condição necessária para a identificação da discricionariedade técnica. Deve vir, porém, acompanhada de margens reais de opção, sem as quais não há discricionariedade.

A discricionariedade técnica está presente na aplicação de conceitos técnicos ou métodos não unívocos, sendo indispensável, pois, que o entendimento e/ou a aplicação da técnica em jogo permita margem sobre a qual se possa exercer juízo discricionário.

A conclusão é de que não se pode falar em discricionariedade técnica quando não há associação de critérios técnicos a administrativos para a tomada de determinada decisão, partindo de certa margem deixada pela lei para essa valoração conjunta.

2.5.3 Mérito administrativo

Miguel Seabra Fagundes (1991) constata a presença de mérito administrativo quando do exercício de competência discricionária. O mérito administrativo é identificado como a apreciação do administrador dentre alternativas valoradas, não por questões juridicamente predeterminadas, mas por meio de critérios de conveniência e oportunidade, que representam verdadeira opção política, insubstituível por qualquer órgão jurisdicional. Ainda segundo o autor, o mérito administrativo é decorrente do exercício de competência discricionária justamente porque:

[...] quando a Administração exerce competência estrita, ou seja, quando pratica ato vinculado, já encontra esgotado o conteúdo político (mérito) do processo de realização da vontade estatal. A medida assim tomada já foi objeto de análise e de solução optativa anteriores pelo legislador. O administrador apenas torna efetiva a solução pré-assentada. (FAGUNDES, 1991, p. 194)

É consensual entre os doutrinadores que a discricionariedade configura como a liberdade de ação dentro dos limites traçados pela lei, tendo em vista a impossibilidade de o legislador catalogar em tipo legal fechado todas as modalidades de atos administrativos exigidos na prática, eminentemente mutável, como recorda também Hely Lopes Meirelles (1998, p. 104): “A atividade discricionária encontra plena justificativa na impossibilidade de o legislador catalogar na lei todos os atos que a prática administrativa exige”.

Nesse contexto, o mérito administrativo se encontra “relacionado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e a índole de função por ele exercida, que ao juiz é vedado penetrar no seu conhecimento” (FAGUNDES, 1991, p. 189). Emerge clara a não admissão de revisão jurisdicional do mérito administrativo, pela evidente razão de representar campo de escolha administrativa não motivada por critérios jurídicos, mas por questões de conveniência e oportunidade decididas em face de critérios administrativos.

Conforme ensina Miguel Seabra Fagundes (1991, p. 198):

[...] se o fizesse (o juiz) exorbitaria ultrapassando o campo da apreciação jurídica (legalidade ou legitimidade) que lhe é reservado como órgão específico de preservação da ordem legal, para incursionar no terreno da gestão política (discricionariedade) próprio dos órgãos executivos. Substituir-se-ia ao administrador, quando o seu papel não é tomar-lhe a posição no mecanismo jurídico-constitucional do regime, senão apenas contê-los nos estritos limites da ordem jurídica (controle preventivo) ou compeli-lo a que os retome, se caso transpostos (controle a posteriori).

Portanto, o mérito administrativo constitui espaço de atuação administrativa excluída do controle jurisdicional, visto que o juiz não pode pretender substituir o administrador nas opções de governabilidade que a este incumbe fazer.

Importante sempre frisar que a exclusão de revisão judicial sobre o mérito administrativo não significa que o ato administrativo discricionário esteja isento de qualquer forma de controle pelo Poder Judiciário. O entendimento de que o mérito administrativo decorre de faculdade permitida por lei e tem seu ponto final na própria lei, impede que sejam ultrapassados os limites por ela impostos. Nesse contexto, a escolha feita pela Administração não está excluída do controle de legalidade, isto é, da verificação de atuação dentro dos limites legais e de ocorrência de desvio de poder, que se dá quando a autoridade competente pratica ato desviado da finalidade legal ou do interesse público, que pode eivar o ato de nulidade.

Nesse sentido, cita-se o entendimento da Germana de Oliveira Moraes (2004):

Efetivamente, a aceitação dos princípios como parâmetro de controle jurisdicional da atividade administrativa estreitou os limites do mérito administrativo, alargando, por via de consequência, a amplitude do controle jurisdicional. (p. 147)

[...]

Assim, no direito brasileiro, os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação dos poderes são perfeitamente compatíveis entre si, pois, quando da atividade não vinculada da administração pública, desdobrável em discricionariedade e valoração administrativa dos conceitos verdadeiramente indeterminados, na denominada "área de livre decisão" que lhe é reconhecida, resultar lesão ou ameaça a direito, é sempre cabível o controle jurisdicional, seja a luz do princípio da legalidade, seja em decorrência dos demais princípios constitucionais da administração pública, de publicidade, de impessoalidade, e da moralidade, seja por força do princípio constitucional da igualdade, ou dos princípios gerais de direito da razoabilidade e da proporcionalidade, para o fim de invalidar o ato lesivo ou ameaçador do direito. (p. 110-111)

Os princípios da publicidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, razoabilidade e proporcionalidade viabilizaram o controle judicial no domínio de atuação administrativa não vinculada, quer abrange a discricionariedade administrativa e a valoração dos conceitos verdadeiramente indeterminados, sendo importante lembrar que são a discricionariedade administrativa e os conceitos indeterminados manifestações comuns da técnica legislativa de abertura das normas jurídicas. Por isso mesmo, o critério da legalidade é obviamente insuficiente como critério de controle da atuação administrativa não vinculada, daí porque se reveste de capital a importância a invocação daqueles outros princípios. (p. 112)

Existe ainda o controle da razoabilidade da medida adotada pelo administrador, e que vem recebendo atenção especial pela doutrina. O administrador, ao adotar a melhor solução possível quando no exercício de competência discricionária, deve escolher entre as soluções razoáveis. A partir do critério de razoabilidade, a discricionariedade seria, então, não o objeto ou conjunto de soluções possíveis que deve se submeter a operação redutora, mas sim o resultado desta, o que é razoável, uma vez excluída a arbitrariedade.

Atualmente é sempre baseado na motivação que se concentra o objeto do controle judicial da atividade administrativa. A doutrina sempre considerou como pressuposto para os atos vinculados o dever de motivação, sendo que, para atendê-lo, basta a indicação do texto legal em que se funda o ato administrativo, visto que a solução para a situação concreta já é prefixada na norma.

É pela motivação que o administrador demonstra mais claramente para a sociedade que a sua escolha foi a melhor naquela decisão específica. Ela permite ao controlador do ato verificar a razoabilidade da escolha analisada, ou seja, sua validade perante a ordem jurídica.

Sobre o tema motivação, vale destacar a análise de Florivaldo Dutra de Araújo (*in* LIMA, 2006, p. 124), segundo o qual:

A motivação do ato administrativo é fator essencial para a demonstração argumentada do interprete e aplicador do direito, de que aos aspectos vinculados do ato, aí incluídos aqueles expressos por conceitos jurídicos indeterminados, a melhor interpretação cabível;

Quantos aos aspectos efetivamente caracterizados pela discricionariedade, a motivação deverá demonstrar que o administrador ateu-se aos seus limites, traçados pelas normas jurídicas, não havendo sentido, para o controle jurisdicional, que é fiscalização da legalidade, e não oportunidade do ato, exigir demonstração dos critérios de conveniência e oportunidade de si mesmos.

Para os atos classificados como discricionários, nem sempre se admitiu o dever de motivação, considerando que estes estariam fora do controle do Poder Judiciário. Então, partindo da noção de que somente à Administração incumbia decidir sobre seu conteúdo, pugnavam-se pela desnecessidade de fundamentação.

Contudo, principalmente a partir da Constituição de 1988, a motivação passou a ser vista como garantia dos administrados contra arbitrariedades e abuso de poder, além de requisito procedimental do ato administrativo, como aponta Carlos Ari Sundfeld (1986, p. 120): “somente por meio da motivação é que se torna possível o controle dos atos administrativos, especialmente dos atos praticados em exercício de competência discricionária”.

Aprofundando um pouco mais sobre discricionariedade, entra-se em tema que constitui inovação trazida pela doutrina brasileira e diz respeito à inserção da noção de conceitos

jurídicos indeterminados como originários da competência discricionária no corpo da norma. Eros Roberto Grau aponta que o primeiro a tratar do assunto na doutrina brasileira foi Francisco Campos, que discorreu sobre a estrutura lógica do juízo, que constitui o ponto de partida para a atuação discricionária. Segundo Francisco Campos, o fundamento do poder discricionário residiria na:

[...] estrutura lógica de um certa categoria de juízos, que só podem ser formulados com referências a conceitos mais ou menos ambíguos ou equívocos, ou suscetíveis, pela amplitude e indeterminação do seu conteúdo, de receberem especificações diversas, nenhuma das quais se possa ter como a única possível, exata ou procedente, uma vez que a medida do acerto do juízo consiste, única e precisamente, no próprio conceito que lhe serviu de referência, o qual, por definição, comporta vários conteúdos, igualmente adequados ou do mesmo valor significativo. (CAMPOS *apud* GRAU, 2000, p. 143)

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, aprofunda a questão, admitindo que o comando legal que dá ensejo à atuação discricionária do administrador pode conter tanto expressões fluidas quanto margem de liberdade conferida no próprio mandamento legal. O referido autor conceitua discricionariedade como:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente. (BANDEIRA DE MELLO, 1996, p. 48)

Os conceitos jurídicos indeterminados seriam, então, conceitos fluidos, imprecisos, também chamados vagos ou elásticos. Bandeira de Mello dá os seguintes exemplos: “situação urgente”, “notável saber”, “estado de pobreza”, “ordem pública”; suscetíveis de interpretações variadas. Para o autor, as “causas” normativas geradoras da discricionariedade são as seguintes:

- a “hipótese da norma”, ou seja, modo impreciso de descrição da situação fática (motivo) que subsumir-se-á no comando legal, ou mesmo a omissão em descrevê-la;
- o “comando da norma”, pelo qual abrem-se alternativas de conduta para o agente público;
- a “finalidade da norma”, considerando que “a finalidade aponta para valores, e as palavras [...] ao se reportarem a um conceito de valor, como ocorre na finalidade, estão se reportando a conceitos plurissignificativos (isto é, conceitos vagos, imprecisos, também chamados de fluidos ou indeterminados) e não unissignificativos”. (BANDEIRA DE MELLO, 1996, p. 19)

Eros Roberto Grau (2000), por sua vez, critica veementemente a admissão de conceitos jurídicos indeterminados como geradores de competência discricionária. Para o autor, eles representam, tão somente, a inserção de termos na norma, que não são mais do que signos, ou

seja, que não expressam claramente a ideia que se pretende transmitir sobre o dito conceito jurídico indeterminado. Assim, a indeterminação do conceito não seria mais do que indeterminação dos termos que o expressam. Resumindo, o autor entende se tratar de uma questão de interpretação, e não de abertura de margem para escolha discricionária acerca do conteúdo da norma.

Tal polêmica entre os dois autores foi assim comentada pelo Florivaldo Dutra de Araújo (*apud* LIMA, 2006, p. 106-107):

Quando se lê a vasta literatura alemã sobre a matéria, verifica-se ora mais, ora menos explicitamente, que a “indeterminação”, a “imprecisão” não reside nem no termo e nem no conceito.

Nesse aspecto, Bandeira de Mello e Eros Grau, em parte têm razão, em parte não.

Se os signos são convenções linguísticas, se o significante e o significado ligam-se por acordo entre usuários de uma dada linguagem, a determinação convencional dos significantes e significados são *conditio sine qua non* da comunicação.

Por isso tomadas os isoladamente as expressões, tanto é impropriedade fala-se de “conceitos indeterminados”, quanto o é a expressão “termos indeterminados”. Se esses significantes aos quais associamos dados objetos fossem indeterminados, a comunicação seria impossível.

[...] a imprecisão não se encontra nos signos abstratos da comunicação, nem nos objetos concretos (coisas, fatos) que existem ou ocorrem, mas na subsunção aos signos desse múltiplos objetos que cotidianamente com eles desejamos indicar.

A subsunção é feita a todo momento por grande variedade de pessoas, com visões de mundo e da situação específica mais ou menos distintas.

[...] Pode-se concluir, então, que a expressão conceitos jurídicos indeterminados é, tal como “ato discricionário”, uma “imagem de síntese”. Com ela se quer dizer “indeterminação (imprecisão) na subsunção do fato ao conceito previsto em lei”. Para se evitar a todo momento a utilização de tão extensa expressão, cunhou-se uma mais sintética, a qual, desde que corretamente contextualizada e entendida, é inteiramente válida para indicar o fenômeno a que se reporta.

O grande expoente que defende a impossibilidade de conceitos jurídicos indeterminados darem margem para a atuação discricionária é Eduardo García de Enterría. Segundo ele, no momento de aplicação do conceito à realidade, vislumbra-se apenas uma solução possível. Explica o autor que:

A lei não determina com exatidão os limites desses conceitos porque se trata de conceitos que não admitem uma quantificação ou determinação rigorosas, porém, em todo caso, é manifesto que se está referindo a uma hipótese de realidade que, não obstante a indeterminação do conceito, admite ser determinado no momento da aplicação. A lei utiliza conceitos de experiência (incapacidade para o exercício de suas funções, premeditação, força irresistível) ou de valor (boa-fé, padrão de conduta do bom pai de família, justo preço), porque as realidades referidas não admitem outro tipo de determinação mais precisa. Porém, ao estar se referindo a hipóteses concretas e não a vacuidades imprecisas ou contraditórias, é claro que a aplicação de tais conceitos à qualificação de circunstâncias concretas não admite mais que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito [...]. Isto é o essencial do conceito jurídico indeterminado: a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo, as quais só permitem uma, unidade de solução justa “em cada caso”. (ENTERRÍA & TOMAS-RAMON, 1990, p. 433)

Há que se ressaltar, todavia, que mais recentemente vem sendo retomada a tese alemã de que os conceitos jurídicos indeterminados podem ser geradores de competência discricionária, além de outras estruturas normativas. É importante frisar que o desenvolvimento da tese de que conceitos jurídicos indeterminados não são fonte de competência discricionária – mas que implicam mera interpretação – tomou força com a necessidade de se aumentar o controle judicial sobre os atos administrativos, durante meados do século XX, e que atualmente vem assumindo outra conformação.

2.5.4 *Interpretação dos atos das agências*

A interpretação dos atos emanados das agências reguladoras é sempre subjetiva, afinal o resultado da interpretação será sempre ato de vontade, escolha dentre as possibilidades conferidas pelo próprio texto analisado. A edição de ato normativo pela agência resulta, também, de escolha e ponderação de interesses, com fundamento e limite na discricionariedade técnica, que definirá política regulatória. Estas premissas servem de orientação hermenêutica para a interpretação dos atos normativos das agências.

O ato de interpretar se constitui em etapa da própria criação do Direito, devendo ser evitada a interpretação cujo resultado acabe por inovar em relação às possibilidades conferidas pelo texto da norma. Não se pode menosprezar o fato de que a agência é dotada de função normativa, que deve ser exercida dentro dos limites e na forma prevista em lei.

Importante ressaltar que mesmo a interpretação literal pode ser distorcida pelo intérprete ou produzir compreensão destituída de sentido. Convém ter em mente a advertência do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Galloti (*apud* BARROSO, 1999, p. 127):

De todas, a interpretação literal é a pior. Foi por ela que Cléia, na *Chartreuse de Parme*, de Stendhal, havendo feito um voto a Nossa Senhora de que não mais veria seu amante Fabrício, passou a recebê-lo na mais absoluta escuridão, supondo que assim estaria cumprindo o compromisso.

Por isso, os demais métodos de interpretação serão legítimos quando utilizados pelo intérprete para buscar o correto alcance da norma. Porém, o texto da norma será sempre um limite insuperável, conforme destaca Luís Roberto Barroso (2009, p. 291):

[...] os conceitos e possibilidades semânticas do texto figuram como ponto de partida e como limite máximo da interpretação. O intérprete não pode ignorar ou torcer o sentido das palavras, sob pena de sobrepor a retórica à legitimidade democrática, à lógica e à segurança jurídica. A cor cinza compreende uma variedade de tonalidades entre o preto e o branco, mas não é vermelha nem amarela.

Os agentes administrativos da agência reguladora devem interpretar e aplicar as normas regulatórias. O respeito aos limites determinados pelo texto das normas se impõe, a fim de que a atividade hermenêutica não resulte no exercício do poder normativo por órgão destituído de tal competência. E, conforme já se disse, a função normativa deve seguir o devido processo legal para ser validamente desempenhada.

Não se poderá exigir dos participantes do setor regulado obrigações não previstas nos normativos regulatórios, com base exclusivamente em interpretação dessas normas. Havendo, porém, fundada dúvida quanto ao seu alcance, não se deve exercer um juízo hermenêutico criativo, em usurpação da própria função normativa.

Em se tratando de agência reguladora, a última palavra sobre os conflitos de interpretação dos normativos regulatórios caberá ao órgão máximo detentor da competência normativa sobre a matéria. Os questionamentos de interpretação devem ser solucionados pelo órgão colegiado da agência, a fim de que aperfeiçoe, se for o caso, o normativo imperfeito – por violação ao dever de clareza das normas jurídicas – ou mesmo realize uma interpretação autêntica da norma plurívoca, editando uma súmula normativa sobre o assunto.

Não se trata de submeter ao colegiado da agência, para referendo, todos os atos dos agentes administrativos que demandem interpretação dos normativos editados. Tampouco se defende que a agência exerça legiferação hipertrofiada, sintoma que comprometeria, inclusive, a própria efetividade de suas normas. Ordinariamente, os órgãos internos da agência exercerão sua tarefa rotineira de interpretar e aplicar os atos regulatórios, com o cuidado de não usurpar a função normativa.

2.6 ANEEL – Organização e funcionamento

A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) é uma autarquia sob regime especial vinculada ao Ministério de Minas e Energia (MME). Foi criada pela Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996 (BRASIL, 1996), de acordo com o novo arranjo institucional em algumas áreas, em que o papel produtor e executor do Estado é substituído pelo de regulador e fiscalizador de atividades delegadas a outras entidades públicas e privadas.

A Agência é dirigida por colegiado constituído por um diretor-geral e quatro diretores, nomeados pelo Presidente da República, para cumprir mandatos não coincidentes de quatro anos. A nomeação dos diretores dependerá de prévia aprovação do Senado Federal. As competências da diretoria e demais definições da estrutura regimental estão estabelecidas no Decreto n. 2.335, de 6 de outubro de 1997. Um dos diretores da autarquia terá a incumbência

de, na qualidade de ouvidor, zelar pela qualidade do serviço público de energia elétrica, receber, apurar e solucionar as reclamações dos usuários.

A estrutura básica da Agência compreende, além da diretoria, o Gabinete do Diretor-Geral, a Secretaria-Geral da Diretoria, a Procuradoria-Geral e superintendências de processos organizacionais. De acordo com a Portaria n. 349, de 28 de novembro de 1997, do Ministério de Minas e Energia, que aprova o Regimento Interno da ANEEL, a Agência conta ainda, na sua estrutura, com Auditoria Interna, Secretaria Executiva de Leilões e Assessoria da Diretoria. Atualmente, são vinte as superintendências de processos organizacionais.

As competências e atribuições da ANEEL têm fundamento no art. 21, XII, b, da CF/1988, que estabelece a competência da União de “[...] explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos”. Outras normas gerais que tratam, respectivamente, do regime de concessão e permissão de serviços públicos e de outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos são as Leis n. 8.987 (BRASIL, 1995a), de 13 de fevereiro de 1995 (BRASIL, 1995b), e n. 9.074, de 7 de julho de 1995, com alterações posteriores.

Com base nesse marco legal e como agente do poder concedente, a ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. As relações com o poder concedente, em especial as atribuições da Agência, têm sofrido alterações ao longo do tempo, como as decorrentes da aprovação da Lei n. 10.848, de 15 de março de 2004.

As novas disposições legais reforçaram o papel do poder concedente, em especial na:

- (i) elaboração do plano de outorgas;
- (ii) definição de procedimentos licitatórios;
- (iii) promoção de licitações destinadas à contratação de concessionários de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos;
- (iv) celebração de contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público e
- (v) expedição de atos autorizativos.

Com a nova determinação legal, o poder de licitar e outorgar concessões, permissões e autorizações, bem como o poder normativo correspondente, foi transferido ao Ministério de Minas e Energia. A atribuição de gerir e fiscalizar os contratos de concessão e o cumprimento dos termos da autorização concedida permanece com a ANEEL.

O art. 7º da Lei n. 9.427/1996 estabelece que a administração da Agência será objeto de contrato de gestão, negociado e celebrado entre a diretoria e o Poder Executivo no prazo máximo de noventa dias após a nomeação do Diretor-Geral. O contrato de gestão será o instrumento de controle da atuação administrativa da autarquia e da avaliação do seu desempenho e elemento integrante da prestação de contas do MME e da ANEEL.³

O contrato de gestão deverá fixar parâmetros para a administração interna e para os procedimentos administrativos da autarquia, bem como estabelecer, nos programas anuais de trabalho, indicadores que permitam quantificar, de forma objetiva, a avaliação do seu desempenho. O contrato de gestão será avaliado periodicamente e, se necessário, revisado por ocasião da renovação parcial da diretoria da autarquia, sem prejuízo da solidariedade entre seus membros.

A força de trabalho em exercício na ANEEL no final do ano de 2012 era de 725 servidores, dos quais 490 (67,6%) integravam as carreiras próprias da Agência, 227 (31,3%) ocupavam funções comissionadas e 8 (1,1%) eram servidores de carreira em exercício descentralizado. A Agência informou, na época, não possuir servidores com contratos temporários, nem colaboradores terceirizados.

Do grupo de 227 servidores comissionados, 143 (63%) eram integrantes das carreiras próprias, 23 (10,1%) eram servidores de carreira em exercício descentralizado, 15 (6,6%) eram servidores requisitados de outros órgãos e esferas, e 46 (20,3%) não possuíam vínculo com a União (GIACOMINI, 2013).

2.6.1 A AGU e as agências reguladoras

A Constituição da República atribui à Advocacia-Geral da União, por meio de seus membros, a função de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo federal (art.

³ “Art. 7º A administração da ANEEL será objeto de contrato de gestão, negociado e celebrado entre a Diretoria e o Poder Executivo no prazo máximo de noventa dias após a nomeação do Diretor-Geral, devendo uma cópia do instrumento ser encaminhada para registro no Tribunal de Contas da União, onde servirá de peça de referência em auditoria operacional.

§ 1º O contrato de gestão será o instrumento de controle da atuação administrativa da autarquia e da avaliação do seu desempenho e elemento integrante da prestação de contas do Ministério de Minas e Energia e da ANEEL, a que se refere o art. 9º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, sendo sua inexistência considerada falta de natureza formal, de que trata o inciso II do art. 16 da mesma Lei.

§ 2º Além de estabelecer parâmetros para a administração interna da autarquia, os procedimentos administrativos, inclusive para efeito do disposto no inciso V do art. 3º, o contrato de gestão deve estabelecer, nos programas anuais de trabalho, indicadores que permitam quantificar, de forma objetiva, a avaliação do seu desempenho.

§ 3º O contrato de gestão será avaliado periodicamente e, se necessário, revisado por ocasião da renovação parcial da diretoria da autarquia, sem prejuízo da solidariedade entre seus membros.” (BRASIL, 1996)

131). Por sua vez, compete ao Advogado-Geral da União “fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal” (LC n. 73/1993, art. 4º, X) (BRASIL, 1993). Porém deve haver muito cuidado para que a atividade de consultoria não represente a substituição da política regulatória pela interpretação do parecerista.

O parecerista atua sempre no esclarecimento do dado estritamente jurídico da questão posta na consulta, que, agregado a outros dados da realidade colhidos pelo servidor, resultará na prática de ato administrativo. Se o agente regulador necessitar da prévia manifestação dos órgãos de consultoria para a prática de ato administrativo, deverá delimitar qual dado jurídico estará sujeito à apreciação, pois a postura da consultoria variará de acordo com esse elemento.

Assim, se a hipótese sob consulta demandar a interpretação da Constituição e de outras leis, ou mesmo de aspecto estritamente jurídico das resoluções normativas da agência, a consultoria atuará com liberdade para opinar sobre a melhor interpretação jurídica a ser empregada. Entretanto, se a consulta diz respeito a elemento ligado à discricionariedade técnica, que expressa a própria política regulatória da agência, não caberá ao parecerista opinar sobre o tema, até porque não lhe compete exercer a função regulatória.

3 O CONTROLE NAS AGÊNCIAS

Com a reforma administrativa, que substituiu o modelo burocrático pelo modelo gerencial, juntamente com o processo de desestatização, foi criada uma nova ordem, na qual é necessária a participação do Legislativo na formulação de políticas públicas e no acompanhamento e controle de sua implementação. Para Leila Cuéllar (2002), o fato de as agências reguladoras serem órgãos concentrados e especializados em poucos setores, compostos por pessoal, inclusive seus diretores, com conhecimento nas matérias pertinentes, em princípio permitiu a elas agirem com mais rapidez e eficácia do que o Poder Legislativo, no que se refere à atividade normativa atribuída a elas.

Apesar dessa atribuição conferida pela lei aos órgãos reguladores, estes estão subordinados às políticas públicas traçadas pela Administração Central, que no fundo constitui certo limite ao poder de regular.

A definição de políticas públicas é importante para a delimitação das competências das agências reguladoras, a fim de se obter uma noção mais clara de quais atribuições são do Poder Executivo Central e quais são das agências. A Advocacia Geral da União afirma que a formulação de políticas públicas seria atribuição do Poder Executivo central, enquanto a implementação seria de responsabilidade das agências. No entanto, a própria conceituação de políticas públicas não é pacífica. Como demonstrado por Celina Souza (2006, p. 24):

[...] não existe uma única, nem melhor definição sobre o que seja política pública”, e continua: Mead (1995) a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas e Lynn (1980), como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades de governos, que agem diretamente ou através de delegações, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como “o que o governo escolhe fazer ou não fazer.

Em razão da dificuldade de áreas do próprio conhecimento humanístico, como a Ciência Política, em produzir definição uniforme para o que seriam políticas públicas, em consequência há obstáculos para a delimitação das fases pelas quais deve passar a política pública. Em outras palavras, na fronteira entre a formulação e a implementação das políticas públicas existe área nebulosa, que se caracteriza por dinamismo que leva a constante adaptação às transformações da realidade socioeconômica.

É perceptível que, pela dificuldade em se determinar fronteira precisa entre a atuação do Poder Executivo central e das agências reguladoras, no que se refere a políticas públicas, é

no mínimo discutível a possibilidade de ingresso de recurso com base na invasão de competência pelas agências na formulação das políticas públicas.

Melhor entendimento jurídico acerca das políticas públicas permitiria distribuição de tarefas mais claras entre os Ministérios e as agências e, conseqüentemente, melhor diálogo entre essas instituições.

Além da questão das políticas públicas, existe também a possibilidade de verificação do atendimento das metas, diretrizes determinadas para o setor regulado, uma espécie de controle finalístico, com base no art. 87, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal (BRASIL, 1988); questão que será melhor detalhada posteriormente neste capítulo do trabalho.

Além do exercício da função administrativa, as agências reguladoras exercem também a função decisória, solucionando controvérsias no campo administrativo entre os agentes econômicos que exercem atividade no setor e os consumidores. E, apesar de serem independentes e de certa forma autônomas, as agências, como se analisará mais detalhadamente, não estão isentas de controle, ao contrário, submetem-se ao controle por parte dos três Poderes do Estado: Executivo, Legislativo, Judiciário, como também pelo Tribunal de Contas da União, pelo Ministério Público, pela sociedade etc.

A primeira forma de controle que se verifica, anterior ao exercido pelos Poderes citados, é o controle político, exercido de forma preventiva e/ou reativa. Esse controle, parafraseando Marco Juruena Villela Souto (1999), dá-se desde o nascedouro da agência reguladora quando do projeto de lei que lhe dará origem, o qual pode determinar as suas competências, a que estrutura da Administração direta ficará vinculada, o valor da taxa de regulação, critérios de nomeação e exoneração de seus dirigentes, organização e formas de remuneração de seus agentes, dentre outras, bem como pela anulação dos atos praticados por essas entidades que exorbitem seu âmbito de competência, ou, ainda, pela sua extinção por meio de lei.

3.1 Poder Executivo

O controle feito pelo Poder Executivo ocorre de diferentes formas e em diversas fases da atuação das entidades reguladoras independentes. Por exemplo, como citado anteriormente, desde o nascimento das agências reguladoras, o chefe do Poder Executivo é quem tem a iniciativa do projeto de lei criador dessas entidades, ficando, por isso, as agências na dependência dessa iniciativa. Também as escolhas dos dirigentes das entidades autárquicas especiais estão destinadas ao chefe da Administração Direta a que a agência especial é ligada.

É na lei de criação das agências que se estabelece a estrutura da Administração direta à qual ficará vinculada, ou seja, a qual Ministério, bem como o valor da sua taxa de regulação, o critério de nomeação e exoneração dos seus dirigentes e do pessoal de apoio, a organização interna da nova entidade e a remuneração de seus agentes.

Antes de adentrar no tema controle pelo Executivo propriamente dito, é bom explicar as formas como esse controle administrativo se dá, são eles: a tutela, a autotutela e o controle hierárquico. A tutela seria a modalidade aplicável às agências reguladoras, tendo em vista que pode ser definida como uma “[...] fiscalização que os órgãos centrais das pessoas públicas políticas (União, Estados e Municípios) exercem sobre as pessoas administrativas descentralizadas, nos limites definidos em lei” (DI PIETRO, 2007, p. 452). A autotutela dos entes regulatórios também consiste em forma de controle, devido à capacidade das agências de verificar a legalidade, conveniência e oportunidade de seus atos. A hierarquia, em contrapartida, existe dentro da mesma pessoa jurídica, ou seja, enquanto a tutela encontra-se interligada com a descentralização, a hierarquia está relacionada com a desconcentração.⁴

No caso das agências reguladoras, por serem entidades da Administração indireta vinculadas aos Ministérios, a forma de controle é a tutela, que poderá assumir a forma preventiva ou repressiva, desde que tais modalidades estejam previstas em lei e se indiquem os atos que as ensejam. Não se pode esquecer, entretanto, que, em geral, não cabem recursos contra atos da Administração indireta perante a Administração direta, e que tais recursos não constituem atos de tutela.

O recurso poderá ser utilizado nas hipóteses de relação de subordinação hierárquica, o que não ocorre no caso das agências reguladoras, ou poderá ser excepcionalmente utilizado se houver previsão legal expressa, conhecido como recurso hierárquico impróprio.

⁴ Sobre desconcentração e descentralização, destaca-se os comentários de dois renomados autores. Explana Di Pietro (2010, p. 410): “Descentralização é a distribuição de competências de uma para outra pessoa, física ou jurídica. Difere da desconcentração pelo fato de ser esta uma distribuição interna de competências, ou seja, uma distribuição de competências dentro da mesma pessoa jurídica; sabe-se que a Administração Pública é organizada hierarquicamente, como se fosse uma pirâmide em cujo ápice se situa o Chefe do Poder Executivo. As atribuições administrativas são outorgadas aos vários órgãos que compõem a hierarquia, criando-se uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros. Isso é feito para descongestionar, desconcentrar, tirar do centro um volume grande de atribuições, para permitir seu mais adequado e racional desempenho. A desconcentração liga-se à hierarquia. A descentralização supõe a existência de, pelo menos, duas pessoas, entre as quais se repartem as competências”. Complementa Bandeira de Mello (2000, p. 126): “[...] descentralização e desconcentração são conceitos claramente distintos. A descentralização pressupõe pessoas jurídicas diversas: aquela que originariamente tem ou teria titulação sobre certa atividade e aquela ou aquelas às quais foi atribuído o desempenho das atividades em causa. A desconcentração está sempre referida a uma só pessoa, pois cogita-se da distribuição de competências na intimidade dela, mantendo-se, pois, o liame unificador da hierarquia. Pela descentralização rompe-se uma unidade personalizada e não há vínculo hierárquico entre a Administração Central e a pessoa estatal descentralizada. Assim a segunda não é subordinada à primeira. O que passa a existir, na relação entre ambas, é um poder chamado controle”.

Recursos administrativos impróprios são aqueles que se caracterizam pela possibilidade de revisão dos atos das entidades da Administração indireta, que são pessoas jurídicas autônomas, pelo Ministério ao qual estão vinculadas.

Analisando somente o Direito Positivo brasileiro, pode-se afirmar que nenhuma lei prevê a existência de recurso administrativo hierárquico impróprio contra as decisões das agências reguladoras.

A legislação de algumas agências reguladoras, como a ANATEL, ANAC e ANVISA, estabelece em seus textos claramente a inexistência de vínculo hierárquico entre a agência e o Ministério, portanto deixa claro ser legalmente incabível o recurso hierárquico impróprio. O § 2º do art. 15 da Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), estabelece que “dos atos praticados pela Agência caberá recurso à Diretoria Colegiada, com efeito suspensivo, como última instância administrativa” (BRASIL, 1999). Assim, o cabimento ou não de recurso hierárquico impróprio em face das decisões das agências reguladoras dependeria, em princípio, de previsão expressa na lei de criação das mesmas.

A explicação clara para tal constatação é que a admissão de recursos hierárquicos impróprios deitaria por terra todo o arcabouço institucional traçado pelo ordenamento jurídico das agências reguladoras, tornando inócua, por exemplo, a vedação de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes. O espírito da disciplina dessas entidades, que é justamente o de afastá-las das injunções político-eleitorais fugazes e casuísticas, restaria totalmente corrompido se o Ministério ou o Presidente da República pudesse a qualquer momento impor, caso a caso, a sua vontade pela simples alegação de violação de política pública (ARAGÃO, 2007).

Portanto, as agências não são subordinadas hierarquicamente ao Poder Executivo central, possuindo com ele apenas vínculo. A conjectura de subordinação das entidades descentralizadas aos Ministérios vai de encontro à noção de personalidade jurídica própria. O Poder Executivo central somente poderá interferir nas agências reguladoras quando estiver expresso na lei.

No entanto, manifestando entendimento contrário, a Advocacia-Geral da União exarou o Parecer n. AC 051/2006, aprovado pelo Presidente da República em 13/06/2006, donde se extraem as seguintes conclusões:

[...] o cabimento do recurso hierárquico impróprio não encontra objeções já que inexistente área administrativa imune à supervisão ministerial, reduzindo-se, contudo, o âmbito de seu cabimento, de modo idêntico, na mesma razão inversa da obediência às políticas de iniciativa do Ministério supervisor.

[...] não há suficiente autonomia para as agências que lhes possa permitir ladear, mesmo dentro da lei, as políticas e orientações da administração superior, visto que a autonomia de que dispõem serve justamente para a precípua atenção aos objetivos públicos. Não é outra, portanto, a conclusão com respeito à supervisão ministerial que se há de exercer sempre pela autoridade ministerial competente, reduzindo-se, no entanto, à medida que, nos limites da lei, se atendam às políticas públicas legitimamente formuladas pelos Ministérios setoriais. [...] (AGU, 2006)

Com relação às orientações normativas da Advocacia-Geral da União que vinculam as agências reguladoras, é importante ressaltar que, conforme determina o art. 40, § 1º, da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União), “[...] o parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento” (BRASIL, 1993).

Analisado por este prisma, dada a força vinculante do mencionado parecer, no âmbito federal existe a possibilidade do recurso hierárquico impróprio das decisões das agências reguladoras ao respectivo Ministro de Estado. Por outro lado, quando a lei expressamente o vedar, como é o caso do § 2º do art. 15 da Lei Federal n. 9.782, entende-se, também, não prevalecer tal disposição frente ao comando do art. 5º, inc. XXXIV, da CF/1988, que determina ser “a todos assegurado, independentemente do pagamento de taxas o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder” (BRASIL, 1988). Nesse caso, o direito de petição deve ser entendido de maneira ampla, de forma a abarcar o recurso hierárquico impróprio, mesmo que se trate de atividade-fim da agência reguladora, pois, em se tratando de direito fundamental, não pode ser restringido pela lei, já que a própria Constituição não o fez.

No entanto, pode-se extrair da própria fundamentação do Parecer AC n. 051/2006 que a hipótese de cabimento está adstrita aos casos em que os atos questionados contrariem a lei ou as políticas públicas formuladas pelos Ministérios. Nesse sentido, ressalvados os possíveis abusos de tal instrumento, mostra-se lícito afirmar que a intenção de realinhamento das atuações das agências às políticas públicas é idônea, inclusive consistente com o conceito de regulação aqui adotado.

Ressalte-se ainda que o entendimento que predomina é o da possibilidade de revisão apenas dos atos convencionais das agências. Assim, a matéria eminentemente regulatória (atividade-fim da agência) não pode ser revista pelo Ministério supervisor justamente em função da previsão legal de inexistência de vínculo hierárquico, salvo nas hipóteses previstas no Parecer, quais sejam: a extrapolação das competências legais da agência ou a não observância das políticas públicas traçadas pelo Ministério correspondente.

Quanto ao direito de petição, pode-se entendê-lo também como um controle. Nesse sentido são os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 833-834):

Outro relevante instrumento de controle administrativo é o direito de petição. Consiste esse direito, de longínqua tradição inglesa, na faculdade que têm os indivíduos de formular aos órgãos públicos qualquer tipo de postulação, tudo como decorrência da própria cidadania. A constituição em vigor contempla o direito de petição entre os direitos e garantias fundamentais, estabelecendo no art. 5º, XXXIV, “a”, ser a todos assegurado “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa dos direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. Avulta observar que esse direito tem grande amplitude. Na verdade, quando admite que seja exercido para a “defesa de direitos” não discrimina que tipo de direitos, o que torna admissível a interpretação de que abrange direitos individuais e coletivos, próprios ou de terceiros, contanto que possa refletir o poder jurídico do indivíduo de dirigir-se aos órgãos públicos e deles obter a devida resposta.

Concluindo a questão sobre a interferência do Poder Executivo nas agências, quase sempre se refere à influência do Ministério ligado ao respectivo setor. Isso se dá principalmente pelo fato de os Ministérios transferirem suas competências para as agências reguladoras, que assumem a responsabilidade de executarem as atribuições anteriormente conferidas pelo ator principal.

Esse modelo de transferência de competência requer o alinhamento de interesses entre os dois atores, bem como o enfrentamento da assimetria de informação que existe entre eles. Porém, em vários casos, pela dificuldade em definir a amplitude da atuação de cada um, a atuação de ambos não se torna pacífica.

Em princípio, os Ministérios e as agências teriam que seguir o mesmo objetivo de garantir o interesse público. Porém, a maneira de promover esse interesse público varia, por isso a importância de se estabelecer sempre o diálogo que defina as metas e os resultados para determinado setor econômico.

Em relação ao problema da assimetria de informações, existe a dependência de informação do Poder Executivo perante as agências reguladoras.

Nota-se, portanto, que a interação entre essas entidades é crucial, de modo a possibilitar a equalização de metas e o compartilhamento de informações. Caso contrário, o modelo agente-principal salienta o perigo do risco moral. Como observado por Fernanda Meirelles Ferreira (2005, p. 74):

A perspectiva agente-principal ressalta que, quando os interesses de agente e principal não coincidirem e quanto este último tiver um conhecimento limitado sobre a conduta (ou as conseqüências da conduta) do agente, é alta a probabilidade de que haja desvios de comportamento. Quanto maior essa assimetria e quanto mais conflituosos os interesses, mais provável que o agente se afaste da consecução dos objetivos do principal.

O risco moral pode ser definido como desvio na atuação do agente no que se refere aos interesses do principal (FERREIRA, 2005). Um sério agravante para a prevalência desse risco moral é a falta de conhecimento do ator principal, no caso os Ministérios, em relação às atividades executadas pelas agências. Essa realidade ocorreu principalmente nos anos pós-privatizações, quando o Estado sofreu com a migração de sua burocracia técnica para o setor privado, ou mesmo para as agências reguladoras. Consequentemente, o Poder Executivo passou a apresentar dificuldade em monitorar as tarefas praticadas pelas agências, o que gerou cenário de dependência do principal em relação ao agente.

Finalmente com relação ao controle exercido pelo Poder Executivo, tem-se o chamado controle orçamentário. As leis de criação das agências buscaram criar condições para sua autonomia financeira, prevendo em cada caso fontes de recursos independentes da dotação orçamentária da União. No entanto, o que poderia ser visto como sinal de maior independência das agências em relação ao Executivo encontra-se sujeito a ter seus efeitos limitados. Isso porque os recursos advindos de suas fontes próprias também são contabilizados como parte do orçamento geral da União, e, como tal, podem se tornar objeto de controle, e potencial contingenciamento pelo Ministério do Planejamento.

3.2 Poder Legislativo

A criação das agências já mostra claramente a influência do Poder Legislativo na concepção e atuação desses órgãos reguladores, afinal, foi pelas Emendas Constitucionais n. 8 e 9, ambas de 1995, que se modificaram vários dispositivos da CF/1988, determinando a criação de órgãos reguladores específicos para os setores de telecomunicações e de energia, para prevenir que as políticas governamentais viessem a fracassar. Essas emendas abriram as portas ao capital privado e determinaram a criação, por meio de lei, de um órgão público regulador da atividade privada.

Dessa maneira, tais emendas foram o primeiro evento no caminho da instituição legal de agências reguladoras da atividade econômica e, por assim dizer, o primeiro controle exercido pelo Poder Legislativo. Para Celso Antônio Bandeira de Mello (1996, p. 48), “[...] o verdadeiro problema com as Agências Reguladoras é o de se saber o que e até onde devem regular algo, sem estar, com isso, invadindo competência legislativa”.

O Poder Legislativo determinou, pela Constituição Federal, seu modo de controlar a atuação das agências com receio de que em alguns momentos essas agências exorbitassem sua função legislativa. Como fazem parte da Administração Pública indireta, estão sujeitas ao art.

49 da CF/1988, que dispõe: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] X – fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta” (BRASIL, 1988).

O fundamento do artigo citado mostra que o controle legislativo é instrumento constitucional de preservação da segurança sociojurídica da atuação das agências reguladoras federais. Marçal Justen Filho (2002, p. 588) explica que:

O controle parlamentar pode versar, de modo ilimitado, sobre toda a atividade desempenhada pela agência, inclusive no tocante àquela prevista para realizar-se em épocas futuras ressalvadas a necessidade de sigilo em face das características da matéria regulada. Poderá questionar-se não apenas a gestão interna da agência, mas também se exigir a justificativa para as decisões de cunho regulatório. Caberá fiscalizar inclusive o processo administrativo que antecedeu a decisão regulatória produzida pela agência, com ampla exigência de informações sobre as justificativas técnico-científicas das opções adotadas.

Outras formas de controle das agências por parte do Poder Legislativo podem, também, ser extraídas da própria CF/1988, como o previsto no art. 49, inc. V, que trata do veto legislativo, podendo em alguns casos até mesmo sustar os atos normativos da Administração que exorbitem o poder regulamentar. Pois a atribuição se restringe, originalmente, apenas à regulamentação das leis emanadas do Legislativo, não podendo assim criar direitos ou obrigações para o cidadão, mas tão somente definir as formas e parâmetros para o exercício do direito e o cumprimento das obrigações estabelecidas por lei. Outro ato de direito do Legislativo que pode ser entendido como controle se encontra no art. 50, que dispõe poder o referido Poder requerer informações com a convocação presencial dos dirigentes das agências, importando em crime de responsabilidade sua ausência sem justificativa adequada.

Importante lembrar que, quando se trata de controle legislativo sobre a atividade regulatória das agências, não significa submetê-las à atuação conforme as ordens do Poder Legislativo, mas sim que suas condutas sejam pautadas segundo a legislação que as constituiu, garantindo a independência das mesmas e assegurando o cumprimento das atribuições e metas definidas em lei.

Há ainda outros importantes meios de controle, como o da prestação de contas, pelo qual o Legislativo exerce o controle financeiro das agências, por meio do Tribunal de Contas; e também o da exigência de sabatina quanto à escolha do dirigente da entidade autárquica especial feita pelo chefe do Poder Executivo. Pertence, ainda, ao Poder Legislativo a competência de ditar as políticas setoriais, que devem ser observadas pelas entidades reguladoras em sua atuação.

Deve-se observar que os atos regulatórios das agências reguladoras são de natureza infralegal, funcionando a lei como mais um limite da atuação regulatória dessas entidades, tendo em vista que nova legislação sobre o tema regulado pode modificar, diminuir, ou ampliar o espaço de liberdade regulamentar conferido às agências reguladoras, ou ainda dar maior clareza, ou interpretação corretiva.

Com relação ao tema controle do Poder Legislativo sobre as agências reguladoras, Adilson Abreu Dallari (2002) afirma que a composição heterogênea do Legislativo e, especialmente, a presença das minorias asseguram o caráter democrático do controle parlamentar e evitam a captura das agências reguladoras pelos setores por elas controlados. O autor sugere, justificadamente, por ser necessária e conveniente, a criação de Comissão Permanente no Legislativo para controle das agências reguladoras.

A sugestão de Dallari é oportuna, porém as comissões parlamentares não podem ser permanentes, para não sofrerem a influência dos agentes privados da economia e também para respeitarem a democracia. Todavia a atuação dessas comissões pode ser excessivamente demorada. Além disso, precisa ser melhor explicitado como funcionarão essas comissões, a fim de que se evite que sua intromissão, inclusive por motivos estritamente políticos, suspenda as atividades das agências.

3.2.1 Tribunal de Contas

O Tribunal de Contas da União, segundo o art. 71 da CF/1988, é órgão auxiliar do Congresso Nacional no controle externo da Administração Pública, e no que tange a sua relação com as agências reguladoras pode-se citar como suas atribuições principais:

- julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;
- apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na Administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

- realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II do art. 71;
- aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade.

Porém, antes de analisar o artigo que trata especificamente dos Tribunais de Contas, é importante salientar que, já no art. 70 da CF/1988, as agências reguladoras são citadas como entes que devem ser submetidas ao controle externo: “[...] prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária” (BRASIL, 1988). Esse controle consiste em uma fiscalização de ordem contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Assim, tradicionalmente, seguindo os preceitos constitucionais, o Tribunal de Contas realiza sistematicamente auditorias de regularidade, conformidade ou ciclos anuais de fiscalização, zelando pela legalidade no emprego do dinheiro público.

No entanto, atualmente, quando se fala em controle, tem-se, de acordo com os preceitos da nova gestão pública, uma adaptação por parte do Tribunal de Contas da União, que ampliou seu escopo de atuação além das tradicionais auditorias de regularidade, passando a fazer avaliações de resultados ou de desempenho, inclusive dos mercados então privatizados. Esse novo modelo de avaliar o controle foca na busca de resultados ou, mais precisamente, na busca de responsabilização dos administradores públicos tendo por base seu desempenho.

Assim, o Tribunal passou a fazer uso intenso das auditorias de desempenho, que podem, entre outros aspectos, avaliar a qualidade de serviço prestado pelas agências, sendo que o sucesso na verificação desse critério pode ser mensurado pelo grau de atendimento às expectativas dos usuários ou da sociedade. Nessas auditorias, também podem ser utilizados outros critérios, como o atendimento de metas propostas para serem alcançados pelas agências.

A agência reguladora deve ser avaliada quanto aos aspectos institucionais, de gestão e de exercício de sua atividade, e, quando constatada a existência de ato ilegal, irregular ou antieconômico, o tribunal deve fazer determinações emitindo, ainda, recomendações em

situações em que haja possibilidade de contribuir para o aperfeiçoamento do processo regulatório.

Nos processos de outorga do serviço público, que passou a ser competência das agências, os tribunais atuam de forma concomitante e preventiva, com foco na legalidade e regularidade do processo, bem como na análise da exatidão e consistência dos estudos econômico-financeiros e ambientais, do fluxo de caixa do projeto e do edital. Durante a execução contratual, o seu acompanhamento se baseia na análise dos valores das tarifas a serem praticadas, assim como na qualidade e a cobertura dos serviços prestados.

Na visão de Marcelo Barros Gomes (2003, p. 1 *apud* GOMES, 2006):

[...] o controle externo das privatizações e da regulação exercido pelo Tribunal de Contas da União [...] não se restringe à análise de conformidade e legalidade de procedimentos e atos administrativos, mas precipuamente a trabalhos de auditoria, análise, avaliação e revisão de práticas e procedimentos administrativos finalísticos de órgãos governamentais do poder executivo, notadamente entes reguladores e, quando cabível, de seus regulados com base no arcabouço jurídico e dos princípios do regime regulatório brasileiro, bem como de boas práticas de gestão regulatória, visando garantir que os processos de regulação e de privatização atinjam seus objetivos de forma econômica, eficiente e efetiva, em benefício da sociedade brasileira.

Portanto, o Tribunal de Contas pode fiscalizar a atuação das agências reguladoras, a fim de avaliar, por intermédio das auditorias, suas ações quanto a aspectos de economicidade, efetividade, eficiência e eficácia, e promover deliberações que visem aprimorar os procedimentos das agências, verificando o desempenho desses entes frente a suas competências legais e regimentais.

Ao avaliar o que se chama de economicidade, é preciso observar que a definição sofre variações entre os diversos doutrinadores do Direito Administrativo brasileiro. No entanto, a fim de não gerar controvérsia, pode-se considerar como definição mais ampla aquela que abrange uma visão de desempenho dos órgãos públicos, analisando o custo e o benefício das atividades realizadas e os resultados obtidos, abordando principalmente os aspectos de eficiência e eficácia, e assim a busca da obtenção dos melhores resultados a partir dos recursos disponíveis.

Assim, essas auditorias de desempenho são abrangentes e envolvem as seguintes dimensões, no âmbito das agências reguladoras, conforme Marcelo Barros Gomes (2003, p. 13 *apud* GOMES, 2006):

- economia regulatória – relacionada aos resultados obtidos com a privatização, licitação ou concessão dos serviços públicos, visando tanto maximizar os valores angariados pelo Estado quanto minimizar os custos a serem arcados pelos usuários;

- eficiência regulatória – representando a relação entre os custos e os produtos ou resultados da regulação, como os custos e resultados das fiscalizações ou mesmo a sinergia entre esferas governamentais de fiscalização;
- efetividade regulatória – grau com que os objetivos da regulação são alcançados e a relação entre os resultados desejados e os resultados reais da gestão regulatória;
- boa prática de gestão regulatória – avaliação dos sistemas de contabilização, planejamento, relação com os clientes, gestão de recursos humanos;
- boa governança regulatória – avaliação das relações da agência com outras instituições, apurando a sinergia ou o grau de coordenação obtido quanto à política regulatória;
- qualidade de serviço avaliado segundo a satisfação do usuário, tanto em relação às agências quanto às concessionárias;
- atendimento de metas – extensão na qual a agência ou o concessionário atingiu as metas.

As auditorias feitas pelos técnicos do Tribunal de Contas passam por avaliações colegiadas dentro do próprio tribunal e, caso seja realmente constatada a irregularidade, a CF/1988 concede ao TCU o poder de aplicar várias sanções, tais como: multas; condenações para ressarcimento do prejuízo aos cofres públicos; decretação, por prazo não superior a um ano, da indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração; inabilitação, por período de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública federal; declaração de inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na administração pública federal. Algumas delas estão na própria Constituição, outras na Lei n. 8.443/92, que trata sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

Ainda tratando de penalidades cabíveis, conforme prevê o art. 16, § 3º, da Lei n. 8.443, de 1992 (BRASIL, 1992), ao constatar haver dano ao erário que decorra de ato de gestão, o Tribunal de Contas deverá remeter cópia de toda documentação ao Ministério Público da União para ajuizamento das ações cíveis e penais cabíveis.

No intuito de tornar mais clara a forma como se dá o controle por parte do Tribunal de Contas da União e também como ilustração no sentido de apresentar alguns resultados das auditorias realizadas pelo TCU no mercado regulado, a seguir, citam-se e comentam-se brevemente alguns exemplos retirados dos relatórios trimestrais de atividades do Tribunal de Contas da União.

Para tornar mais abrangente a percepção da importância dessas auditorias no que diz respeito à regulação, foram destacadas avaliações em segmentos onde ocorre forte atuação das agências reguladoras, tais como energia, transportes e telecomunicações.

Na auditoria realizada pelo Tribunal em 2003, posteriormente apreciada no Acórdão n. 344/2003 – Plenário, constatou-se a inadequação dos critérios de identificação dos consumidores de baixa renda, baseados no baixo consumo domiciliar de energia elétrica. Por meio de técnicas estatísticas, o TCU demonstrou a baixa correlação entre as variáveis “renda per capita” e “consumo domiciliar de energia” (BRASIL, 2005b *apud* GOMES, 2006).

Ainda tratando do tema energia, tem-se outro exemplo baseado no Relatório de Atividades do 1º trimestre de 2005, no qual o Tribunal questiona perante auditoria na ANEEL o enquadramento dado pela referida agência aos consumidores da chamada “subclasse residencial baixa renda”, que, por lei, estariam isentos do pagamento dos encargos de contratação da capacidade emergencial, da aquisição de energia emergencial e da recomposição tarifária emergencial (BRASIL, 2005 *apud* GOMES, 2006).

Outro exemplo de atuação do Tribunal, desta vez na área de transportes, é apontado no Relatório de Atividades do 3º trimestre de 2004 (BRASIL, 2004b *apud* GOMES, 2006), no qual, em auditoria realizada com o objetivo de verificar a adequação dos valores de pedágio na rodovia Rio-Teresópolis, o TCU, na auditoria n. 006.931/2002-0, no Acórdão n. 988/2204, detectou impropriedades nas revisões, alterações e adequações tarifárias. Caso fosse feito todo o fluxo de caixa da concessão e corrigidas as impropriedades verificadas, as tarifas apuradas pela auditoria apresentariam decréscimo de 4,7% e 6,7%, para as praças principais e auxiliares de pedágio, respectivamente, em relação aos preços em vigor a partir de 20 de novembro de 2001. Assim, foi determinada à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que adotasse as medidas necessárias para que a Concessionária Rio-Teresópolis S.A. – CRT corrigisse as impropriedades no fluxo de caixa relativo às revisões e providenciasse a reversão ao referido fluxo, da receita de pedágio recebida indevidamente (BRASIL, 2004b *apud* GOMES, 2006).

Finalmente, um último exemplo refere-se a telecomunicações. Conforme Relatório de Atividades do 4º trimestre de 2004 (BRASIL, 2005a *apud* GOMES, 2006), o TCU procurou analisar se as reformas regulatórias e a privatização do setor de telecomunicações efetivamente contribuíram para a ampliação e democratização do acesso aos serviços de telefonia, assim como avaliou o desempenho da agência no cumprimento das metas de universalização de acesso ao sistema fixo de telefonia comutado (STFC).

As conclusões do TCU foram que as reformas no setor de telecomunicações foram positivas, apesar de parcela considerável da população brasileira ainda não possuir telefone particular (39,8%, conforme dados do IBGE). Diante disso, o Tribunal determinou à ANATEL, no Acórdão n. 1.778/2004, na auditoria n. 012.581/2003-3, a apresentação de um plano de

reformulação dos processos de fiscalização das obrigações de universalização, explicitando as soluções e o cronograma de implementação de ações para corrigir as falhas destacadas na auditoria (BRASIL, 2005a *apud* GOMES, 2006).

A relação entre o Tribunal de Contas da União e as agências reguladoras sempre foi muito próxima, em alguns momentos pode-se argumentar que até mais próxima do que deveria, haja vista a interferência excessiva do Tribunal em algumas decisões das agências.

Quanto a essa interferência, existe dúvida em relação ao grau de especialização dos técnicos do Tribunal de Contas; questiona-se o grau de conhecimento ao se constituir equipes altamente especializadas e capacitadas para auditar as agências e o mercado nas dimensões previstas no amplo escopo das auditorias de desempenho. Um dos argumentos em prol do modelo de agências reguladoras é justamente o seu foco inequívoco, o que permite profunda especialização nos assuntos do mercado a ser regulado, diferenciando-se das burocracias mais generalistas, presentes nos Ministérios.

A menos que o Tribunal crie equipes destinadas somente a um específico setor regulado, seu grau de especialização será sempre menor que o das agências. Além disso, diante da constituição de equipes com auditores cada vez mais especialistas, há que se questionar se tal fato poderá representar sobreposição institucional nas competências estabelecidas para as agências, sem contar com várias consequências subsequentes do ponto de vista organizacional, além de desperdício de recursos públicos, duplo comando, imprevisibilidade da regulação, entre outras.

As novas atribuições de auditoria de desempenho do Tribunal de Contas, embora essenciais para a evolução do sistema de controle, em alguns pontos podem conflitar com o modelo de regulação baseado em agências reguladoras independentes. É necessário, portanto, avaliar um ou outro modelo, ou ambos, de tal forma que não haja essa sobreposição de funções, bem como para que se aumente a potencialidade das agências e do Tribunal e que se crie um ambiente de fato propício à atração de cada vez mais investimentos privados no Brasil, alavancando a economia e criando mais empregos e poder de renda para os cidadãos.

3.2.2 Retrato dos conflitos institucionais no âmbito da agência produzidos pelo controle externo

Destacou-se este tópico para abordar um tema recorrente no cotidiano dos servidores das agências reguladoras: a complexa e às vezes indefinida distribuição de competências do

Tribunal de Contas da União e das agências. As dúvidas ocorrem com mais frequência com relação à existência ou não de conflitos entre as chamadas iniciativas de auditoria de desempenho do TCU e o modelo institucional de regulação feito pelas agências.

Como início de análise do tema, é necessário apontar a dúvida quanto à sustentação legal das chamadas auditorias de desempenho do TCU. Conforme consta em seus documentos, a ampliação da abrangência do TCU é sustentada pelo o inc. IV do art. 71, particularmente na dimensão “operacional” da fiscalização prescrita pela Constituição de 1988. A partir de tal interpretação e com fundamento em sua Lei Orgânica (Lei n. 8.443/92), o TCU emitiu a Instrução Normativa TCU n. 27, de 7 de dezembro de 1998, que prescreve os procedimentos de auditoria (TCU, 1998).

Conforme informado por Marcelo Barros Gomes (2003, p. 9 *apud* GOMES, 2006), tendo em vista as alterações institucionais decorrentes dos processos de privatização, o TCU, por meio de normativos internos, editou regulamentos que dispõem sobre a fiscalização dos processos de desestatização, concessão, permissão e autorização de serviços públicos. Essas normas preveem o acompanhamento desses mecanismos de flexibilização do Estado tanto na fase do acompanhamento da outorga, emitindo parecer sobre a legalidade e economicidade desses processos, quanto na fase do acompanhamento da execução contratual, ou seja, nos processos regulatórios decorrentes da flexibilização.

O cerne da questão está no termo “operacional” citado na Constituição, que, interpretado associando-se a resultados ou desempenho, é um tanto controverso. Afinal “operacional” se relaciona a procedimentos, a operações e a meios; não diretamente a fins. Reforça essa hipótese o fato de que, no contexto da Constituição de 1988, os preceitos da nova gestão pública não estavam sequer esboçados no Brasil. Pelo contrário, o ambiente presente então na Constituinte era de completar a “revolução burocrática”. Por essa análise histórica, não é possível afirmar que haveria conflito de instituições, pelo menos do ponto de vista formal. Mas é possível sugerir que haja extrapolação e, diga-se, certa indefinição do alcance das atribuições do Tribunal de Contas.

3.3 Poder Judiciário

Assim como todos os atos emanados da Administração Pública, os praticados pelas agências reguladoras, também, não estão isentos de controle por parte do Poder Judiciário, isso em razão do disposto no do art. 5º, inc. XXXV, da CF/1988, que dispõe que a lei não excluirá

da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Sobre tal constatação Hely Lopes Meirelles (1997, p. 610-612) explica que:

Controle judiciário ou judicial é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa. É um controle a posteriori, unicamente de legalidade, por restrito à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege. Mas é sobretudo um meio de preservação de direitos individuais, porque visa a impor a observância da lei em cada caso concreto, quando reclamada por seus beneficiários. Esses direitos podem ser públicos ou privados, não importa, mas sempre subjetivos e próprios de quem pede a correção judicial do ato administrativo, salvo ação popular, em que o autor defende o patrimônio da comunidade lesado pela administração.

Um importante ponto a esclarecer diz respeito à interferência do Poder Judiciário na atuação das agências reguladoras. Como dito no início deste trabalho, as agências reguladoras no Brasil seguiram o modelo adotado nos Estados Unidos. E naquele país foi observada a necessidade de se uniformizarem os procedimentos administrativos das agências, no intuito de aumentar a garantia dos administrados contra o risco de abuso por parte das agências, no sentido de que, na possível defesa dos interesses setoriais, esse abuso viesse a prejudicar os interesses coletivos.

Tal uniformização deveu-se, ainda, pela possibilidade de algumas de suas decisões conterem juízos políticos de valor e atenderem às pressões de interesses de grupos determinados. Desse modo, para resolver essas deficiências, foi necessário o aumento do controle judicial sobre as agências, por meio do exame da racionalidade e da razoabilidade de suas decisões, como explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 130):

Em decorrência dessa evolução, o Judiciário passou a examinar não apenas o procedimento, como também a razoabilidade das decisões diante dos fatos e a proporcionalidade da medida em relação aos fins contidos na lei. Para possibilitar esse controle jurisdicional, passou-se a entender como necessária a ampla motivação dos atos das agências, de maneira a assegurar a transparência, que não era exigida anteriormente, por respeito e confiança na especialização das agências.

A busca por modelo que tenha dado resultados eficientes em outros países não pode ser desprezada, visto que as agências nacionais nasceram exatamente de uma formatação internacional, porém é claro que se deve levar em consideração as diferenças e as peculiaridades entre o sistema jurídico norte-americano e o brasileiro.

Como mencionado no parágrafo anterior, na maioria das vezes, quando se refere a decisões abusivas por parte das agências reguladoras, ou mesmo a influências sofridas pelas agências em sua atuação, lembra-se da chamada teoria da “captura”. Teoria essa que trata dos riscos inerentes relativos a uma proximidade entre regulador e regulado, em que os interesses dos agentes econômicos poderiam ser atendidos pelas instituições do Estado, que, na verdade,

deveriam controlar e fiscalizar a atuação do setor privado. Segundo o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 467):

[...] a relação jurídica entre a agência reguladora e as entidades privadas sob seu controle tem gerado estudos e decisões quanto à necessidade de afastar indevidas influências destas últimas sobre a atuação da primeira, de modo a beneficiar-se as empresas em desfavor dos usuários do serviço. É o que a moderna doutrina denomina de teoria da captura ("capture theory", na doutrina americana), pela qual se busca impedir uma vinculação promíscua entre a agência, de um lado, e o governo instituidor ou os entes regulados, de outro, com flagrante comprometimento da independência da pessoa controladora. Em controvérsia apreciada pelo Judiciário, já se decidiu no sentido de obstar a nomeação, para vagas do Conselho Consultivo de agência reguladora, destinadas à representação de entidades voltadas para os usuários, de determinadas pessoas que haviam ocupado cargos em empresas concessionárias, tendo-se inspirado a decisão na evidente suspeição que o desempenho de tais agentes poderia ocasionar. Tal decisão, aliás, reflete inegável avanço no que tange ao controle judicial sobre os atos discricionários, que, embora formalmente legítimos, se encontram contaminados por eventual ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Em outras palavras, a teoria da “captura” trata do risco que uma instituição regulatória corre de sofrer influências externas não transparentes, como do setor privado, ou mesmo do próprio governo, e ser direcionada a tomar medidas que não vão de encontro à chamada regulação justa. Com isso, a atuação da entidade deixa de ser pautada pelos princípios de neutralidade, imparcialidade e racionalidade, voltando-se para os interesses de particulares em vez de buscar o bem-estar econômico e social.

Finalizando o tema captura nas agências reguladoras, é importante destacar, também, a abordagem de Marçal Justen Filho (2002, p. 369-370):

A doutrina cunhou a expressão ‘captura’ para indicar a situação em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresariais regulados. A captura configura quando a agência perde a condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoísticos de um, alguns ou todos os segmentos empresariais regulados. A captura da agência se configura, então, como mais uma faceta do fenômeno de distorção de finalidades dos setores burocráticos estatais.

É de notório conhecimento que os agentes privados possuem grande capacidade de influenciar nas decisões tomadas pelas entidades estatais, portanto o risco de “captura” não se restringe somente às agências reguladoras, mas se aplica a todas as instituições que lidam com os diversos interesses presentes em uma sociedade. No entanto, pelo fato de a agência ser entidade especializada em um setor, torna-se um alvo mais sujeito à “captura”, em razão do constante contato com os agentes privados.

Para alcançar uma evolução do sistema como um todo, é necessária a busca constante da transparência nas decisões da Administração, sendo uma das formas justamente o controle dos atos a serem praticados. Somente essa constância de transparência permitirá que todas as

decisões das agências reguladoras sejam de ordem técnica; assim o controle judicial será realizado tão somente quanto ao aspecto da legalidade.

Contudo não são raros os casos em que o Judiciário poderá avaliar o mérito desses atos; aplicando-se, aqui, de forma geral, a doutrina acerca do controle judicial dos atos administrativos, mesmo discricionários. Segundo explica João Aurino de Melo Filho (2009, p. 3):

Quando provocado, o Judiciário poderá analisar não só os requisitos vinculados dos atos de regulação, já que realizará uma análise mais profunda, adentrando no próprio mérito do ato, não para que o juiz imponha suas convicções sobre a conveniência e oportunidade do ato, mas para analisar a subsunção do ato às normas superiores e aos princípios administrativos. O Judiciário, se provocado, poderá fiscalizar, inclusive, o processo que antecede a emanação de um ato de regulação, exigindo informações sobre as opções adotadas e suas correlatas justificativas técnico-científicas. O Judiciário poderá analisar se o órgão regulador adotou todas as providências necessárias para um profícuo e satisfatório desempenho da sua competência discricionária. E um ato de regulação que ignore ou desrespeite as cautelas necessárias, impostas pelo conhecimento técnico ou científico, pode ser analisado e, se for o caso, invalidado pelo Poder Judiciário.

É esse controle amplo do Judiciário, pelo menos potencial, que concederá legitimidade à atividade normativa das agências, que não poderão editar atos arbitrários ou desarrazoados, já que estão sujeitas ao controle jurisdicional. Há, então, uma discricionariedade vigiada.

José Afonso da Silva nomeia esse fenômeno de “judiciarismo”, significando a intromissão do Judiciário nas funções típicas do Executivo, indo além dos limites da verificação da razoabilidade, para adquirir caráter político, entravar as atividades governamentais, numa situação que mais revela o arbítrio do que o exercício da atividade jurisdicional. Complementa o autor:

E na medida em que o Judiciário se envolve no mérito, oportunidade e conveniência da ação governamental, mais ele se envolve na política, se não descambar para a unilateralidade ideológica. E nesse rumo, logo estará também envolto em questões de moralidade e no descrédito. (SILVA *in* ROCHA, 1995, p. 147)

Por isso o Poder Judiciário não deve extrapolar nem ser omissos quanto a sua atuação, qual seja, a de fazer justiça. Para Luís Roberto Barroso, frente aos princípios da razoabilidade, moralidade e eficiência, o mérito do ato administrativo torna-se passível de avaliação pelo Poder Judiciário, e explica:

A doutrina convencional em tela de controle dos atos administrativos, aí incluídos os das agências reguladoras, não perdeu a validade, mas sofre exceções importantes. Sem embargo, no tocante às decisões das agências reguladoras, a posição do Judiciário deve ser de relativa autocontenção, somente devendo invalidá-las quando não possam resistir aos testes constitucionalmente qualificados, como os da razoabilidade ou moralidade, ou outros, como os da isonomia e mesmo o da dignidade da pessoa humana. Notadamente no que diz respeito a decisões informadas por critérios técnicos, deverá agir com parcimônia, sob pena de se cair no domínio da incerteza e do subjetivismo. (BARROSO, 2002, p. 306)

Ainda no aspecto do controle judicial, observando a norma do inc. XXXV do art. 5º da CF/1988, alguns autores, entre eles o próprio Barroso, aceitam a ideia de que o controle judicial do ato administrativo se daria somente em relação a seus aspectos de legalidade, não havendo possibilidade de análise do mérito dessa decisão administrativa. E que mesmo atualmente, com o advento dos elementos gerados no âmbito do pós-positivismo e da utilização dos princípios como balizadores de normatividade, não se pode afirmar que o mérito administrativo seja passível de exame. Ainda sobre o tema e seguindo o raciocínio, Luís Roberto Barroso adverte que:

[...] a doutrina convencional em tema de controle dos atos administrativos, aí incluídos os das agências reguladoras, não perdeu a validade, mas sofre exceções importantes" previsão de recurso hierárquico impróprio, contra suas decisões, dirigido à Administração direta, e assim, as agências reguladoras funcionam como última instância administrativa para julgamento dos recursos contra seus atos, "sendo em princípio inadmissível que as decisões tomadas pelas agências possam ser revistas ou modificadas por algum agente político (Ministro ou Secretário de Estado). (BARROSO, 2002, p. 305)

Ainda com relação à análise do mérito das decisões administrativas, até 2007, os tribunais superiores pouco opinavam sobre o tema de controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários praticados pela Administração Pública, pois entendiam que tais atos, formados pelo juízo de conveniência e oportunidade do poder público, eram insuscetíveis de fiscalização pelo Poder Judiciário. E tal posição era acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme se extrai dos seguintes julgados:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR. ATO DE REDISTRIBUIÇÃO. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.

I - O ato de redistribuição de servidor público é instrumento de política de pessoal da Administração, que deve ser realizada no estrito interesse do serviço, levando em conta a conveniência e oportunidade da transferência do servidor para as novas atividades.

II - O controle judicial dos atos administrativos discricionários deve-se limitar ao exame de sua legalidade, eximindo-se o Judiciário de adentrar na análise de mérito do ato impugnado. Precedentes. Segurança denegada. (STJ, 2007, p. 244)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCESSÃO DE HORÁRIO ESPECIAL. ATO DISCRICIONÁRIO. ILEGALIDADE OU ABUSO. INEXISTÊNCIA. - Foge ao limite do controle jurisdicional o juízo de valoração sobre a oportunidade e conveniência do ato administrativo, porque ao Judiciário cabe unicamente analisar a legalidade do ato, sendo-lhe vedado substituir o Administrador Público - Recurso ordinário desprovido. (STJ, 2003a, p. 272)

No entanto, paulatinamente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça passou a admitir o controle judicial da atividade não vinculada da Administração Pública:

[...] 2. Hoje em dia, parte da doutrina e da jurisprudência já admite que o Poder Judiciário possa controlar o mérito do ato administrativo (conveniência e

oportunidade) sempre que, no uso da discricionariedade admitida legalmente, a Administração Pública agir contrariamente ao princípio da razoabilidade. Lições doutrinárias.

3. Isso se dá porque, ao extrapolar os limites da razoabilidade, a Administração acaba violando a própria legalidade, que, por sua vez, deve pautar a atuação do Poder Público, segundo ditames constitucionais (notadamente do art. 37, caput) [...]. (STJ, 2008)

[...] 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.

[...] 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade [...]. (STJ, 2003b, p. 277)

Em relação ao último julgado citado, vale a pena transcrever um trecho do voto da relatora do caso, Excelentíssima Senhora Ministra Eliana Calmon:

No passado, estava o Judiciário atrelado ao princípio da legalidade, expressão maior do Estado de direito, entendendo-se como tal a submissão de todos os poderes à lei. A visão exacerbada e literal do princípio transformou o Legislativo em um super poder, com supremacia absoluta, fazendo-o bom parceiro do Executivo, que dele merecia conteúdo normativo abrangente e vazio de comando, deixando-se por conta da Administração o *facere* ou *non facere*, ao que se chamou de mérito administrativo, longe do alcance do Judiciário. A partir da última década do Século XX, o Brasil, com grande atraso, promoveu a sua revisão crítica do Direito, que consistiu em retirar do Legislador a supremacia de super poder, ao dar nova interpretação ao princípio da legalidade. Em verdade, é inconcebível que se submeta a Administração, de forma absoluta e total, à lei. Muitas vezes, o vínculo de legalidade significa só a atribuição de competência, deixando zonas de ampla liberdade ao administrador, com o cuidado de não fomentar o arbítrio. Para tanto, deu-se ao Poder Judiciário maior atribuição para imiscuir-se no âmago do ato administrativo, a fim de, mesmo nesse íntimo campo, exercer o juízo de legalidade, coibindo abusos ou vulneração aos princípios constitucionais, na dimensão globalizada do orçamento. A tendência, portanto, é a de manter fiscalizado o espaço livre de entendimento da Administração, espaço este gerado pela discricionariedade, chamado de "Cavalo de Tróia" pelo alemão Huber, transcrito em "Direito Administrativo em Evolução", de Odete Medauar. Dentro desse novo paradigma, não se pode simplesmente dizer que, em matéria de conveniência e oportunidade, não pode o Judiciário examiná-las. Aos poucos, o caráter de liberdade total do administrador vai se apagando da cultura brasileira e, no lugar, coloca-se na análise da motivação do ato administrativo a área de controle. E, diga-se, porque pertinente, não apenas o controle em sua acepção mais ampla, mas também o político e a opinião pública. (STJ, 2003b, p. 277)

O Supremo Tribunal Federal, também, passou a se pronunciar de forma favorável ao controle dos atos administrativos discricionários, diante da aplicação do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, da CF/1988, consoante se extrai dos seguintes julgados:

AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ATO ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 279 DO STF.

1. É legítima a verificação, pelo Poder Judiciário, de regularidade do ato discricionário quanto às suas causas, motivos e finalidade.
2. A hipótese dos autos impõe o reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula n. 279 do STF. Agravos regimentais aos quais se nega provimento. (STF, 2008)

[...] 2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração [...]. (STF, 2004, p. 56)

Em relação ao último julgado citado, vale a pena transcrever um trecho do voto do relator do caso, Excelentíssimo Senhor Ministro Eros Grau:

[...] 3. Cumpre deitarmos atenção, neste passo, sobre o tema dos limites de atuação do Judiciário nos casos que envolvem o exercício do poder disciplinar por parte da Administração. Impõe-se para tanto apartarmos a pura discricionariedade, em cuja seara não caberia ao Judiciário interferir, e o domínio da legalidade.

4. A doutrina moderna tem convergido no entendimento de que é necessária e salutar a ampliação da área de atuação do Judiciário, tanto para coibir arbitrariedades --- em regra praticadas sob o escudo da assim chamada discricionariedade ---, quanto para conferir-se plena aplicação ao preceito constitucional segundo o qual 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito' (art. 5º, XXXV, CB/88).

5. O sistema que o direito é compreende princípios e regras. A vigente Constituição do Brasil consagrou, em seu art. 37, princípios que conformam a interpretação/aplicação das regras do sistema e, no campo das práticas encetadas pela Administração, garantem venha a ser efetivamente exercido pelo Poder Judiciário o seu controle.

6. De mais a mais, como tenho observado, a discricionariedade, bem ao contrário do que sustenta a doutrina mais antiga, não é consequência da utilização, nos textos normativos, de 'conceitos indeterminados'. Só há efetivamente discricionariedade quando expressamente atribuída, pela norma jurídica válida, à autoridade administrativa, essa margem de decisão à margem da lei. Em outros termos: a autoridade administrativa está autorizada a atuar discricionariamente apenas, única e exclusivamente, quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Insisto em que a discricionariedade resulta de expressa atribuição normativa à autoridade administrativa, e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultam, por obra da interpretação, as normas jurídicas. Comete erro quem confunde discricionariedade e interpretação do direito.

7. A Administração, ao praticar atos discricionários, formula juízos de oportunidade, escolhe entre indiferentes jurídicos. Aí há decisão à margem da lei, porque à lei é indiferente a escolha que o agente da Administração vier a fazer. Indiferentes à lei, estranhas à legalidade, não há porque o Poder Judiciário controlar essas decisões. Ao contrário, sempre que a Administração formule juízos de legalidade, interpreta/aplica o direito e, pois, seus atos não de ser objeto de controle judicial. Esse controle, por óbvio, há de ser empreendido à luz dos princípios, em especial, embora não exclusivamente, os afirmados pelo artigo 37 da Constituição [...]. (STF, 2004, p. 56)

Apesar de o Ministro Eros Grau ser partidário da tese de que os conceitos jurídicos indeterminados não integram a discricionariedade administrativa, verifica-se que é clara a sua

posição no sentido da possibilidade do controle judicial do mérito dos atos administrativos discricionários, quando ultrapassados seus limites, postos por sua finalidade.

Assim, a ampliação da atuação judicial na tentativa de corrigir e de tentar limitar o espaço da discricionariedade deixado ao administrador é um ponto de grande polêmica.⁵ Afinal essa invasão do Judiciário na esfera de competência executiva, acaba produzindo reflexos ainda mais impactantes quando se trata de ato regulatório de agências reguladoras.

Esses atos regulatórios são, em regra, decisões de caráter estritamente técnico, tomadas após procedimentos complexos, envolvendo a participação dos diretamente interessados, após a realização e análise de laudos técnicos, visando não só a uma política setorial específica, mas tendo em vista o ambiente econômico, político e social existente no momento. Considerando sempre a análise das repercussões futuras de suas decisões, tais fatores são ignorados e desconsiderados pelo Judiciário, que não possui uma estrutura capaz de levar em conta todas essas circunstâncias.

Assim, nesse prisma, a intenção é justamente evitar que o Judiciário substitua a Administração Pública quando couber a esta tomar determinadas decisões baseadas em critérios de conveniência e oportunidade. Tampouco deve o magistrado deixar de se manifestar, quando haja necessidade de anular ato manifestamente ilegal, alegando, por exemplo, ser caso de discricionariedade administrativa.

Nessa linha de pensamento segue o entendimento de Germana de Oliveira Moraes (2004, p. 161-162):

Ao proceder à revisão do processo de tomada de decisão do ato discricionário e de definição de seu conteúdo, poderá o juiz concluir que o ato administrativo acatou os princípios gerais do Direito e não causou qualquer lesão ou ameaça de lesão a direitos protegidos pela Constituição. Neste momento, é dever do magistrado abster-se de continuar a questionar a validade do conteúdo do ato administrativo.

Se concluir, de modo contrário, que o ato administrativo malferiu os princípios jurídicos, poderá exercer um controle meramente negativo, restringindo-se a

⁵ No entendimento de Germana de Oliveira Moraes (2004, p. 160-161): “Atualmente, à luz da moderna compreensão do direito, todo e qualquer ato administrativo, inclusive o discricionário e o resultante da valoração de conceitos indeterminados, é suscetível de revisão judicial, muito embora nem sempre plena, por meio da qual o Poder Judiciário examinará a compatibilidade de seu conteúdo com os princípios Gerais do Direito, para além da verificação dos aspectos vinculados do ato. [...] a limitação desse controle jurisdicional das decisões exercidas no terreno da atividade administrativa não vinculada, condicionada pelos métodos ditados pelos princípios e pelo tipo de conceitos indeterminado, projeta-se sobre as suas consequências as quais se restringem, na grande maioria das vezes, apenas a invalidar o ato impugnado, sem determinar sua substituição por outro. A possibilidade de substituição do teor da decisão administrativa pelo Poder Judiciário encontra forte reação doutrinária por causa do receio de transformação da função jurisdicional em atividades substitutiva da administração, com desacato ao princípio da autonomia das funções e o correlato comprometimento da independência da função administrativa. Pode-se contra-argumentar que a legitimidade do Poder Judiciário, no direito Brasileiro, deriva da Constituição, em que se fundamenta sua competência para exercer a fiscalização difusa da constitucionalidade dos atos normativos, a qual abrange, por via reflexa, a verificação da compatibilidade dos atos administrativos com as normas constitucionais, dentre as quais os princípios”.

determinar a invalidação do ato, cabendo à administração Pública renovar sua expedição, excluído, por óbvio, o conteúdo anterior, inclusive.

[...]

As consequências decorrentes do controle jurisdicional do conteúdo das decisões discricionárias e daquelas decorrentes da valoração de conceitos de prognose restringem-se, na maioria das vezes, apenas para invalidar o ato impugnado, sem determinar a substituição por outro. O Poder Judiciário, quando revê atos administrativos não vinculados, poderá, via de regra, determinar sua substituição por outro.

A extensão da interferência do Judiciário nas agências deve ser analisada através da correta identificação do que seja o espaço de discricionariedade administrativa, onde aquele não poderia interferir, sob pena de adentrar no mérito administrativo, desequilibrando, assim, o sistema de freios e contrapesos. Em um primeiro momento, pode-se pensar que se está diante de ideias aparentemente inconciliáveis: a inafastabilidade do controle judicial e o mérito administrativo. E é justamente por essa falta de definição, ou seja, pela formação desse espaço de incerteza, em que tais conceitos se convergem e se confundem, que se tem observado uma brecha pela qual o Poder Judiciário vem ampliando sua interferência nas decisões administrativas.

Junto com esta margem de discricionariedade, verificam-se também as leis com uma densidade semântica cada vez menor, através do uso frequente de conceitos jurídicos indeterminados. Se por um lado essa técnica legislativa permite que as leis possam ser aplicadas a um número maior de situações que antes ficavam desreguladas por escapar a sua tipicidade fechada, por outro facilita ao aplicador do direito imiscuir-se na atuação administrativa, sob a alegação de se tratar de matéria prescrita em lei, por isso se estaria atuando em defesa da legalidade. Por fim, e não menos crescente nos dias de hoje, está o desenvolvimento da teoria dos princípios, que confere instrumental amplo para a atuação do juiz em diversos temas.

Ao longo do tempo, as decisões administrativas têm se modificado, principalmente no que diz respeito à evolução do conceito tido como legalidade administrativa. Anteriormente, associava-se a existência de vinculação negativa à lei pelo administrador, ou seja, o entendimento era que o administrador somente atuaria quando a lei mandasse. Isso, é claro, conferia ao próprio administrador uma enorme liberdade de atuação nos grandes espaços deixados pela lei, já que o regramento legal integral dos atos administrativos sempre foi exceção, visto ser impossível à lei cobrir todas as lacunas deixadas por ela mesma para que o administrador atue discricionariamente.

Segundo o professor Érico Andrade, atualmente a Administração não se vincula somente à lei, mas sim a todo o aparato do sistema legal:

[...] as dicções atuais no sentido de que a administração não se vincula só à lei mas à "regra do direito", donde se apontar que o antigo princípio da legalidade se transmuda para o princípio da legitimidade ou da juridicidade: reconhece-se que toda a gama de atuação administrativa não pode ser contida na lei em sentido estreito, donde a impossibilidade de se controlar a legitimidade das múltiplas ações administrativas, simplesmente com base da lei. Deve-se, então, ampliar o sentido tradicional de "lei" para abarcar todo o direito.

A Administração se liberta, de certa forma, da concepção tradicional, teórica, fantasiosa e inviável da legalidade como parâmetro para todo e qualquer administrativo e passa a se submeter ao direito em geral. A legalidade passa a ser entendida, nesse aspecto, como legalidade-endereço: o endereço, ao qual se submete a Administração, não é só aquele de lei, em sentido estrito, mas um endereço mais amplo, do direito em geral. A nova ideia de juridicidade acaba por redefinir o Estado, partindo-se para o Estado Constitucional, em que o culto à constitucionalidade se sobrepõe ao da legalidade, pura e simples.

Não se pode fugir à conclusão que hoje vai se generalizando e começa, inclusive, a ganhar força no Brasil: o princípio da legalidade, na concepção tradicional, perde força, e na atualidade se transmuda para ideia de juridicidade, traduzindo a submissão da administração não só a lei, mas ao direito em geral, transmudando para o princípio da juridicidade ou da legitimidade.

Em síntese, o princípio da legalidade, atualmente, só pode ser visto com maior rigor e rigidez quando se tratar de exercício de atividade de autoridade por parte da administração, que limita a esfera jurídica dos privados, diante da imposição constitucional de reserva de lei. Porém, se se tratar de atividade não-imperativa da administração, incide, na sua inteireza, o princípio mais aberto e flexível da legalidade-endereço, em que a atividade administrativa é enquadrada não só na lei em sentido estrito, mas no direito em geral, nesse incluso, evidentemente, a princiologia explícita e implicitamente acolhida na Constituição. (ANDRADE, 2010, p. 258-261)

Posteriormente, surgiu, em sentido contrário, a noção de vinculação positiva do administrador à lei, segundo a qual este só poderia atuar tendo a lei como seu fundamento, uma vez que seus atos são sempre inferiores à lei, tendo esta como seu fundamento e limite. No entanto, atualmente, uma parte da doutrina entende que essa vinculação não está ligada apenas à lei formal, mas ao ordenamento jurídico como um todo, trata-se da “juridicidade administrativa”⁶ em vez da “legalidade administrativa”.

Ao tratar de controle judicial, há uma importante questão a ser abordada: a noção de discricionariedade. Não se deve ter preconceito sobre o tema discricionariedade, mas sim uma dose maior de atenção, pois, ao mesmo tempo que esta é, de certa forma, perigosa quando não

⁶ Alguns doutrinadores (tais como Juarez Freitas, Germana de Oliveira Morais e Cármen Lúcia Antunes Rocha) defendem a ideia que o princípio da juridicidade engloba o princípio da legalidade, já que este consiste na conformidade das leis, decretos e atos normativos inferiores, bem como todos os princípios que estão contidos no ordenamento jurídico; logo, o princípio da juridicidade seria uma junção do princípio da legalidade e do ordenamento jurídico como um todo. Segundo essa linha de pensamento, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da juridicidade encontra-se nos princípios que regem a Administração Pública, estando presente no *caput* do art. 37 de nossa Constituição Federal, que versa: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”. Pode-se observar que é dever da Administração Pública, por determinação da Lei Maior do Estado, respeitar os princípios mencionados e outros princípios que não estão presentes na lei, mas fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, o princípio da juridicidade administrativa entende que os atos da Administração pública não devem mais observar apenas as leis, mas sim o ordenamento jurídico como um todo, sempre buscando a satisfação do interesse público.

bem parametrizada, também é imprescindível para o agir da Administração Pública, por ser impossível à lei detalhar e precisar todas as hipóteses fáticas que ensejam o atuar do administrador.

Atualmente já está pacificada pela doutrina como sendo completamente equivocada a clássica distinção dos atos administrativos em discricionários e vinculados. Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (1996), o próprio ato administrativo, qualquer que seja, possui sempre elementos obrigatoriamente vinculados, afirmando que o que se pode considerar discricionária é a apreciação a ser feita pela autoridade quanto aos seus aspectos, e vinculada é sua situação em relação a tudo aquilo que se possa considerar já resoluto na lei e, pois, excludente de interferência de critérios da Administração. Portanto, a discricionariedade não implica necessariamente uma liberdade absoluta entregue pelo legislador ao administrador público para agir, nem mesmo basta à concepção que o administrador tenha observado o interesse público, uma vez que toda ação que este pratica, para ser legítima, tem que visar a esse fim.

A discricionariedade, nesse caso, seria uma técnica de integração jurídica do ato abstrato juntamente com o condicionamento na busca do interesse público. Nesse viés, apresenta-se mais como uma competência administrativa do que como um espaço de ampla liberdade para a Administração.

Assim, a ideia de discricionariedade mais como competência que como um poder específico da Administração facilita a absorção do entendimento de que ela pode ser controlada judicialmente quanto a seus limites. Nesse sentido, Sérgio Guerra (2011) conclui que a agência reguladora não goza de discricionariedade estritamente técnica na expedição de seus atos, e sim de uma discricionariedade administrativa pura.

E esse entendimento mantém-se, ainda que se cogite que a entidade reguladora autônoma somente desempenhe suas funções com arrimo em conhecimentos técnicos e não políticos para decidir o caso concreto. Isso porque, se a agência reguladora identificar vários meios igualmente racionais, razoáveis e proporcionais para a consecução do fim público; resta indisputável que deverá selecionar aquele que, no seu juízo, seja mais oportuno e conveniente para o subsistema regulado. Logicamente, essa decisão deverá ponderar a pluralidade dos interesses envolvidos e se enquadrar no limite de sua competência à luz das políticas públicas definidas para o setor regulado.

No Direito Administrativo brasileiro, existe clara limitação dos espaços discricionários da Administração Pública, da qual se exige que a decisão se pautem não apenas na finalidade legal, como também nos fins constitucionais, por força especialmente dos princípios que lhe

são impostos. Tal fenômeno, como bem leciona Luís Roberto Barroso, tem cedido, paralelamente a algumas exceções qualitativamente importantes, ao dogma de que não é possível exercer controle de mérito sobre os atos administrativos. Conclui o autor que “[...] à luz desses novos elementos, já não é mais possível afirmar de modo peremptório que o mérito do ato administrativo não é passível de exame” (BARROSO, 2002, p. 299).

Conforme essa perspectiva, ao mesmo tempo que a Constituição passa a ser o fundamento primeiro de validade à atuação administrativa, tem-se também no âmbito de conveniência e oportunidade administrativa a mesma Constituição sendo um novo limite inafastável, visto que a atuação da Administração deve sempre estar de acordo com os princípios e regras instituídos na Carta, sob pena de nulidade.

Fazendo a análise de tudo o que foi mencionado até agora, não se torna ilegítimo o controle judicial feito através dos princípios; muito pelo contrário, estes surgiram como nova forma de controle da discricionariedade administrativa, principalmente os positivados no *caput* do art. 37 da CF/1988. O que se preconiza é o uso racional desse novo instrumento, sem que, sob o argumento de limitar uma arbitrariedade administrativa, ocorra uma arbitrariedade judicial.

Conforme foi amplamente discutido ao longo deste trabalho, fica muito clara a certeza de que as agências reguladoras não podem editar normas que contrariem a lei, e que seus atos devem estar em conformidade não somente com a lei em sentido formal, mas também com todo o ordenamento jurídico.

Finalizando, as decisões administrativas devem ser caracterizadas sempre pela transparência, com a identificação dos motivos fáticos, técnicos e jurídicos do ato regulatório, demonstrando assim sua razoabilidade e proporcionalidade. Isso porque a fundamentação e a motivação do ato regulatório facilitam o controle, por parte do Judiciário, dos atos da Administração relativos aos seus limites legais, bem como na averiguação se esta agiu dentro de seu âmbito de competência. A busca constante pelo atendimento do interesse público deve ser sempre o balizador do objetivo maior do administrador público. O mesmo se diga da vinculação às políticas públicas. Somente se observados e respeitados esses limites, o controle judicial pode e deve ser exercido, até mesmo como forma de legitimar a atuação administrativa das agências reguladoras, garantindo que sua atuação ocorrerá dentro do espaço de sua competência e em obediência aos limites legais que lhes são impostos.

3.3.1 Poder Judiciário e discricionariedade

Ao analisar a interpretação dos atos normativos expedidos pelas agências reguladoras, o Poder Judiciário deve levar sempre em consideração a carga discricionária de tal normas. Como visto, o juiz nunca poderá substituir o órgão regulador quanto à definição das suas escolhas técnicas. Mais uma vez se percebe que uma interpretação criativa representaria uma grave invasão na discricionariedade atribuída pela lei às agências.⁷

A análise do parágrafo anterior remete à questão do controle do exercício da discricionariedade técnica feita pelo Poder Judiciário. Em se tratando da revisão judicial sobre a função decisória das agências, com ponderações aplicáveis ao controle jurisdicional das agências em geral, Luís Roberto Barroso (2003, p. 299) expõe que:

O conhecimento convencional no sentido de não ser possível exercer controle de mérito sobre os atos administrativos tem cedido passo a algumas exceções qualitativamente importantes, geradas no âmbito do pós-positivismo e da normatividade dos princípios. Nesta nova realidade, destacam-se princípios com reflexos importantes no direito administrativo, dentre os quais o da razoabilidade, da moralidade e da eficiência. À luz desses novos elementos, já não é mais possível afirmar, de modo peremptório, que o mérito do ato administrativo não é passível de exame. Isso porque verificar se alguma coisa é, por exemplo, razoável – ou seja, se há adequação entre meio e fim, necessidade e proporcionalidade – constitui, evidentemente, um exame de mérito. [...], no tocante às decisões das agências reguladoras, a posição do Judiciário deve ser de relativa auto-contenção, somente devendo invalidá-las quando não possam resistir aos testes constitucionalmente qualificados, como os de razoabilidade ou moralidade, ou outros, como os da isonomia e mesmo o da dignidade da pessoa humana. Notadamente no que diz respeito a decisões informadas por critérios técnicos, deverá agir com parcimônia, sob pena de se cair no domínio da incerteza e do subjetivismo.

Essa postura de autocontenção por parte do Judiciário não significa, em absoluto, intangibilidade das escolhas regulatórias. Sobre o tema em questão, a posição defendida por Alexandre Santos de Aragão, embora ressaltando o caráter excepcional das circunstâncias do caso concreto, admite um maior ativismo judicial no controle sobre as decisões regulatórias:

Malgrado a existência de respeitáveis opiniões no sentido da impossibilidade *tout court* de substituição judicial das decisões discricionárias da Administração Pública –

⁷ “O que é vedado ao Judiciário, como corretamente têm decidido os Tribunais, é apreciar o que se denomina normalmente de mérito administrativo, vale dizer, a ele é interdito o poder de reavaliar critérios de conveniência e oportunidade dos atos, que são privativos do administrador público. Já tivemos a oportunidade de destacar que, a se admitir essa reavaliação, estar-se-ia possibilitando que o juiz exercesse também função administrativa, o que não corresponde obviamente à sua competência. Além do mais. A invasão de atribuições é vedada na Constituição e, face do sistema da tripartição de Poderes (art. 2º). Alguns autores têm cometido o exagero de ampliar os limites de atuação do Judiciário, invocando princípios que, em última análise, acabam por recair no aspecto fundamental – o exame de legalidade. A despeito dessa evidente distorção, os Tribunais, sensíveis às linhas que demarcam a atuação dos Poderes, têm sistematicamente rejeitado essa indevida ampliação e decidido que o controle do mérito dos atos administrativos é da competência exclusiva da Administração” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 900)

cabendo ao poder judiciário apenas anular as decisões que chegarem a violar o âmbito de apreciação deixado pela lei -, entendemos que em casos concretos nos quais os autos e a norma discricionária a ser aplicada ofereçam elementos suficientes para que seja cabível apenas uma solução razoável, o Poder Judiciário não deverá se furtar em aplicá-la. Noutras palavras, o Poder Judiciário só poderá suprir (em caso de omissão) ou substituir (no caso de anulação) o exercício da atividade discricionária da Administração Pública nos casos concretos em que existirem elementos objetivos suficientes para que, do conjunto dos dados normativos e fáticos disponíveis, se possa extrair uma – e apenas uma – solução legítima. (ARAGÃO, 2009, p. 353)

É inegável, porém, que a excepcionalidade acaba por confirmar a regra: o controle da discricionariedade técnica deve se contentar com o juízo do razoável. Essa é a posição proposta por Marcos Juruena Villela Souto (2005, p. 370-371):

Quando a ordem jurídica se remete a questões técnicas complexas de difícil compreensão ou de impossível reprodução probatória (por sua característica intrínseca), o juiz deve se contentar com o “juízo do tolerável”, ou seja, uma decisão motivada da Administração (já que o estado da arte ainda não permitiu a certeza absoluta). O juiz não pode dirimir dúvidas sobre as quais a ciência ou a técnica ainda não firmaram uma verdade universal (salvo se a técnica não foi bem utilizada – por insuficiência, erro de fato, incongruência). Deve, no entanto, analisar se há transparência e coerência lógica na motivação científica, técnica ou de experiência. O controle das questões complexas deve ir até onde sejam possíveis os aspectos objetiváveis; no mais, deve se aceitar o juízo do razoável.

O juiz, assim como os demais intérpretes, não pode desconsiderar o alto grau de discricionariedade técnico-científica exercida pelas agências reguladoras por meio de sua função normativa. Ao interpretar uma norma com denso caráter técnico, deve assumir uma postura cautelosa, a fim de evitar um juízo invasivo da competência atribuída pela lei às agências para definir as escolhas regulatórias. Isso não significa a impossibilidade do controle judicial sobre o exercício da discricionariedade técnica.

4 CONTROLE EXTERNO NA ATUAÇÃO DA ANEEL - ANÁLISE DE CASOS DE CONFLITO

Este capítulo será dedicado ao relato e análise de três casos que ocorreram em processos no trabalho diário da ANEEL. São amostras concretas dos conflitos e dificuldades enfrentadas pelos servidores ao desempenharem o papel de regulador de um segmento importante no desenvolvimento do país. O conflito de interesses se torna visível na análise dos casos.

Em cada um deles será dada uma explicação geral do assunto abordado. Como espécie de balizador de conhecimento, foi destacada, também, a posição de cada um dos envolvidos, seu ponto de vista e entendimento, assim como a conclusão por parte da agência reguladora a respeito de cada caso.

4.1 Caso da iluminação pública

A iluminação pública é o serviço que tem por objetivo prover de luz ou claridade artificial os logradouros públicos. Esse serviço tem influência direta na vida de todo cidadão, uma vez que contribui para a segurança da população, para o tráfego de veículos e viabiliza atividades de comércio, turismo e lazer.

A qualidade de vida nos centros urbanos se deve em grande parte à iluminação pública, pois permite aos habitantes desfrutarem plenamente do espaço público no período noturno. Esse tipo de iluminação embeleza as áreas urbanas, destaca e valoriza monumentos, prédios e paisagens permitindo também melhor aproveitamento das áreas de lazer. Dessa forma, a melhoria da qualidade dos sistemas de iluminação pública favorece o turismo, o comércio e o lazer noturno, contribuindo para o desenvolvimento social e econômico da população.

Segundo dados da Eletrobrás, a iluminação pública no Brasil corresponde a aproximadamente 4,5% da demanda nacional e a 3,0% do consumo total de energia elétrica do país; o equivalente à demanda de 2,2 GW e a um consumo de 9,7 bilhões de kWh/ano (ELETROBRAS-PROCEL, 2012).

4.1.1 Resolução Normativa n. 414/2010 da ANEEL

A Agência Nacional de Energia Elétrica, por meio da Resolução Normativa n. 414, de 15 de setembro de 2010, impôs em seu art. 218 a obrigação de todas as distribuidoras de energia do Brasil transferirem, sem ônus, o sistema de iluminação pública registrado como Ativo

Imobilizado em Serviço (AIS) à pessoa jurídica de direito público competente, no presente caso, aos municípios nos quais eles estão instalados, fixando o prazo inicial de dois anos a contar da publicação da referida resolução.

A Resolução da ANEEL n. 479, de 3 de abril de 2012, deu nova redação ao referido artigo, prorrogando seus efeitos para 31 de janeiro de 2014. De acordo com o texto editado pela agência reguladora do setor de energia elétrica, os municípios ficarão obrigados a assumir todo ativo de iluminação pública pertencente às concessionárias de energia, de maneira que os custos com gestão, manutenção de todo sistema de distribuição, atendimento, operação e reposição de lâmpadas, suportes, chaves, troca de luminárias, reatores, relés, cabos condutores, braços e materiais de fixação e conexões elétricas ficarão a cargo do ente municipal.

Os ativos de iluminação pública deverão ser mensurados, prioritariamente, com base nos valores contábeis registrados na distribuidora por município da área de concessão. A distribuidora que não dispuser de mecanismos que permitam a rastreabilidade contábil dos ativos por município, poderá, alternativamente, comprovar o quantitativo de ativos por município, utilizando-se da quantidade de pontos de iluminação pública faturados mensalmente do Poder Público Municipal ou Distrital, com base nos seus sistemas técnicos georreferenciados, comercial ou operacional.

A Resolução Normativa n. 479/2012, além de prorrogar o prazo para entrega do ativo de iluminação aos municípios, determina em seu art. 13 que a elaboração de projeto, a implantação, expansão, operação e manutenção das instalações de iluminação pública são de responsabilidade do município ou de quem tenha deste a delegação para prestar tais serviços (ANEEL, 2012).

A fim de investigar o tema, analisando sua legalidade, bem como seus impactos, cumpre apresentar o posicionamento dos municípios, bem como o da ANEEL para sua discordância ou concordância em relação a essa transferência de responsabilidade.

4.1.2 Posicionamento dos municípios

Os governos que ainda não assumiram a iluminação pública de seus municípios alegam que as Resoluções Normativas da ANEEL n. 414 e 479 possuem vícios de legalidade, dentre os quais:

a) a ANEEL, ao editar as resoluções em questão, exorbitou competência do seu poder regulador, pois criou e ampliou obrigações, bem como gerou ônus aos municípios, invadindo matéria reservada à lei, violando, assim, o princípio da legalidade;

b) o serviço de energia elétrica, assim como o estabelecimento de redes de distribuição, ampliação, e comércio de energia a consumidores em média e baixa tensão dependem exclusivamente de concessão ou de autorização federal e estão devidamente regulados pelo Decreto-Lei n. 3.763, de 25 de outubro de 1941, e pelo Decreto n. 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, ambos em plena vigência, ou seja, é competência exclusiva da União Federal.

Detalhando melhor o entendimento desses municípios, o Decreto-Lei n. 3.763/1941, em seu art. 8º, determina que: “O estabelecimento de redes de distribuição e o comércio de energia elétrica dependem exclusivamente de concessão ou autorização federal” (BRASIL, 1941). Tal regramento segue em consonância com o art. 175 da CF/1988, que confere competência somente à União para tratar da referida matéria (BRASIL, 1988).

Já o Decreto n. 41.019/1957, que regulamenta o serviço de energia elétrica, elenca em seus arts. 2º ao 5º o que está enquadrado como serviço de energia, detalhando desde a sua produção, transmissão, transformação e distribuição até seu fornecimento aos consumidores de média e baixa tensão (BRASIL, 1957).

Seu art. 44 define os ativos de propriedade da empresa de energia elétrica, estando inseridos nesse rol instalações que, direta ou indiretamente, concorram exclusiva e permanentemente para a produção, transmissão, transformação ou distribuição da energia elétrica. Dentre esses ativos estão lâmpadas, suportes, chaves, troca de luminárias, reatores, relés, cabos condutores, braços e materiais de fixação e conexões elétricas.

Por força do seu art. 54, as concessionárias de energia elétrica estão obrigadas a organizar e manter atualizado o inventário de sua propriedade. Essa obrigatoriedade se justifica uma vez que a cessão, doação, alienação e desmembramento do ativo da concessionária de energia somente poderão ocorrer mediante a expressa autorização do Presidente da República, por meio de decreto; assim preconiza o art. 63 da legislação em comento.

Portanto, ao analisar os parágrafos anteriores, a alegação dos municípios é de que a Resolução Normativa n. 414/2010, com a alteração dada pela Resolução Normativa n. 479/2012, ambas da ANEEL, instituiu no art. 218 redação que inova a ordem jurídica, extrapolando os limites da reserva legal, reformando legislação de nível superior e invadindo competência da União. Essa alegação é corroborada pelo próprio texto da Resolução, que obriga as concessionárias a transferirem, sem ônus, os ativos imobilizados em serviço do sistema de iluminação pública aos municípios, estabelecendo prazo limite para que a transferência seja efetivada pela distribuidora, sob pena de, não o fazendo, lhes serem imputadas multas e outras sanções administrativas.

De acordo com o argumento apresentado pelos municípios, se a lei regulamentadora expressamente determina que somente poderá ocorrer doação, alienação, desmembramento ou cessão do ativo da concessionária mediante decreto emanado por ato da Presidência da República, fica evidente que resolução emanada por agência reguladora não pode invadir o campo da reserva legal. E não pode fazê-lo seja ampliando ou inovando via ato administrativo disposição que compete somente à lei, sob pena de afrontar diretamente o princípio da legalidade e ferir a autonomia dos municípios, uma vez que o ordenamento pátrio não permite que atos normativos infralegais inovem originalmente o sistema jurídico, ampliando obrigações não previstas em lei.

4.1.3 Posicionamento da ANEEL

Segundo o entendimento da ANEEL (2001), com relação à competência para a prestação do serviço público de iluminação pública, a matéria foi originalmente disciplinada pelo Decreto-Lei n. 3.763/1941, que no parágrafo único do art. 8º dispunha:

Os fornecimentos de energia elétrica para serviços de iluminação pública, ou para quaisquer serviços públicos de caráter local explorados pelas municipalidades, serão regulados por contratos de fornecimentos entre estas e os concessionários ou contratantes, observado o disposto nos respectivos contratos de concessão ou de exploração, celebrados com o Governo Federal, para distribuição de energia elétrica na zona em que se encontrar o município interessado. (BRASIL, 1941).

Agrega a ANEEL que a matéria foi complementada pelo dispositivo do Decreto-Lei n. 5.764, de 19 de agosto de 1943, que no § 1º do art. 1º instituiu à União, desde a publicação desta lei, substituir nos contratos os Estados, Distrito Federal, Território do Acre e os municípios, salvo quanto às obrigações e pagamentos decorrentes do fornecimento de energia elétrica para iluminação e outros serviços públicos ou de natureza local (BRASIL, 1943).

Assim – argumenta a Agência Reguladora –, constata-se que a prestação de serviços de iluminação pública sempre foi de competência dos municípios, fazendo parte dos serviços públicos de interesse local, conforme atualmente dispõem os arts. 30, inciso V, e 149-A, ambos da Constituição Federal de 1988:

Art. 30. Compete aos Municípios:

[...]

V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

Art. 149-A. Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 39, de 2002)

Parágrafo único: É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 39, de 2002). (BRASIL, 1988).

Conforme os argumentos apresentados, a ANEEL entende não haver dúvidas de que a competência para a prestação do serviço público de iluminação pública é, e sempre foi, antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, dos municípios.

Contudo, historicamente, as concessionárias de distribuição, em muitos casos, exerceram a atribuição que deveria ter sido realizada pelos municípios por meio da implantação das instalações de iluminação pública, bem como da operação e manutenção dos sistemas. Em grande parte, essa situação pode ser atribuída a dificuldades, apontadas pelos municípios, relacionadas à falta de recursos para o pagamento dos serviços de iluminação pública.

De acordo com a ANEEL, a realização da Audiência Pública n. 7/1998 teve a finalidade de discutir as condições de fornecimento de energia elétrica destinada à iluminação pública (ANEEL, 1998). Como resultado da referida audiência, a Agência Reguladora, após o recebimento e a análise técnica de todas as contribuições apresentadas, editou a Resolução Normativa n. 456, de 29 de novembro de 2000, que versava sobre as condições gerais de fornecimento de energia elétrica, estabelecendo em seu art. 114 o seguinte:

Art. 114. A responsabilidade pelos serviços de elaboração de projeto, implantação, expansão, operação e manutenção das instalações de iluminação pública é de pessoa jurídica de direito público ou por esta delegada mediante concessão ou autorização, podendo a concessionária prestar esses serviços mediante celebração de contrato específico para tal fim, ficando o consumidor responsável pelas despesas decorrentes.

Parágrafo único. Quando o sistema de iluminação pública for de propriedade da concessionária, esta será responsável pela execução e custeio dos respectivos serviços de operação e manutenção. (ANEEL, 2000).

Portanto, com a publicação da Resolução n. 456/2000, as concessionárias de distribuição passaram a ser impedidas de realizar serviços de iluminação pública, com duas exceções:

(a) se o ativo de iluminação pública fosse de propriedade da distribuidora, esta deveria realizar apenas os serviços de operação e manutenção. Ou seja, a distribuidora não era responsável por realizar serviços de projeto, implantação e expansão de iluminação pública; e

(b) se o ativo de iluminação pública não fosse de propriedade da distribuidora, o Poder Público Municipal poderia contratar a distribuidora para realizar todos os serviços de iluminação pública, arcando, como determinado pela CF/1988, com todos os custos. Neste caso,

o Poder Público Municipal poderia contratar ou delegar o serviço para qualquer empresa, de acordo com os ditames legais.

Ainda segundo a mesma resolução, as concessionárias de distribuição podiam manter como Ativo Imobilizado em Serviço (AIS) as instalações de iluminação pública.

Por ocasião do processo de revisão da referida resolução, a transferência dos ativos de iluminação pública foi colocada em discussão, por meio da Consulta Pública n. 2/2009, realizada no período de 9 de janeiro a 27 de março de 2009, com o propósito de se adequar definitivamente a prática vigente ao comando constitucional.

Após a avaliação técnica de todas as contribuições recebidas, a ANEEL, através da edição da Resolução Normativa n. 414/2010, concluiu pela necessidade de efetuar a transferência dos ativos de iluminação pública das distribuidoras para o Poder Público Municipal, e estabeleceu cronograma cujo prazo final encerrava-se em 15 de setembro de 2012, correspondente ao período de 24 meses após a publicação da mencionada resolução. É o que se extrai do disposto no art. 218:

Art. 218. Nos casos onde o sistema de iluminação pública estiver registrado como Ativo Imobilizado em Serviço – AIS da distribuidora, esta deve transferir os respectivos ativos à pessoa jurídica de direito público competente no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) meses, contados da data da publicação desta Resolução. (ANEEL, 2010b).

Com a finalidade de colher subsídios para a alteração dos prazos dispostos no art. acima citado, foi realizada nova Audiência Pública, de n. 049/2011 (ANEEL, 2011a). No período foram recebidas várias contribuições. Diante dos argumentos apresentados – a questão legal que envolve o tempo para cobrança de novas taxas, contribuições e impostos; e a inclusão dos mesmos em previsões orçamentárias –, considerou-se razoável a alteração do prazo final para a transferência dos ativos de iluminação pública para 31 de janeiro de 2014.

Essa alteração de prazo foi veiculada por meio da Resolução n. 479/2012. A nova redação dada ao art. 218 procurou enfatizar que a escolha do momento de recepção dos ativos de iluminação pública é do Poder Público Municipal, tendo como limite a data final referida anteriormente – 31 de janeiro de 2014 –, sendo que as distribuidoras devem estabelecer negociações e relatar à ANEEL os resultados delas de acordo com o cronograma estipulado no referido artigo. Nesse sentido, confira-se:

Art. 218. A distribuidora deve transferir o sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço – AIS à pessoa jurídica de direito público competente.

§ 1º A transferência à pessoa jurídica de direito público competente deve ser realizada sem ônus, observados os procedimentos técnicos e contábeis para a transferência estabelecidos em resolução específica.

§ 3º A distribuidora deve atender às solicitações da pessoa jurídica de direito público competente quanto ao estabelecimento de cronograma para transferência dos ativos, desde que observado o prazo limite de 31 de janeiro de 2014.

§ 4º Salvo hipótese prevista no § 3º, a distribuidora deve observar os seguintes prazos máximos:

I – até 14 de março de 2011: elaboração de plano de repasse às pessoas jurídicas de direito público competente dos ativos referidos no caput e das minutas dos aditivos aos respectivos contratos de fornecimento de energia elétrica em vigor;

II – até 1º de julho de 2012: encaminhamento da proposta da distribuidora à pessoa jurídica de direito público competente, com as respectivas minutas dos termos contratuais a serem firmados e com relatório detalhando o AIS, por município, e apresentando, se for o caso, o relatório que demonstre e comprove a constituição desses ativos com os Recursos Vinculados à Obrigações Vinculadas ao Serviço Público (Obrigações Especiais);

III – até 1º de março de 2013: encaminhamento à ANEEL do relatório conclusivo do resultado das negociações, por município, e o seu cronograma de implementação;

IV – até 30 de setembro de 2013: encaminhamento à ANEEL do relatório de acompanhamento da transferência de ativos, objeto das negociações, por município;

V – até 31 de janeiro de 2014: conclusão da transferência dos ativos;

VI – até 1º de março de 2014: encaminhamento à ANEEL do relatório final da transferência de ativos, por município. (ANEEL, 2012).

Os procedimentos referentes aos aspectos contábeis para a transferência, sem ônus ao Poder Público municipal, dos ativos de iluminação pública pertencentes às concessionárias foram disciplinados pela Resolução Normativa n. 480, de 3 de abril de 2012, a partir das contribuições colhidas através da Audiência Pública n. 54/2011 (ANEEL, 2011b).

4.1.4 Análise jurisprudencial do caso

Após a exposição do entendimento dos municípios e da ANEEL sobre o tema, assim como do embasamento legal no qual cada um dos interessados se apoiou, pode-se neste momento analisar a visão jurisprudencial sobre a Resolução Normativa n. 414/2010 e suas alterações.

Das decisões de primeira instância já conhecidas observa-se, em alguns casos, a ratificação quanto à validade da norma; como exemplos citam-se as decisões das ações ajuizadas pelos municípios de Águas de Santa Bárbara, Ourinhos, Santa Cruz de Rio Pardo e Rio Claro, todos no Estado de São Paulo.

Os municípios mencionados ajuizaram ação na Justiça Federal pedindo a tutela jurisdicional para que não fossem obrigados a receber os ativos de iluminação pública das concessionárias locais, conforme determina o art. 218 da Resolução Normativa n. 414/2010, posteriormente alterada pela Resolução Normativa n. 479/2012.

Nas ações ajuizadas, os municípios argumentam que:

- Luminárias, lâmpadas, reatores, relês, braços e materiais de fixação são bens privados da concessionária, e somente reversíveis para o poder concedente ao final do prazo da concessão, a teor do disposto no art. 14, inc. V, da Lei n. 9.427/1996 (BRASIL, 1996);
- A Constituição Federal, ao disciplinar os serviços de interesse local (art. 30, inc. V), não teve a intenção de imputar aos municípios a obrigatoriedade de prestação direta de tais serviços;
- Ao instituir a obrigatoriedade de transferência dos ativos de iluminação pública para os municípios, a ANEEL violou prerrogativas desses entes, dotados de autonomia intangível, como poder de auto-organização, autogoverno e poder normativo próprio;
- Ao editar as sobreditas resoluções, a ANEEL exorbitou de seu poder regulamentar, já que teria inovado em relação ao disposto no art. 5º, § 2º, do Decreto n. 41.019/1941 (BRASIL, 1941).

Porém, segundo entendimento do Juiz Federal Mauro Spauding, da Vara Federal de Ourinhos - SP, nos autos n. 0000341-08.2013.403.6125, não existe vício capaz de macular o referido normativo da ANEEL, tendo ele indeferido a antecipação dos efeitos da tutela ao Município de Estância Hidromineral de Águas de Santa Bárbara. Os argumentos apresentados pelo juiz são:

[...] a iluminação pública no âmbito do território dos municípios é (ou pelo menos deveria ser) atribuição e responsabilidade dela própria, cabendo-lhe presta-lo diretamente ou por empresas contratadas para tal finalidade (obviamente por meio de licitação) não há, assim, fala-se que as entregas dos ativos relacionados à iluminação pública pelas concessionárias distribuidoras (como a CPFL-Santa Cruz) ao poder público municipal viole a autonomia dos municípios; pelo contrário, ela até confirma tal autonomia, disciplinada no art. 30 da CF/88 [...]. (SÃO PAULO, 2013c).

E ainda:

Por fim, quanto à alegada violação ao poder regulamentar do Presidente da República, entendo não ter havido afronta à Constituição Federal, afinal, a Lei nº 9.427/02 que criou a ANEEL, atribuiu-lhe competência para, dentre outras coisas, “expedir os atos necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.075/95”, que regulou as concessões e permissões de serviços públicos [...] (SÃO PAULO, 2013c).

Finalmente, com relação ao quesito inovação, entende o Juiz Federal que:

A edição minuciosa da Resolução Normativa nº 414/2010 tem por finalidade estabelecer as condições gerais de fornecimento de energia elétrica, esmiuçando em seus 299 dispositivos, os aspectos técnicos, tarifários e específicos frente às

peculiaridades deste tipo de atividade econômica do estado. Não se trata, pois, de inovação legislativa, mas sim de mera regulamentação das operações próprias dessa seara econômica específica frente às características técnicas que lhe são peculiares. (SÃO PAULO, 2013c).

Já o entendimento do Juiz Federal Augusto Martinez Perez, da Vara Federal de Ribeirão Preto - SP, nos autos n. 0002739-94.2013.403.6102, segue no sentido de que o risco maior seria a não transferência dos ativos:

[...] o prazo limite para as transferências aqui impugnadas é de janeiro de 2014. Logo, as medidas impugnadas não apenas não estão na iminência de acontecer como, ao contrário, considerando as providências que devem antecede-las, poderia se cogitar em risco maior no deferimento da tutela, que o seu indeferimento. Vale dizer, a concessão de medida de natureza precária poderia impedir que o município se acautelasse e adotasse providências necessárias às transferências aqui impugnadas, as quais inexoravelmente demandam preparo prévio para sua implementação. (SÃO PAULO, 2013a).

Em outra decisão, expedida pelo Juiz Federal Elísio Nascimento Batista Júnior, da Vara Federal de Teófilo Otoni - MG, nos autos n. 1863-67.2013.4.01.3816, o magistrado indeferiu o pedido de tutela antecipada solicitado pela Associação da Microrregião do Vale do Mucuri e pelo Município de Teófilo Otoni, entendendo que a controvérsia seria em torno da questão de o art. 218 da Resolução ANEEL n. 414/2010 configurar ou não extrapolação do poder regulamentar da agência:

[...] no caso específico da iluminação pública, com a promulgação da emenda constitucional n° 39/2002 ficou estabelecida a competência para o município cobrar contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública (art. 149-A).

Desta forma a atribuição do agente responsável pelo referido serviço já foi delineada em nossa norma maior, sendo desnecessária a edição de uma legislação própria apenas para repetir a competência que a constituição já estabelece. (MINAS GERAIS, 2013).

Porém em algumas ações, como a do município de Registro, no Estado de São Paulo, o Juiz Federal Substituto Fábio Ivens de Pauli, da 2ª Vara Federal de Santos, decidiu pela ilegalidade da norma da ANEEL:

[...] a Aneel, autarquia vinculada ao Ministério de Minas e Energia, em face das competências que lhe são próprias, em princípio, não parece deter a prerrogativa de determinar a transferência compulsória de bens de empresa concessionárias para os municípios.

Além disso, mesmo que se entenda que os municípios possuem, de antemão, a responsabilidade pelos ativos de iluminação públicas instalados em suas respectivas áreas territoriais, em virtude do disposto no art. 30, V, da Constituição, não parece possível a pretendida transferência do sistema de iluminação pública por força unicamente de norma de caráter secundário, porquanto de natureza meramente regulamentar.

Parece plausível a alegação de que a norma decorrente do art. 175 da Constituição exige que o assunto seja disciplinado por lei.

[...]

No que tange ao perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, tem-se que decorre da possibilidade de aumento dos custos suportados pelo município autor com a iluminação pública, bem como das limitações quanto a instalações de novos pontos.

Defiro a tutela antecipada para desobrigar o município de Registro a cumprir o estabelecido no art. 218 da Instrução Normativa nº 414/2010, com redação que lhe foi dada pela IN nº 479/2012 ambas da Aneel, até ulterior deliberação deste juízo. (SÃO PAULO, 2013b).

Assim, conforme análise dos julgados de primeira instância, tal controvérsia é muito prejudicial ao tema em questão e, também, muito danosa, principalmente no que diz respeito aos futuros normativos expedidos pelas agências reguladoras, uma vez que algumas dessas decisões questionam o princípio de normatização dessas entidades.

4.1.5 Conclusão sobre o caso da iluminação pública

Não se pode afastar o direito líquido e certo de qualquer cidadão ou entidade questionar temas de seu interesse na via judicial, porém, o que se torna preocupante neste caso é a dúvida quanto ao sentido do real papel das agências reguladoras na regulamentação dos seus respectivos setores de influência.

Conforme levantamento feito pela própria ANEEL e divulgado na Nota Técnica n. 021/2011-SRC/ANEEL, 67% dos municípios brasileiros já assumiram o controle da iluminação pública de seus territórios; sendo os únicos estados em que todos os municípios ainda não assumiram a iluminação pública: Roraima, Amapá, Ceará, Pernambuco, Minas Gerais, São Paulo e Paraná (ANEEL, 2011c).

Frente aos argumentos apresentados, há que se questionar o real motivo de tanta resistência por parte dos municípios em não assumir sua responsabilidade referente à iluminação pública de seu território.

Entende-se que não foi a ANEEL que criou a obrigatoriedade da prestação do serviço público de iluminação pública, pois essa decorre de mandamento expresso na Constituição Federal, cabendo à Agência Reguladora tão somente buscar assegurar o seu efetivo cumprimento através da edição de suas resoluções.

A Resolução n. 414/2010 autoriza que a prestação desse serviço seja feita diretamente pelo município pelo regime de concessão ou permissão. Assim, após a transferência dos ativos e obedecidos os trâmites legais, os referidos entes federativos têm duas opções: prestar o serviço de iluminação pública diretamente; ou delegar a prestação desse serviço para empresa terceirizada ou para a distribuidora local, através da celebração de contrato específico.

Dito isso, fica claro que não subsiste a alegação de violação à autonomia municipal em decorrência das resoluções editadas pela ANEEL.

Deve ser observado que no processo de criação das resoluções houve diversas etapas de análise, tendo o tema sido, inclusive, objeto de Audiências e Consultas Públicas, criando várias oportunidades para que todas as contribuições apresentadas pudessem ser devidamente analisadas e respondidas pela Agência Reguladora.

4.2 Caso do cálculo das tarifas

Como mais um exemplo de interferência dos Poderes nas agências reguladoras buscou-se um caso recente, que foi o questionamento do Tribunal de Contas da União sobre indícios de irregularidades em reajustes tarifários conduzidos pela ANEEL.

Tal caso foi amplamente divulgado pela imprensa nacional, por ter sido averiguado pelo Tribunal uma interpretação equivocada por parte da agência reguladora do ato normativo relacionado à metodologia para reajustamento tarifário, resultando assim em ganho para as distribuidoras e conseqüentemente prejuízo para os consumidores.

Antes de iniciar a análise do tema em questão, é importante esclarecer a competência da ANEEL no que diz respeito à responsabilidade de estabelecer os reajustes e as revisões das tarifas de energia elétrica. Esta decorre diretamente do art. 29, V, da Lei n. 8.987/1995, combinado com o art. 3º da Lei n. 9.427/1996. A mesma lei, em seus artigos 14 e 15, estabelece, também, o regime econômico-financeiro dos contratos de concessão de energia elétrica, lançando diretrizes para o exercício dessa competência, como, por exemplo, a apropriação dos ganhos de eficiência empresarial e competitividade.

Assim, frente à mencionada disposição legal, é certo que foi conferida somente à ANEEL a discricionariedade técnica para o cumprimento da definição das tarifas de energia elétrica. Pois a lei, não tendo fixado os critérios e deixando somente a instrução geral, concedeu justamente ao regulador, por meio da revisão tarifária, estabelecer a metodologia que contemplasse, entre outros aspectos, a aferição dos custos eficientes e dos investimentos prudentes de uma empresa.

O objetivo da legislação principal sempre foi de estimular a eficiência econômica da concessionária e fazer com que esse avanço fosse revertido em favor do consumidor, por meio da modicidade tarifária. Portanto, entre os diversos métodos disponíveis para se chegar a esse objetivo, coube à ANEEL, no estrito exercício de suas competências como agência reguladora,

definir aquele que melhor se adequasse aos dispositivos legais e contratuais que disciplinam as concessões de serviços de energia elétrica.

Recordando os capítulos anteriores deste trabalho, comentou-se da missão da agência reguladora, que funciona como uma espécie de elo entre os vários personagens envolvidos numa concessão: governo, empresas e consumidores. Ela se torna ainda mais essencial por se tratar de um serviço monopolista, como é caso da distribuição de energia elétrica, pois este ente regulador deve garantir que seja respeitado também o lado mais frágil da relação, que são os direitos dos consumidores frente aos prestadores do serviço de eletricidade.

Resumindo, o consumidor tem o direito de receber o serviço com nível adequado de qualidade e de pagar uma tarifa justa. Por sua vez, o prestador do serviço tem o direito de obter adequado retorno sobre o capital prudentemente investido. Diante disso, compete justamente à ANEEL evitar que se produzam situações de abuso, derivadas principalmente da situação de monopólio, e verificar se os níveis de qualidade do serviço são apropriados.

O retorno ao prestador de serviços, mencionado acima, é feito por meio das tarifas. Para serem estabelecidas de maneira justa, o regulador desenvolveu metodologias que são utilizadas no processo revisional dessas tarifas, tais como: empresa de referência que estabelece custos operacionais eficientes; base de remuneração que apura os investimentos prudentes efetuados na concessão, estrutura ótima de capital que minimiza o custo do capital; e fator X que compartilha com os consumidores os ganhos de produtividade do prestador do serviço.

4.2.1 Entendendo as tarifas

Para compreender o cerne da questão, é preciso entender um pouco mais sobre as tarifas calculadas e definidas pela ANEEL. As tarifas devem ser suficientes para garantir aos consumidores o fornecimento de energia com qualidade e ao mesmo tempo garantir aos prestadores de serviços os ganhos suficientes para cobrir seus custos operacionais e remunerar investimentos necessários para a expansão da capacidade de distribuição de energia.

Como já foi mencionado, a Lei n. 9.427/1996 atribuiu competência à ANEEL apenas para calcular tarifas que estejam em estrita consonância com o estabelecido no marco legal e nos contratos, e somente uma tarifa justa pode manter a qualidade necessária para que o sistema como um todo seja atraente para o investidor.

Entende-se como tarifa de energia o valor cobrado por unidade de energia; simplificadamente, pode-se dizer que este é formado pelos custos incorridos desde a geração até a sua disponibilização aos consumidores, na tomada elétrica. E que, além dos custos

diretamente relacionados aos componentes físicos do sistema, existem os encargos e os impostos, que no Brasil não são poucos.

A ANEEL calcula as tarifas de distribuição em duas partes:

- Parcela A: custos não gerenciáveis, que são apenas repassados para a tarifa de energia e independem da gestão da empresa distribuidora. Os componentes dessa parcela podem ser agrupados em Compra de Energia, Encargos Setoriais e Encargos de Transmissão;
- Parcela B: custos gerenciáveis, ou seja, administrados pela própria distribuidora. Fazem parte dessa parcela as despesas de operação e manutenção, a cota de depreciação e a remuneração dos investimentos.

4.2.2 Definição de reajustes

O reajuste tarifário é o mecanismo existente para restabelecer o poder de compra da receita da concessionária, segundo fórmula prevista no contrato de concessão. Esse procedimento é feito anualmente, na data de aniversário do contrato, exceto no ano de revisão tarifária.

Para aplicação dessa fórmula, são calculados todos os custos não gerenciáveis da distribuidora (parcela A), ou seja, são verificados os novos valores dos encargos setoriais, da compra de energia e da transmissão. Os outros custos, constantes da Parcela B, são corrigidos pelo IGP-M, da Fundação Getúlio Vargas. A correção da Parcela B ainda depende de outro componente, o fator X (índice fixado pela ANEEL na época da revisão tarifária). Sua função é repartir com o consumidor os ganhos de produtividade da concessionária, decorrentes do crescimento do número de unidades consumidoras e do aumento do consumo do mercado existente, o que contribui para a modicidade tarifária.

4.2.3 Definição de revisão tarifária

O processo de revisão tarifária periódica tem como principal objetivo analisar, após um período previamente definido no contrato de concessão, o equilíbrio econômico-financeiro da concessão; normalmente esse prazo é de quatro anos.

Enquanto nos reajustes tarifários anuais a Parcela B da receita é atualizada monetariamente pelo IGP-M, na revisão tarifária são calculadas a receita necessária para

cobertura dos custos operacionais eficientes e a remuneração adequada sobre os investimentos realizados, com prudência.

Ou seja, a revisão tarifária permite um reposicionamento da tarifa após completa análise dos custos e investimentos citados. Esse mecanismo se diferencia do reajuste principalmente por ser mais amplo e levar em conta todos os custos, investimentos e receitas para fixar um novo patamar de tarifa, adequados à estrutura da empresa e ao seu mercado.

Para obter um resultado que não dependa apenas das informações fornecidas pela própria distribuidora, o que poderia contaminar o processo de revisão, a ANEEL utiliza a metodologia da “empresa de referência”. Trata-se de um modelo teórico que reflete os custos operacionais eficientes de uma concessionária ideal e os investimentos prudentes realizados pela distribuidora para a prestação dos serviços e que terão direito à remuneração das tarifas cobradas dos consumidores. Esse investimento é chamado de Base de Remuneração.

4.2.4 Problema detectado pelo Tribunal de Contas da União

O motivo de questionamento do Tribunal de Contas da União frente à ANEEL, neste caso, foi o reajustamento das tarifas de energia, que supostamente foi resultado de erros metodológicos da cláusula contratual, como, também, de interpretação errônea na aplicação Portaria interministerial n. 25, de 24 de janeiro de 2002.

Segundo o Tribunal, pelo fato destes erros terem sido aplicado a uma vasta gama de consumidores, seu valor se tornou muito expressivo, estimado na casa de R\$1 bilhão por ano, considerados os reajustamentos conduzidos pela ANEEL desde 2002 nos contratos de todas as 63 concessionárias de distribuição de energia elétrica do país.

O TCU se manifestou ao identificar esse erro, pois a independência decisória do ente regulador não afasta o controle de legalidade de seus atos finalísticos. Assim, no caso em apreço, o Tribunal tem o poder de sustar atos e decisões da ANEEL que apresentem ilegalidades ou irregularidades.

É importante lembrar que os atos do Tribunal de Contas não podem reformar ou substituir os atos ou as decisões regulatórias impugnadas, mas podem sustá-los e determinar que sejam novamente praticados pelo ente regulador.

As agências reguladoras, por agirem com presteza na aplicação de conhecimentos técnicos especializados em face das complexidades do setor regulado, possuem a chamada discricionariedade técnica, porém até mesmo essa discricionariedade está sujeita ao controle da legalidade.

Finalizando, cabe ao Tribunal recomendar a adoção das medidas que entende serem pertinentes caso verifique oportunidades de melhoria na forma de atuação dos entes reguladores, em atenção à discricionariedade técnica e à independência decisória desses. Por outro lado, compete ao TCU determinar às agências reguladoras a adoção de medidas saneadoras para o exato cumprimento da lei ou do regulamento, caso verifique atos ou contratos em afronta a critérios legais ou regulamentares.

4.2.5 Competência legal do Tribunal de Contas da União

No item anterior, foram comentadas as competências do Tribunal de Contas no que tange a avaliar a eficiência da gestão pública federal e seu poder de aplicar medidas aos demais agentes, especificamente no caso das agências reguladoras. Essas competências estão fundamentadas nos incisos II e IV do art. 71 c/c o art. 37, todos da Constituição Federal de 1988. Além disso, qualquer agente em colaboração com o poder público, como o concessionário de serviço público, está sujeito à jurisdição administrativa do órgão de controle externo, de acordo com o parágrafo único do art. 70 da CF/1988.

Quanto à fiscalização de atos e contratos administrativos, o Tribunal recebe competência legal nos arts. 41 e 47 da Lei n. 8.443/1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União). A verificação de ilegalidade pode ensejar a sustação do ato ou contrato (respectivamente, inciso I do § 1º e § 3º, todos do art. 45 da referida lei), bem como a aplicação de multa ao responsável (inciso III do § 1º do art. 45 da lei).

A Instrução Normativa TCU n. 27, de 2 de dezembro de 1998, que dispõe sobre a fiscalização dos processos de desestatização, confere poder ao referido órgão para realizar o acompanhamento sistemático dos procedimentos conduzidos pela ANEEL na outorga de concessão da prestação do serviço de distribuição de energia elétrica, bem como na respectiva execução contratual.

4.2.6 Contratos de concessão de energia elétrica

Antes de adentrar especificamente na questão dos contratos, deve-se ter a ideia clara de que a prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica é concretizada por meio da celebração de dois contratos de adesão.

O concessionário adere às cláusulas do contrato de concessão conforme formuladas pelo poder concedente ao se inscrever no respectivo leilão de outorga. Nesse sentido, a autonomia

da vontade do concessionário limita-se à decisão de participar ou não do certame, sem discutir as cláusulas contratuais ou as condições da prestação do serviço.

O usuário, por sua vez, adere às cláusulas do contrato de prestação do serviço com aquele concessionário ao ligar o interruptor de luz, sem qualquer liberdade de escolher com quem contratar ou negociar as condições da prestação do serviço (qualidade, tarifas etc.), já previamente definidas pelo Estado (titular do serviço).

Os contratos de concessão para a prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica são elaborados pelo ente regulador com cláusulas de revisões e reajustes tarifários destinados a manter o equilíbrio econômico-financeiro e a promover a modicidade tarifária.

A ANEEL adota o regime de regulação através de incentivos à eficiência; assim, a prestação do serviço público é remunerada em função da tarifa, por meio da qual os concessionários obtêm ganhos de acordo com a eficiência do serviço prestado, posteriormente compartilhados com os usuários.

Ao tratar de regime de incentivos, trata-se especificamente dos custos gerenciáveis (Parcela B), itens sobre os quais o concessionário pode gerenciar a eficiência. Tais incentivos não se aplicam aos custos não gerenciáveis (Parcela A), uma vez que sobre estes o concessionário não tem poder de gerenciamento. Em relação aos custos não gerenciáveis, em função da neutralidade da Parcela A, o concessionário não deve ganhar nem perder com a variação desses itens de custo. Tais custos são repassados, por meio da tarifa, aos usuários do serviço, que assumem o chamado risco de demanda.

É também pelo contrato de concessão firmado com as concessionárias que o ente regulador estabelece as formas e condições segundo as quais o serviço deve ser prestado (cláusulas de serviço), de acordo com seus objetivos para o setor, como metas de universalização de atendimento, de qualidade e continuidade do serviço (indicadores de duração e frequência de interrupção) e de eficiência na distribuição (níveis de perdas técnicas e não técnicas).

4.2.7 Entendimento do Tribunal de Contas da União

O Tribunal de Contas entende que a ANEEL adotou interpretação equivocada da portaria interministerial destinada para corrigir os desequilíbrios causados justamente por eventuais variações verificadas nos custos relativos aos encargos setoriais, à transmissão e à compra de energia elétrica no intervalo entre reajustes.

Conforme informações constantes do Relatório e Voto do Ministro Relator Benjamin Zymler, que fundamentaram o Acórdão n. 2.210, prolatado em Sessão do Plenário, em 8/10/2008, no âmbito do TC n. 021.975/2007-0, “[...] a citada falha metodológica remunera ilegalmente as concessionárias de energia elétrica em detrimento do interesse público e gera impactos de alta materialidade e prejuízos para o usuário.” (TCU, 2012, p. 14).

Ainda segundo o TCU, a interpretação que ensejou o erro refere-se aos termos “valor” e “custo” constantes da referida portaria, em relação aos quais a ANEEL compreendeu dizerem respeito somente à variação de preços, desconsiderando as respectivas variações quantitativas, relativas ao tamanho do mercado.

Por meio do Parecer PF/ANEEL n. 1.059/2009 (ANEEL, 2009), o ente regulador justificou sua interpretação sob o argumento de que a consideração dessas variações quantitativas não estaria prevista no dispositivo específico (art. 2º da Portaria):

Art. 2º. O saldo da CVA é definido como o somatório das diferenças, positivas ou negativas, entre o valor do item na data do último reajuste tarifário da concessionária de distribuição de energia elétrica e o valor do referido item na data de pagamento, acrescida da respectiva remuneração financeira. (MME-MF, 2002).

A ANEEL entendeu que as variações de mercado não teriam sido consideradas no disciplinamento inicial da referida portaria e reconheceu a inadequação dessa situação no contexto atual:

54. Ocorre que da forma como fora originalmente criada a CVA, buscou-se neutralizar apenas a variação dos valores dos itens da Parcela A. Não foram objeto de preocupação, no primeiro momento, as variações de mercado. Isto porque a participação dos custos integrantes da CVA na receita era diminuta. Contudo, com o crescimento paulatino destes custos em relação à receita da distribuidora, mostra-se necessário mais um ajuste na CVA. (ANEEL, 2009, p. 15).

Porém tal explicação não foi suficiente para o TCU. Este entendeu que o ente regulador, ao justificar a desconsideração das variações de mercado e dos encargos setoriais por falta de previsão expressa em dispositivo da Portaria (com repercussão negativa sobre a neutralidade da Parcela A, sobre o equilíbrio contratual e a modicidade tarifária), acabou errando ao não observar que esse comando decorre diretamente dos princípios, do regime de incentivos e do marco legal do setor. Assim, no entendimento do Tribunal, a ANEEL deixou de adotar a interpretação sistemática e teleológica do conteúdo da Portaria, que garantiria a eficiência no disciplinamento e regulação das metodologias de apuração e compensação da CVA.⁸

⁸ A CVA – Conta de Compensação de Variação de Valores de Itens da "Parcela A" – foi criada pela Portaria Interministerial n. 25/2002, e registra a variação, entre os reajustes tarifários anuais, de parte dos itens de custo das distribuidoras, como a compra de energia elétrica da usina de Itaipu e alguns encargos tarifários do setor elétrico (ANEEL, 2002).

Segundo o Tribunal, a interpretação aplicada pelo ente regulador nas resoluções normativas elaboradas para regulamentar a CVA desprezou a neutralidade da Parcela A, pois a desconsideração das variações de mercado propiciou a influência indevida de itens de custo não gerenciáveis (como encargos setoriais), sobre a remuneração devida aos concessionários pela prestação do serviço (Parcela B), em função da configuração da fórmula paramétrica de cálculo dos reajustamentos tarifários.

A fórmula paramétrica calcula a remuneração do concessionário (Parcela B) pela subtração dos custos não gerenciáveis (Parcela A) do resultado total. Como os montantes de encargos setoriais efetivamente arrecadados ao final do exercício não eram coincidentes com os repassados de acordo com a estimativa do início do exercício, essa diferença era indevidamente atribuída aos resultados correspondentes aos custos gerenciáveis. Assim, eventuais diferenças a maior ou a menor implicavam, respectivamente, ganhos ou perdas igualmente indevidas aos concessionários, em função do crescimento ou da redução do mercado consumidor cativo correspondente a cada concessionário.

Assim, em razão do perfil de crescimento do mercado consumidor de energia elétrica, verificado no país a partir de 2002, a distorção tarifária causada pela falha regulatória na interpretação e aplicação da metodologia de arrecadação e repasse de encargos setoriais proporcionou, em regra, ganhos indevidos aos concessionários.

4.2.8 Entendimento da ANEEL

Como citado anteriormente, por meio do Parecer PF n. 1.059/2009, a ANEEL declarou entender que as variações de mercado não teriam que ser consideradas no disciplinamento inicial da Portaria Interministerial n. 25/2002 e reconheceu a inadequação dessa situação no contexto atual.

A ciência quanto ao erro de interpretação da própria agência pode ser verificada na Nota Técnica SRE n. 065/2010, que fundamentou a decisão da Audiência Pública n. 33/2010:

55. (...) caso a Portaria permitisse considerar a variação de mercado no momento de obtenção do Saldo da CVA, em seu art. 2º, isso anularia, ao menos financeiramente, a possibilidade de ganho ou perda relacionada às variações de mercado dos itens da CVA. Aliás, esta foi a primeira proposta que a ANEEL encaminhou ao Ministério de Minas e Energia para aprimorar o cálculo tarifário (ANEEL, 2010a, p. 15).

Portanto, no entendimento do ente regulador, as variações de mercado teriam sido inicialmente desconsideradas porque seriam insignificantes para a formação da receita. Porém o crescimento significativo de encargos setoriais na composição da tarifa de energia elétrica

acabou contribuindo para acentuar a distorção tarifária, em afronta à neutralidade dos itens de custo não gerenciáveis característicos da Parcela A. Conforme citado no próprio Parecer PF n. 1.059/2009, a participação dos encargos setoriais na receita dos concessionários de distribuição passou de 3% para 11% no período entre 1997 e 2008 (ANEEL, 2009).

Dessa forma, a criação de novos custos não gerenciáveis por lei e sua inclusão na CVA fizeram com que a participação dos itens que compõem a CVA na receita das distribuidoras aumentasse progressivamente ao longo dos anos. Como exemplo, na época dos primeiros contratos de concessão (1995-1997), o valor dos 'Encargos Setoriais' representava somente algo em torno de 3% da receita de uma distribuidora de energia elétrica. Em 2008, tais encargos passaram a representar um percentual de 11,1% sobre a receita anual.

O aumento dos encargos setoriais incidiu diretamente sobre os reajustamentos tarifários e pareceu configurar inicialmente a ocorrência de um fato do príncipe, a causar a distorção tarifária. No entanto, os efeitos do exercício de tais potestades públicas (majoração de encargos setoriais) não teriam sido verificados nos contratos de concessão caso tivessem sido neutralizados por meio da consideração das variações de mercado dos itens de custos não gerenciáveis (neutralidade da Parcela A).

4.2.9 Repercussão do erro de interpretação

Considerando que, ao analisar o histórico do consumo nacional de energia elétrica, ocorreu enorme salto a partir de 2002, deve-se considerar que essa falha regulatória proporcionou uma apropriação de ganhos indevidos por parte dos concessionários.

De acordo com informações fornecidas pela Empresa de Pesquisa Energética (EPE) no documento Consumo Nacional de Energia Elétrica por Classe – 1995-2009, o consumo nacional de energia elétrica apresentou crescimento de 3,5% em 2002; de 4,7% em 2003; de 7,4% em 2004; de 4,4% em 2005; de 3,4% em 2006; de 5,9% em 2007; de 3,0% em 2008; e redução de -1,1% em 2009 (a distorção tarifária foi verificada nesse período de 2002 a 2009). Este último ano (2009) sofreu influências da crise econômica mundial, por isso os seus dados detalhados registraram redução de -8% do consumo de energia elétrica na classe industrial, mas crescimento de 6,4% e de 6,0% nas classes residencial e comercial, respectivamente (EPE, 2013).

Assim, a distorção tarifária causada pelas falhas de interpretação da Portaria Interministerial n. 25/2002 e de disciplinamento das metodologias de apuração e compensação da CVA por parte do ente regulador foi acentuada pelo significativo aumento da relevância dos

encargos setoriais na composição da tarifa e, por fim, indevidamente apropriada pelos concessionários em função da conjugação desses fatores com a configuração da metodologia de cálculo dos reajustamentos tarifários e o ambiente de crescimento do mercado de energia elétrica.

A apropriação de valores correspondentes ao saldo de encargos setoriais pelos concessionários contradiz o regime de regulação por incentivos, uma vez que se trataria de prêmio desvinculado da eficiência na prestação do serviço e dos riscos do negócio, bem como afronta o marco legal do setor, porque não permite compartilhar com os usuários os ganhos advindos do crescimento do mercado.

O ente regulador possui o poder de, no exercício da autotutela, rever sua interpretação da Portaria Interministerial n. 25/2002, a regulação e a aplicação das metodologias de cálculo, além de corrigir as respectivas cláusulas contratuais, independentemente da adesão das concessionárias, para dar cumprimento aos princípios e à legislação que regem o setor.

Neste caso específico, não há que se falar em alteração unilateral do contrato ou descumprimento contratual, uma vez que os incidentes na execução contratual foram originados da interpretação do ato normativo interministerial e da cláusula contratual relacionada à aplicação dos reajustes tarifários. Nesse sentido, bastaria ao ente regulador rever sua interpretação para corrigir o erro de cálculo decorrente da interpretação anterior.

O Tribunal de Contas da União por sua vez, tem competência constitucional para determinar a adoção de medidas saneadoras, caso o ente regulador ainda não tenha providenciado o exato cumprimento legal.

4.2.10 Cláusulas do contrato de concessão

Em um contrato de concessão, as cláusulas econômicas cuidam de estabelecer e manter o equilíbrio entre o serviço prestado e a remuneração recebida pelo concessionário, não podendo essas cláusulas ser alteradas unilateralmente pela Administração Pública.

Os contratos de concessão são comutativos, ou seja, devem apresentar justa equivalência entre as recíprocas prestações pactuadas entre os polos contratuais. Aos contratos comutativos contrapõem-se os contratos aleatórios, nos quais não há previsão de equivalência das prestações.

Em razão da comutatividade dos contratos de concessão, as remunerações recebidas a maior ou a menor pelo concessionário em função de erro incidente na execução contratual devem ser saneadas pelo ente regulador com vistas a recompor a justiça entre as prestações e o

equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Essa comutatividade funciona como elemento atenuador do risco do concessionário, pois assegura a correspondência da remuneração ao serviço prestado.

As cláusulas econômicas do contrato de concessão compreendem o risco de variação do mercado, que faz parte do risco do negócio. Os encargos setoriais são itens de custos não gerenciáveis (Parcela A), por isso não compõem a equação econômica da concessão, não formam parte das cláusulas econômicas do contrato.

O concessionário não deve ser mais ou menos remunerado em função do seu desempenho na arrecadação e repasse de encargos setoriais. Sua remuneração está relacionada à sua eficiência na prestação do serviço público concedido.

Como a distorção tarifária no caso analisado não se deu por causa da cláusula econômica do contrato, não há que se falar em descumprimento de contrato, como já mencionado. A correção do erro não implica alteração do valor econômico do negócio, da base de remuneração regulatória ou das condições efetivas da proposta pactuada.

4.2.11 Consequências

A solução para o problema dos erros tarifários foi atingida mediante acordo bilateral, celebrado entre o ente regulador e os concessionários, porém deveriam ter sido retificados por meio de ato unilateral do ente regulador no exercício de seu poder-dever de autotutela administrativa.

A ANEEL deveria exercer seu poder de autotutela para reconhecer que a interpretação dada ao art. 2º da Portaria Interministerial n. 25/2002 e à cláusula contratual referente ao reajustamento tarifário afrontou não somente o marco legal do setor, mas também ao regime de regulação por incentivos, ao equilíbrio econômico-financeiro e à modicidade tarifária.

Portanto, a correção do equívoco feito pelo ente regulador deve determinar a devolução dos respectivos valores recolhidos pelas concessionárias assim como sua atualização monetária.

4.2.12 Conclusão do caso do cálculo das tarifas

A conclusão a que se pode chegar sobre o caso analisado é que, se não existisse a intervenção do ente externo, a falha regulatória provavelmente não seria notada, implicando, assim, prejuízo cada vez maior aos consumidores.

A intervenção do Tribunal de Contas da União devido à percepção do erro da ANEEL evitou distorção no regime de regulação por incentivos e o comprometimento da eficiência na prestação do serviço público, bem como impediu que o princípio da modicidade tarifária fosse maculado, uma vez que o cenário nacional de crescimento do consumo de energia elétrica repercutiu, em regra, na apropriação pelos concessionários de ganhos indevidos e não compartilhados com os usuários.

O ente regulador foi obrigado a corrigir a distorção tarifária por meio de acordos bilaterais com cada um dos concessionários, mediante termo aditivo com vistas ao aperfeiçoamento da metodologia de reajuste prevista nos contratos de concessão. Porém a ANEEL poderia ter saneado o problema unilateralmente, no exercício do seu poder-dever de autotutela, por meio da aplicação de interpretação conforme à legislação e ao regime de incentivos próprios do serviço regulado e da consequente retificação dos reajustes impugnados.

Outro resultado positivo dessa intervenção na agência reguladora foi com relação aos valores recebidos a maior pelos concessionários, independente de culpa ou conhecimento de que eram indevidos. Para evitar o enriquecimento sem causa e a reestabelecer a justa equivalência das recíprocas prestações contratuais, os valores tiveram que ser devolvidos aos usuários.

4.3 Caso dos leilões de transmissão de energia elétrica

Como último exemplo de ingerência de outro poder nas agências reguladoras é apresentado mais um caso recente ocorrido entre o TCU e a ANEEL. O tema em questão se refere aos leilões efetuados pela agência reguladora, no caso específico o Leilão de Transmissão n. 011/2013-ANEEL.

Esse leilão foi realizado para a concessão da prestação de serviço público de transmissão de energia elétrica, precedida de obra pública, incluindo construção, operação e manutenção de linhas de transmissão, subestações e demais instalações a serem integradas à Rede Básica do Sistema Interligado Nacional (SIN).

O sistema de transmissão tratado no exemplo visa reforçar a interligação Norte-Sudeste e escoar a energia gerada pela Usina Hidrelétrica (UHE) de Belo Monte – 1º Bipolo em corrente contínua Xingu – Estreito. Com aproximadamente 2.100 km de extensão e tensão nominal de 800 kV, o trecho abrange as regiões Norte, Centro-Oeste e Sudeste e atravessa 71 municípios entre os estados do Pará, Tocantins, Goiás e Minas Gerais, com início na subestação conversora (SE) Xingu, no município de Altamira/PA, e término na SE Estreito, no município de

Ibiraci/MG. Um dos objetivos dessa interligação é permitir que a energia gerada na hidrelétrica de Belo Monte – cuja concessão foi objeto de licitação em abril de 2010 e que terá capacidade instalada de 11.233 MW – seja utilizada para abastecer capitais e centros regionais nos estados do sudeste do país.

O Tribunal de Contas da União, em seu Acórdão n. 3.640/2013 – Plenário, deliberado em sessão realizada em 10 de dezembro de 2013, apresentou determinações e recomendações à ANEEL na instrução do processo (TCU, 2013).

4.3.1 Determinação dos leilões no setor elétrico

O setor de energia elétrica é caracterizado basicamente por quatro segmentos: geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica.

A partir de 1995, com edição das Leis n. 8.987 e n. 9.074, de 13 de fevereiro e 7 de julho de 1995, respectivamente, iniciou-se a construção do novo modelo regulatório do setor elétrico. Nesse novo modelo foi introduzida a competição nos setores de geração e comercialização de energia elétrica, buscando principalmente expandir a geração e assegurar o fornecimento de energia a um preço menor aos consumidores.

Entretanto, nos setores de transmissão e distribuição de energia elétrica não foi possível estabelecer essa competição, por estas serem atividades típicas de monopólio natural.

O modelo adotado para o setor elétrico brasileiro, apresentado pelo Governo Federal, tem como objetivos principais:

- garantir a segurança do suprimento de energia elétrica;
- promover a modicidade tarifária;
- promover a inserção social no setor elétrico brasileiro, em particular pelos programas de universalização de atendimento.

A modalidade de licitação escolhida para as concessões de novas instalações de geração e transmissão de energia elétrica foi o leilão. A análise dos leilões de transmissão é feita com o objetivo de identificar os fatores de maior influência nas propostas ofertadas pelos proponentes na constante busca por tarifas menores e desoneração dos consumidores.

4.3.2 Transmissão de energia elétrica no Brasil

A maneira como a energia é transportada das usinas produtoras até o local de efetiva utilização é através de linhas de transmissão. Como geralmente as usinas são construídas longe dos grandes centros consumidores, essa energia necessita de um transporte eficiente e seguro.

Assim, a expansão do sistema de transmissão, ocorrida por meio de leilões, é de extrema importância para a segurança do abastecimento adequado e desenvolvimento do país na interligação de subsistemas, gerando assim uma otimização energética das bacias hidrográficas, com o aproveitamento de suas diversidades hidrológicas, além de aumentar a segurança do sistema. A transmissão de energia elétrica é o principal elo entre os produtores de energia e os centros de distribuição, sendo fundamental seu correto funcionamento para o sucesso do suprimento de energia.

Antes de aprofundar no assunto, é necessário conceituar e caracterizar o Sistema Interligado Nacional, sistema de geração e transmissão de energia elétrica que engloba as cinco regiões do Brasil. Formado por várias empresas, cujas instalações são operadas por empresas de natureza privada, pública e de sociedade mista, o SIN é regulado e fiscalizado pela ANEEL.

Apesar de possuir enormes dimensões, o SIN não atinge todas as localidades do país, existindo ainda os chamados Sistemas Isolados. São realizadas expansões no sistema de transmissão de forma a interligar regiões ainda hoje isoladas, como as interligações com os estados de Rondônia, Acre, Amazonas, Amapá e Roraima. Apenas 1,7% da capacidade de produção de eletricidade do país encontra-se fora do SIN, em pequenos sistemas localizados principalmente na região amazônica.

Diante desse cenário, os leilões de transmissão de energia elétrica se tornaram essenciais para interligar regiões isoladas, pois somente com as expansões necessárias da rede de transmissão pode-se atender à crescente demanda por energia verificada no país. As expansões da rede de transmissão também ocorrem pela necessidade de aumentar a confiabilidade no fornecimento de energia elétrica, em especial a regiões metropolitanas.

4.3.3 Funcionamento dos leilões de transmissão

Com a definição pelo Ministério de Minas e Energia (MME) das obras de transmissão da Rede Básica a serem concedidas, passa-se à realização do leilão pela ANEEL. O objeto do leilão é a concessão para construção, operação e manutenção por um período de 30 anos, sendo

que a concessionária de transmissão tem direito, durante a operação do empreendimento, ao recebimento de uma Receita Anual Permitida (RAP).

A Receita Anual Permitida é a remuneração que as transmissoras recebem para disponibilizar a energia ao sistema e prestar o serviço público de transmissão aos usuários. O valor da RAP, para as transmissoras vencedoras da licitação, é aquele obtido como resultado do leilão de transmissão e pago às transmissoras a partir da entrada em operação comercial de suas instalações, com revisão a cada cinco anos, nos termos do contrato de concessão.

O reajuste anual da RAP das transmissoras é realizado da seguinte forma:

1. Para as transmissoras que celebraram contrato de concessão até 2006, a RAP é atualizada com base no Índice Geral de Preços do Mercado (IGP-M) da Fundação Getúlio Vargas (FGV);
2. Para as transmissoras que celebraram contrato de concessão assinados a partir de 2006, a RAP é atualizada com base no Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Após a definição dos empreendimentos a serem licitados em diversos lotes, a ANEEL publica o Edital do Leilão, que contém informações gerais sobre a sistemática do leilão e informações técnicas sobre as linhas de transmissão e subestações a serem licitadas.

O edital estabelece para cada lote uma Receita Anual Permitida Máxima, que é a receita teto (ou preço de reserva) da licitação. Os proponentes ofertam valores de receita anual, sendo que não são aceitas propostas superiores ao preço de reserva estabelecido no edital. O vencedor é aquele que apresentar a menor proposta, ou seja, aquele que se propuser a construir, operar e manter as instalações de transmissão para uma contrapartida menor em termos de receita, contribuindo, dessa forma, para a modicidade tarifária. Esse valor de receita ofertado pelo vencedor será a remuneração anual da concessionária a partir da entrada em operação do empreendimento até o término da concessão, estando ele sujeito a revisões tarifárias, reajustes e eventuais descontos por indisponibilidade. Ressalta-se novamente que esse valor de receita independe da quantidade de energia transportada, sendo remunerada a disponibilidade do ativo para operação.

Para a definição da RAP máxima, a ANEEL utiliza diversos valores e parâmetros regulatórios, como o investimento estimado, custos de operação e manutenção, estrutura de capital e custos de capital próprio e de terceiros.

O leilão de transmissão da ANEEL caracteriza-se por ser um leilão híbrido com uma primeira fase na modalidade Primeiro Preço Selado, tendo como preço de reserva a RAP máxima. Com a abertura dos envelopes, se não houver lances próximos da melhor proposta,

proximidade essa definida como diferença de até 5% em relação à menor proposta, um vencedor será declarado.

Entretanto, caso ocorra pelo menos um lance suficientemente próximo da menor proposta, passa-se à segunda fase do leilão, um leilão inglês, ou, como chamado nos editais, leilão a “viva-voz”, em que a melhor proposta da primeira fase torna-se o novo preço de reserva.

4.3.4 Participação do Tribunal de Contas nos leilões

Na elaboração dos processos licitatórios de concessão de transmissão de energia, a ANEEL deve atender ao disposto na Instrução Normativa n. 27/1998 do Tribunal de Contas da União, que trata da fiscalização pelo TCU dos processos de desestatização.

Nessa Instrução, os arts. 7º e 8º definem como será a fiscalização e análise do Tribunal com relação às concessões, permissões e autorizações de serviço público, que se constituem em cinco estágios.

Art. 7º A fiscalização dos processos de outorga de concessão ou de permissão de serviços públicos será prévia ou concomitante, devendo ser realizada nos estágios a seguir relacionados, mediante análise dos respectivos documentos:

I - primeiro estágio:

- a) relatório sintético sobre os estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, com informações sobre o seu objeto, área e prazo de concessão ou de permissão, orçamento das obras realizadas e a realizar, data de referência dos orçamentos, custo estimado de prestação dos serviços, bem como sobre as eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias e as provenientes de projetos associados;
- b) relatório dos estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houver;
- c) relatório sintético sobre os estudos de impactos ambientais, indicando a situação do licenciamento ambiental.

II – segundo estágio:

- a) edital de pré-qualificação;
- b) atas de abertura e de encerramento da pré-qualificação;
- c) relatório de julgamento da pré-qualificação;
- d) recursos eventualmente interpostos e decisões proferidas referentes à pré-qualificação;
- e) edital de licitação;
- f) minuta de contrato;
- g) todas as comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados às empresas participantes da licitação, bem como as impugnações ao edital, acompanhadas das respectivas respostas.

III – terceiro estágio:

- a) atas de abertura e de encerramento da habilitação;
- b) relatório de julgamento da habilitação;

- c) questionamentos das licitantes sobre a fase de habilitação, eventuais recursos interpostos, acompanhados das respostas e decisões respectivas;
- d) atas de abertura e de encerramento da fase do julgamento das propostas;
- e) relatórios de julgamentos e outros que venham a ser produzidos;
- f) recursos eventualmente interpostos e decisões proferidas referentes à fase do julgamento das propostas.

IV – quarto estágio:

- a) ato de outorga;
- b) contrato de concessão ou de permissão.

§ 1º Nos casos em que expressivo número de direitos de outorga de um mesmo serviço, com procedimentos uniformes e editais padronizados, for licitado simultaneamente, o Relator poderá autorizar, de acordo com os pareceres, a utilização de técnicas de amostragem e outros procedimentos simplificados com o objetivo de selecionar as outorgas que deverão ser examinadas individualmente nos estágios previstos neste artigo, dispensando-se o exame das demais. (Acrescido pela Instrução Normativa nº 40, de 24/4/2002, BTCU nº 27/2002, DOU de 3/5/2002).

§ 2º Os procedimentos de que trata o parágrafo anterior não dispensarão o envio, nos respectivos prazos, da documentação prevista neste artigo, salvo se assim determinado pelo Relator. (Acrescido pela Instrução Normativa nº 40, de 24/4/2002, BTCU nº 27/2002, DOU de 3/5/2002).

Art. 8º O dirigente do órgão ou da entidade federal concedente encaminhará, mediante cópia, a documentação descrita no artigo anterior ao Tribunal de Contas da União, observados os seguintes prazos:

I – primeiro estágio - 30 (trinta dias), no mínimo, antes da publicação do edital de licitação;

[...]

Parágrafo único. O prazo a que se refere o inciso I deste artigo será de 60 (sessenta) dias, para a outorga de concessão de serviço público de transmissão de energia e de concessão de uso de bem público destinado à exploração e aproveitamento hidrelétrico, desde que a estimativa de investimentos seja superior a um bilhão de reais. (AC) (Instrução Normativa TCU nº 58, de 03/06/2009, DOU de 08/06/2009) (TCU, 1998)

Portanto, conforme dita a norma citada, a análise do Tribunal se constitui de cinco estágios, porém nos casos de outorga são apenas quatro os estágios analisados pela corte de contas. O Acórdão do TCU n. 3.640/2013– Plenário diz respeito ao primeiro estágio que é a parte prévia do leilão (TCU, 2013).

Como a grande maioria dos leilões de transmissão tem investimento estimado superior a 1 bilhão de reais, a publicação do edital deve ocorrer no mínimo 60 dias após o envio da documentação do 1º estágio, o que é chamado de Ato Justificatório.

4.3.5 Divergências entre a ANEEL e o TCU

No que refere à documentação citada no inciso I, do art. 7º, da Instrução Normativa do TCU n. 27/1998, exige-se basicamente:

- um resumo dos relatórios de planejamento que determinam qual obra será licitada, bem como as características técnicas da obra – potência de transformadores, reatores, cabo condutor das linhas de transmissão; diretriz preferencial do traçado a partir de estudo socioambiental;
- planilhas do investimento calculado a partir do Banco de Preços de Referência ANEEL e cálculo da máxima Receita Anual Permitida (RAP teto dos leilões), apresentando os critérios considerados pela ANEEL.

E é justamente no período de 60 dias entre o envio da documentação, por parte da ANEEL ao TCU, e a publicação do edital, que o Tribunal analisa os estudos e as planilhas encaminhadas.

Nesse espaço de tempo podem ocorrer questionamentos por parte do TCU, consequentemente gerando influência nos leilões. No caso específico analisado, o questionamento se deu na metodologia adotada pela ANEEL para a estimativa de investimento e a RAP.

Segue o entendimento do Tribunal de Contas sobre a metodologia adotada pela ANEEL:

56 Percebe-se nesse caso que, o critério utilizado para a definição da estrutura de capital para o Leilão 11/2013 foi bastante conservador, considerando-se basicamente as incertezas nos parâmetros de financiamento deste empreendimento específico, ao invés da avaliação de uma estrutura ótima de capital de uma empresa eficiente, como estabelecido na metodologia da própria Aneel para os leilões anteriores, bem como uma análise sobre a factibilidade de eventual financiamento parcial pelo BNDES de parte dos equipamentos importados.

57. Assim, considerando a oportunidade para aprimoramento da definição do custo de capital, propõe-se recomendar à Aneel que reveja a metodologia utilizada para o cálculo da estrutura de capital do Leilão 11/2013, de forma a refletir níveis ótimos de alavancagem de empresas eficientes, conforme as premissas utilizadas na Nota Técnica 395/2009-SRE/ANEEL, bem como uma análise sobre a factibilidade de eventual financiamento parcial pelo BNDES de parte dos equipamentos importados, quando do cálculo da taxa de retorno (WACC) definitiva do empreendimento. (TCU, 2013, p. 10, grifo no original)

Conforme observado no edital do Leilão nº 011/2013, publicado no dia 27/12/2013, especificamente na minuta do Contrato de Concessão, item 2 do Anexo V (ANEEL, 2014), a agência reguladora não acatou a recomendação e manteve a metodologia. Portanto, não houve a alteração do critério adotado para cálculo da estrutura de capital, o que não gerou a redução da receita teto. E o resultado do leilão realizado sem que a ANEEL alterasse a metodologia de cálculo foi:

- Lote AB: 3 propostas – 1 com deságio de 4,93%, 1 com 11,49% e a 3ª e vencedora com 38,00%. (redução de R\$ 245 milhões por ano)

4.3.6 Conclusão

Quanto maior o número de concorrentes numa licitação, maiores são as possibilidades de concorrência entre si e, conseqüentemente, maiores as chances de maior deságio final, o que é benéfico para a sociedade, pois representa uma menor receita a ser paga pelos consumidores de energia. Se a ANEEL tivesse acatado a recomendação do Tribunal de Contas, a RAP teto seria menor, podendo afastar os dois proponentes que ofertaram menores deságios. Se o terceiro proponente estivesse sozinho na concorrência, não precisaria ofertar deságio e poderia vencer o leilão pelo preço teto, acarretando uma maior receita a ser paga pelos consumidores.

Caso pior seria o não aparecimento de interessados no leilão, principalmente pelo fato de a ausência da obra ser ainda mais prejudicial do que um menor deságio. No caso específico do Leilão n. 11/2013, a ausência do sistema de transmissão implica a conclusão da UHE Belo Monte sem o sistema necessário para escoamento da energia. Portanto, além de pagar ao concessionário da usina pelo valor da energia, seria necessário obter outras formas de energia, provavelmente mais caras e poluentes, para compensar a energia que seria gerada pela UHE Belo Monte.

Analisando os resultados dos leilões de transmissão realizados pela ANEEL, destaca Rodrigo Limp Nascimento (2012, p. 4):

Com uma base de dados dos leilões de transmissão de energia elétrica no período de 1999 a 2010, buscou-se analisar os resultados dos leilões verificando os fatores de maior influência nas propostas ofertadas pelos proponentes e também os fatores de influência nas propostas vencedoras de cada lote. A análise foi realizada a partir de um modelo de regressão linear de múltiplas variáveis, onde a variável dependente foi o deságio observado em cada proposta e as variáveis independentes representaram as características das instalações licitadas, dos proponentes e o número de competidores em cada licitação.

Os exercícios empíricos mostraram que alguns fatores influenciam nas propostas dos concorrentes. Dentre os fatos de maior influência, destacaram-se os ganhos de escala, a competitividade representada pelo número de participantes no certame e a presença de empresas estatais.

E o autor conclui em seu trabalho:

Na análise econométrica realizada de todas as propostas verificadas no horizonte estudado, observou-se que dentre as variáveis estatisticamente significantes, destaca-se o número de proponentes em cada lote. A regressão demonstra que quanto maior o número de competidores no lote, maiores os deságios ofertados pelos proponentes, confirmando a expectativa apresentada para essa variável. A partir desse resultado, entende-se que os empreendimentos devem ser agrupados em lotes de forma a atrair o maior número possível de proponentes. A Receita Anual Permitida – RAP teto estabelecida pela ANEEL não deve ser tão calibrada a ponto de inibir a participação de mais concorrentes. Uma maior receita teto pode atrair mais proponentes e conseqüentemente serão obtidas propostas com maiores deságios, contribuindo dessa forma para a modicidade tarifária. (NASCIMENTO, 2012, p. 44)

5 CONCLUSÕES

Este trabalho foi estruturado no sentido de apresentar as agências reguladoras, em especial a ANEEL, e demonstrar que elas são legítimas entidades representantes do Estado, com capacidade técnica, estabilidade e (relativa) neutralidade política para a implementação das políticas públicas, sendo, por isso, objeto de forte controle externo. Neste aspecto, foram exibidos os parâmetros que guiam os controles exercidos por todos os Poderes e também pelo Tribunal de Contas da União.

A agência reguladora cumpre tarefa de grande relevância para o país, sendo difícil de ser realizada, pois esse órgão trata de administrar interesses muitas vezes antagônicos, consumidores e empresas privadas diversas vezes estão em lados opostos, assim como governo e mercado livre. A fim de exercer bem essa função, que é essencialmente técnica, a estrutura da agência reguladora deve ser constituída de tal forma a se evitar ao máximo que interesses políticos venham a definir sua posição.

Os três exemplos apresentados no quarto capítulo demonstram claramente a imensa pressão existente sobre a agência reguladora, principalmente quando se trata de influências dos Poderes em suas decisões. Normalmente, ao se tratar do tema de maneira mais ampla, fica a impressão de que, seguindo o caminho da legislação, cada um desses entes - agências reguladoras e Poderes - podem exercer suas próprias (ou específicas) atribuições dentro do espectro legal, sem interferência uns nos outros.

Contudo, no dia a dia das agências, a ocorrência concreta de conflitos demonstra que a realidade não é tão perfeita. A interferência dos Poderes é, até certo ponto, normal e natural, porém não pode chegar ao ponto de modificar uma questão técnica definida pela agência. Por isso, a importância de uma regulação forte e livre de grandes influências para que seja isenta de interesses. Somente assim é possível controlar a qualidade na prestação do serviço e estabelecer regras necessárias para o setor.

Deve existir sempre fiscalização em todos os níveis de organização do Estado, devendo ela incluir certo controle dos atos emitidos pelas agências, pois trata-se de atos que influenciam, de modo geral, grande parte da população. Contudo esse controle deve seguir o que determina a Lei, a fim de não distorcer o real papel da regulação.

Não se pretende, portanto, que as agências reguladoras tenham poderes incontestáveis; isso é pacificado. No desenho constitucional brasileiro, aliás, isso seria inconcebível. Não se pode também afastar o direito de qualquer cidadão ou entidade de questionar questões de seu interesse na via judicial; porém, o que se torna preocupante neste caso é a dúvida quanto ao

sentido do real papel das agências reguladoras na regulamentação dos seus respectivos setores de influência.

O papel das agências influencia diretamente o setor no sentido de torná-lo mais atrativo para investimentos e mais seguro para os investidores; a estabilidade do setor em certa parte passa pela influência dos órgãos reguladores. O incentivo à concorrência, minimizando os efeitos dos monopólios naturais, constitui meta que deve ser buscada pelas agências, pois somente por meio dessa concorrência e da constante fiscalização no cumprimento pelos agentes do mercado das normas reguladoras pode-se alcançar melhoria na qualidade dos serviços prestados e, conseqüentemente, tarifas mais justas ao consumidor.

No que diz respeito a tarifas e consumidores, para que esse panorama desenhado se torne concreto e palpável, a gestão dos contratos de concessão deve ser rígida e isenta de interesses. Essa gestão de contratos de concessão e termos de autorização e permissão de serviços públicos delegados é, por muitas vezes, ineficiente quando a fiscalização por parte das agências é desviada por interesses e sofre ingerência de atores que não compreendem a complexidade do tema, comprometendo a aplicação da correta política tarifária.

A lei de criação de cada uma das agências reguladoras expressa em seu texto a inexistência de vínculo hierárquico com qualquer outro Poder, até mesmo com o Ministério ao qual ela é vinculada, portanto, a independência dessas agências deve ser a premissa básica de seu funcionamento.

Para que exista realmente essa independência e evolução no que diz respeito à regulação dos setores, é necessária a busca constante da transparência nas decisões das agências reguladoras, obtida, em grande parte, por meio do controle dos atos a serem praticados por elas. Somente essa constância de transparência permitirá que todas as decisões das agências reguladoras sejam de ordem técnica, propiciando o pleno sucesso da regulação.

A transparência identifica e esclarece os motivos fáticos, técnicos e jurídicos do ato regulatório, demonstrando, assim, sua razoabilidade e proporcionalidade. É notório que a fundamentação e a motivação do ato regulatório facilitam o controle por parte da Administração relativamente aos seus limites legais, bem como na averiguação se esta agiu dentro de seu âmbito de competência.

No que diz respeito a essa constante busca de transparência e, conseqüentemente, de publicidade, a ANEEL foi pioneira entre as agências no sentido de tornar as deliberações de seus atos mais acessíveis, fazendo com que as reuniões de diretoria fossem públicas, transmitidas simultaneamente e ao vivo para todo o País, pela internet, possibilitando a participação direta dos agentes interessados nas discussões e decisões do órgão regulador.

Por isso tem que haver uma busca constante no atendimento do interesse público, que deve ser sempre o balizador do objetivo maior das agências. Somente desse modo, observados e respeitados esses limites, o controle de modo geral pode e deve ser exercido, como forma de legitimar a atuação das agências, garantindo que ela ocorra no espaço de sua competência e em obediência aos limites legais que lhes são impostos.

Os casos apresentados durante o trabalho intensificam a importância do controle em todas as esferas de Poder. Como não poderia ser diferente, o controle nas agências reguladoras deve existir, pois até mesmo estimula uma melhor atuação do funcionário público das agências, porém essa fiscalização de ordem técnica deve ser realizada de uma maneira mais objetiva e pontual. Mecanismos devem ser discutidos e ajustados para que essa fiscalização técnica não afete e desmoralize a competência estabelecida pelo corpo técnico que compõe as agências. Afinal de contas, pior que um órgão sem o devido controle é o órgão fiscalizado por outro sem nenhuma expertise no assunto.

Grande parte dos casos em que há interferência de um órgão nas agências ocorre quando não há disciplina legislativa expressa, ou quando existe a legislação, porém ela é confusa, dando margem a várias interpretações. Isso acaba fazendo com que as relações institucionais entre os entes envolvidos se ajustem ao longo dos anos com uma forte participação do Poder Judiciário.

Essa forma de solucionar conflitos – à medida que eles aparecem no dia a dia – pode resultar numa ausência de similaridade ou coerência na resolução de alguns deles, podendo até mesmo causar certa instabilidade no setor afetado.

Assim, diante de ausência de disciplina legislativa única no que diz respeito às agências, visando contribuir para esta discussão, entende-se ser necessário um aprofundamento no tema, sinalizando para o estudo quanto à viabilidade de um grupo de trabalho que tenha representantes de diversos entes, para que, assim, a interação entre eles possa convergir para uma melhoria em suas relações. Este canal de comunicação constante entre as agências e os órgãos mais próximos que as fiscalizam seria um bom começo para a resolução do problema. A troca de informações poderia diminuir o número de ocorrências e esclarecer as dúvidas entre os envolvidos, evitando, assim, futuros conflitos e questionamentos na Justiça. O estabelecimento de regulamentos definindo o papel exato de cada agente dentro do aspecto específico de funcionamento das agências reguladoras se apresenta como um mecanismo inicial que poderia facilitar sua atuação no setor.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Parecer n. AC 051*. Int.: Ministério dos Transportes. Assunto: Deliberação da ANTAQ. Agência Reguladora. Competência e recurso hierárquico impróprio. Divergência entre o Ministério e a Agência. Publ. 12.06.2006. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8453>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. *Audiência Pública n. 007/1998*, realizada em 10 de fevereiro de 1998, com objetivo de estabelecer as condições gerais de fornecimento de energia elétrica destinada à Iluminação Pública. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/Audiencia_Publica/audiencia_proton/ap007/ap007.htm>. Acesso em: 17 jan. 2014.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. *Audiência Pública n. 049/2011a*, realizada nos dias 19 de outubro de 2011 e 24 de novembro de 2011, com objetivo de obter contribuições à proposta de revisão da Resolução Normativa nº 414/2010, que trata das condições gerais de fornecimento de energia elétrica. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/dspListaDetalhe.cfm?attAnoAud=2011&attIdeFasAud=569&id_area=13&attAnoFasAud=2011>. Acesso em: 17 jan. 2014.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. *Audiência Pública n. 054/2011b*, realizada com objetivo de obter subsídios para procedimentos de regularização, nos termos da Resolução nº 414, de 2010, dos ativos de iluminação pública registrados no Ativo Imobilizado em Serviço das concessionárias e permissionárias distribuição de energia. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/dspListaDetalhe.cfm?attAnoAud=2011&attIdeFasAud=574&id_area=13&attAnoFasAud=2011>. Acesso em: 17 jan. 2014.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. *Contrato de Concessão n. XX/2014-ANEEL* Processo no 48500.005042/2013-55 Lote A. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_transmissao/documentos/Minuta%20Contrato%20de%20Concess%C3%A3o%20Lote%20A%2c%20B%20e%20AB_Leilao_11-2013.pdf. Acesso em: 14 jan. 2014.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. *Nota Técnica n. 021/2011-SRC/ANEEL, de 25 de agosto de 2011c*. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2011/049/documento/nt-021_2011_art_218.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2014.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. *Nota Técnica n. 065/2010-SRE/ANEEL, de 17 de março de 2010a*: Análise da metodologia de cálculo do reajuste tarifário anual, conforme prevista nos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica. Brasília: Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 23 jul. 2010.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. *Parecer n. 1.059/2009-PF/ANEEL*. Interessada: Concessionários de distribuição. Assunto: Conta de Variação dos Itens da Parcela A. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2010/033/documento/parecer_pf-aneel_n%C2%BA_1059-2009.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2014.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. *Portaria Interministerial n. 25, de 24 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/Audiencia_Publica/audiencia_proton/ap007/ap007.htm>. Acesso em: 17 jan. 2014.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. *Resolução ANEEL n. 456, de 29 de novembro de 2000*. Estabelece, de forma atualizada e consolidada, as Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica. Disponível em: <http://sistemas.rei.unicamp.br/pdf/condicoes-gerais-de-fornecimento-de-energia-eletrica-resolucao-aneel-n-456-de-29-11-00-Attach_s437081.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2014.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. *Resolução Normativa n. 414, de 9 de setembro de 2010b*. Estabelece as Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica de forma atualizada e consolidada. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2010414.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2014.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. *Resolução Normativa n. 479, de 3 de abril de 2012*. Altera a Resolução Normativa nº 414, de 9 de setembro de 2010, que estabelece as Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica de forma atualizada e consolidada. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2012479.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2014.

ALESSI, Renato Alessi. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1970. t. I.

ANDRADE, Érico. *O Mandato de Segurança: a busca da verdadeira especialidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 354, p. 3-26, mar./abr. 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Supervisão Ministerial das Agências Reguladoras: limites, possibilidades e o parecer AGU nº AC – 051, 237. *Revista de Direito Administrativo*, v. 245, p. 237-62, 2007.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e motivação do ato administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Correa (Coord.). *Temas de Direito Administrativo - Estudos em homenagem ao Prof. Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 99-125.

BNDES – BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. *Relatório de Gestão Exercício 2007: Conteúdo geral por natureza jurídica*. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empra/download/Relat_Gestao_BNDES_BPAR_FINAME_2007.pdf>. Acesso em: 25 out. 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1996.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *R. Dir. Adm.*, n. 229, p. 285-311, jul./set. 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Princípio da Legalidade. Delegações Legislativas. Poder regulamentar. Repartição constitucional das competências legislativas. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 13, n. 1, p. 15-28, jan. 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. t. II.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 jan. 2014.

BRASIL. *Decreto n. 41.019, de 26 de fevereiro de 1957*. Regulamenta os serviços de energia elétrica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D41019.htm>. Acesso em: 17 jan. 2014.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.763, de 25 de outubro de 1941*. Consolida disposições sobre águas e energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del3763.htm>. Acesso em: 17 jan. 2014.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 5.764, de 19 de agosto de 1943*. Dispõe sobre a situação contratual das empresas de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-5764-19-agosto-1943-415930-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 17 jan. 2014.

BRASIL. *Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993*. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm>. Acesso em: 8 ago. 2013.

BRASIL. *Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18443.htm>. Acesso em: 8 ago. 2013.

BRASIL. *Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995a*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 4 ago. 2010.

BRASIL. *Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995b*. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19074cons.htm>. Acesso em: 17 jan. 2014.

BRASIL. *Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996*. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19427cons.htm>. Acesso em: 8 ago. 2013.

BRASIL. *Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999*. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm>. Acesso em: 8 ago. 2013.

BRASIL. *Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000*. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19984.htm>. Acesso em: 8 ago. 2013.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, v. 47, n. 1, p. 7-29, 1996.

CAL, Ariane Brito Rodrigues. *As agências reguladoras no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

CARVALHO FILHO, José Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. *Revista Eletrônica de Direito Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, fev./mar./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-6-SETEMBRO-2006-JOSE%20CARVALHO%20NETO.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

CUÉLLAR, Leila. Poder normativo das agências reguladoras norte-americanas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 229, p. 153-176, jul./set. 2002.

DALLARI, Adilson Abreu. Controle político das agências reguladoras. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, n. 38, p. 16-22, 2002.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parcerias público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ELETROBRAS-PROCEL. *Relatório de resultados do Procel 2012 - ano base 2011*. Rio de Janeiro: ELETROBRAS, 2012.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; TOMÁS-RAMÓN, Fernandes. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. Arnaldo Setti, colab. Almudena Marín López e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA – EPE. *Consumo Nacional de Energia Elétrica por Classe – 1995-2009*. Publicado em 10/07/2013. Disponível em: <[http://www.epe.gov.br/mercado/Documents/Box%20Mercado%20de%20Energia/Consumo%20anual%20de%20energia%20el%C3%A9trica%20por%20classe%20\(nacional\)%20-%201995-2013.xls](http://www.epe.gov.br/mercado/Documents/Box%20Mercado%20de%20Energia/Consumo%20anual%20de%20energia%20el%C3%A9trica%20por%20classe%20(nacional)%20-%201995-2013.xls)>. Acesso em: 17 abr. 2014.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de Mérito no Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Seleção Histórica: Matéria publicada em números antigos (de 1 a 150), Rio de Janeiro, 1991.

FERREIRA, Fernanda Meirelles. *Regulação por Contrato no Setor de Saneamento: o caso de Ribeirão Preto*. 2005. 129 f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2005.

FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. *A regulação do serviço público concedido*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

GIACOMINI, James. Recursos humanos das Agências Reguladoras: situação atual, diagnóstico e recomendações. Brasília: Presidência da República, mar. 2013. Disponível em: <<http://www.regulacao.gov.br/trabalhos-de-consultoria/diagnostico-da-alocacao-dos-quadros-efetivos-comissionados-e-terceirizados-das-agencias-reguladoras-federais>>. Acesso em: 17 abr. 2014.

GOMES, Eduardo Granha Magalhães. As Agências Reguladoras independentes e o Tribunal de Contas: Conflito de Jurisdições? *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, jul./ago. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000400006>. Acesso em: 5 jul. 2013.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUERRA, Sérgio. *Agências Reguladoras e o Controle Judicial dos seus atos*. Palestra proferida em 13 de abril de 2011, na Fundação Getulio Vargas. Brasília-DF, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração Pública centralizada e descentralizada*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesse público*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEDAUAR, Odete. Regulação e auto regulação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 228, p. 123-128, abr./jun. 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed., atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emanuel Burle Filho, 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELO FILHO, João Aurino de. Controle jurisdicional na atividade das agências reguladoras. Delimitação da discricionariedade administrativa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2163, 3 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12903>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Vara Federal de Teófilo Otoni. *Antecipação de Tutela n. 1863-67.2013.4.01.3816*. Autor: Associação dos Municípios da Microrregião do Vale do Mucuri e Município de Teófilo Otoni. Réu: ANEEL e outros. Juiz Federal: Elísio Nascimento Batista Júnior. Julgado em: 08.07.2013. Disponível em: <<http://processual.trf1.gov.br/consultaProcessual/arquivo/abrir.php?tipo=fs&nome=6f7bf61a53f6b05d2fae31b84fa83cae.pdf&size=130559>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

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

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

NASCIMENTO, Rodrigo Limp. *Análise dos fatores de influência nas propostas ofertadas nos leilões de transmissão de energia elétrica*. 2012. 44 f. Dissertação (Mestrado em Economia do Setor Público) – Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação, Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2012.

PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. Agências reguladoras: origem e natureza jurídica. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 13, n. 50, p. 153-171, jan./mar. 2005.

RIGOLON, Francisco José Zagari. Regulação da Infra-Estrutura: A Experiência Recente no Brasil. *Revista do BNDES*, v. 4, n. 7, p. 123-150, jun. 1997. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev705.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2014.

SALAVERRÍA, Juan Igartua. *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1998.

SÃO PAULO. 2ª Subseção Judiciária de São Paulo. Vara Federal de Ribeirão Preto. *Ação Ordinária n. 0002739-94.2013.403.6102*. Autor: Município de Ribeirão Preto. Réus: ANEEL e CPFL. Relator: Juiz Federal Augusto Martinez Perez. Julgado em: 30/07/13a.

SÃO PAULO. 4ª Subseção Judiciária de São Paulo. 2ª Vara Federal de Santos. *Ação ordinária n. 0008642-07.2013.403.6104*. Autor: Município de Registro. Réu: ANEEL e outro. Relator: Juiz Federal Substituto Fábio Ivens de Pauli. Julgado em: 12/09/13b. Disponível em: <<http://csp.jfsp.jus.br/csp/consulta/consinternetpro1a.csp?processo=20136104000864207>>. Acesso em: 17 jan. 2014.

SÃO PAULO. 25ª Subseção Judiciária de São Paulo. Vara Federal de Ourinhos. *Procedimento Ordinário n. 0000388-79.2013.403.6125*. Autor: Município de Estância Hidromineral de Águas de Santa Bárbara. Réus: ANEEL e CPFL-Santa Cruz. Relator: Juiz Federal Mauro Spauding. Julgado em: 15/04/13c. Disponível em: <<http://csp.jfsp.jus.br/csp/consulta/consinternetpro1a.csp?processo=20136125000038879>>. Acesso em: 17 jan. 2014.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. Perspectivas das formas políticas. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Perspectivas do Direito Público*. Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 129-152.

SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. Agências Reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 216, p. 124-162, abr./jun. 1999.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: _____ (Org.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 17-38.

SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados. *Revista de Direito Público*, v. 79, ano XIX, p. 118-127, jul./set. 1986.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Mandado de segurança n. 1.269/DF*. Relator: Ministro Felix Fischer. Órgão Julgador: Terceira Seção. Data do Julgamento: 22/08/2007. Data da Publicação: DJ 24/09/2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso em Mandado de Segurança n. 14.967/SP*. Relator: Ministro Vicente Leal. Órgão Julgador: Sexta Turma. Data do Julgamento: 25/03/2003a. Data da Publicação: DJ 22/04/2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial n. 429.570/GO*. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data do Julgamento: 11/11/2003b. Data da Publicação: DJ 22/03/2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial n. 778.648/PE*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data do Julgamento: 06/11/2008. Data da Publicação: DJe 01/12/2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RE-AgR 505.439/MA*. Relator: Ministro Eros Grau, Órgão Julgador: Segunda Turma. Data do Julgamento: 12/08/2008. Data da Publicação: DJe-29/08/2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso em Mandado de Segurança n. 24.699/DF*. Relator: Ministro Eros Grau. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data do Julgamento: 30/11/2004. Data da Publicação: DJ 01/07/2005.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão n. 3.640/2013 – Plenário*. Relator: José Jorge. Natureza: Desestatização. Entidade: Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel. Deliberado na Sessão realizada em 10 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20131211/AC_3640_49_13_P.doc>. Acesso em: 21 fev. 2014.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Instrução Normativa n. 27, de 2 de dezembro de 1998*. Dispõe sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União dos processos de desestatização. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.tcu.gov.br%2Fconsultas%2Fjuris%2Fdocs%2Fjudoc%2Fin%2F20090624%2Fint1998-027.doc&ei=c0qdVomRGZPfggTRroPwBg&usg=AFQjCNF_qNAC8NGKebXkGhkIQVB4l73PFA&sig2=mtBbaDqUGSOfkMus1u0n1g>. Acesso em: 21 fev. 2014.

WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel. Agências reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 141, p. 143-171, jan./mar. 1999.