

# ***As agências reguladoras independentes – algumas desmistificações à luz do direito comparado***

Alexandre Santos de Aragão

## Sumário

1. Introdução 2. Inglaterra 3. Estados Unidos da América do Norte 4. França 5. Espanha 6. Itália 7. Argentina 8. Conclusões

### *1. Introdução*

A criação de entidades dotadas de especial autonomia frente ao Poder Executivo Central não é fenômeno exclusivo do Brasil. Muitos países, uns há mais, outros há menos tempo, recorreram a esse modelo organizativo para dar conta da regulação de setores sensíveis da vida social, neles incluídos certos setores da economia.

O nosso objetivo não é traçar um perfil pormenorizado dessas instituições nos direitos nas quais foram adotadas, mas apenas o de realizar um corte metodológico para, sempre ressalvadas as peculiaridades de cada sistema jurídico, identificar como a doutrina e a jurisprudência desses países vêm tratando questões polêmicas também suscitadas entre nós.

Em estudo de Direito Comparado, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2000, p. 80), ao versar sobre as agências administrativas independentes, observou que,

“tanto na Espanha como no Brasil, as opiniões se encontram divididas quanto à constitucionalidade das administrações independentes e às entidades que devem ser incluídas no gênero. Assim é que dificuldades técni-

Alexandre Santos de Aragão é Mestre em Direito Público pela U.E.R.J. Professor contratado de Direito Administrativo e da disciplina eletiva “Agências Reguladoras” da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – U.E.R.J. Professor da Pós-Graduação em Direito Econômico Internacional da PUC/RJ e da Pós-Graduação em Direito da Administração Pública da UFF. Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro.

co-jurídicas, como a dependência direta do Legislativo sem intermediação da Administração, a substituição de um controle de natureza judicial por um órgão estatal não judicial e o problema da independência da direção das agências frente ao Governo central, suscitam, tanto aqui como alhures, instigantes debates”.

Com efeito, como veremos, é curioso notar como, em todo sistema jurídico em que foram adotadas, as agências reguladoras independentes levantaram polêmicas e candentes questões quanto à incolumidade do poder de direção da Administração central e ao amplo poder normativo do qual são dotadas. É curioso também como, em todos eles, a constitucionalidade dessas entidades foi afirmada por meio de interpretações construtivas da Constituição. São esses pontos que constituirão o foco da nossa investigação comparada, sempre com vistas a fornecer a maior luz possível sobre os desafios colocados no Direito pátrio.

## 2. Inglaterra

As agências reguladoras independentes não possuem, na Inglaterra, uma peculiaridade que as distinga dos demais corpos administrativos, uma vez que a Administração Pública inglesa é caracterizada por seu fortíssimo policentrismo e pela autonomia de seus órgãos<sup>1</sup>, denominados *Quasi Autonomous non Governmental Organizations* – *QUANGOS*, *boards* ou *quasi tribunals*.<sup>2</sup>

No dizer de Howard Machin,

“os Ministérios em Londres não existem para administrar, mas para gerir as atividades administrativas de outras organizações. Não existem, portanto, ‘serviços externos’, mas apenas uma pequena administração central, cujas funções se limitam a definir as grandes linhas das políticas públicas, à preparação das leis, dos regulamentos, das respostas às questões formuladas pelos parlamentares e ao con-

trole da função administrativa exercida por outros organismos. (...) A noção de ‘autoridade’ implica, pois, a existência de uma organização distinta e autônoma, exterior ao serviço público (*à la fonction publique*), e dotada de poderes, de responsabilidades e de recursos financeiros outorgados pelo Estado” (1988, p. 236).

Começaram a surgir no século XIX. Como não havia a idéia de Administração Pública, mas apenas de Governo, quando era editada uma lei para dar conta de determinado interesse público, era concomitantemente criado um órgão para implementá-la. Dessa maneira, foram criados *quangos* para as mais diversas finalidades (assistenciais, de controle, reguladoras<sup>3</sup> etc.), chegando a alcançarem em seu conjunto o impressionante número de mil e quinhentas organizações<sup>4</sup>.

Como exemplos, podemos citar a *Monopolies and Mergers Commission*, criada em 1949 e encarregada da proteção da concorrência; a *British Broadcasting Corporation (B.B.C.)*; a *Independent Broadcasting Authority*, incumbida da supervisão das empresas privadas de televisão; a *University Grants Committee*, incumbida da repartição de receitas entre as universidades e os centros de pesquisa; o *British Council*, executor da política de promoção cultural inglesa no exterior; o *Medical Research Council*, a *Civil Aviation Authority* etc.

A doutrina observa a diversidade estrutural dos *quangos*, dificilmente sujeitos a uma conceituação homogênea ou mesmo a uma classificação dotada de maior racionalidade. Tony Prosser afirma a “necessidade de ser destacado o enorme pluralismo da regulação britânica: um enorme espectro de diferentes formas institucionais foi adotado, com variedade de propósitos e abordagens, não tendo predominado ao longo dos anos qualquer razão ou tipo de instituição” (1997, p. 32).

Existem pequenas instituições como o Conselho de Desenvolvimento da maçã e da

pêra, até aquelas com grandes responsabilidades, a exemplo da Autoridade da Energia Atômica. “As fronteiras deste estranho reino do ‘*quasi government*’ é, destarte, muito difícil de ser delineada. Como notou Sir Norman Chester, o único elemento comum a estes organismos é o de que a sua responsabilidade frente às autoridades políticas – o ministro, o parlamento ou o Conselho local – é indireta e limitada” (MACHIN, 1988, p. 240).

A doutrina inglesa comenta que

“o problema das relações entre uma autoridade e seu ministro supervisor, encarregado da sua tutela, geralmente não é difícil. Em princípio, a responsabilidade do ministro é bastante atenuada, e o ministro é responsável perante o Parlamento pelas grandes políticas e pelo orçamento da autoridade. Normalmente esta idéia de responsabilidade limitada é estabelecida pela legislação da autoridade em questão, já que, sem definição jurídica dos poderes de intervenção do ministro, não há autoridade que seja realmente ‘independente’. Todavia, algumas autoridades são regidas por tradições ou regras não-escritas de não-intervenção ministerial, tradições estas que muitas vezes evoluem segundo o contexto político. De qualquer forma, a debilidade dos meios políticos do Executivo geralmente leva os ministros a não se imiscuírem” (MACHIN, 1988, p.247).

Inicialmente havia dúvidas quanto à possibilidade de os *quangos* serem controlados jurisdicionalmente, o que foi expressamente afirmado por via legislativa em 1958. Também estão sujeitos ao controle administrativo exercido pelo *Council of Tribunals*.

No Governo Thatcher, partidário da *deregulation*, buscou-se aumentar o controle sobre os *quangos* e extinguir uma série deles. Todavia, apesar de terem sido extintos cerca de quinhentos *quangos*, foram criados outros sessenta, principalmente para regular as atividades então desestatizadas (PAS-

SARO, 1996, p. 64). Esses novos *quangos*, seguindo a tendência global, adotaram a nomenclatura norte-americana de *agencies* ou *commissions*.

Todavia, ao contrário do que uma apreciação apressada poderia dar a entender, essas *agencies* ou *commissions* não se inspiraram de maneira tão forte na secular experiência inglesa, nem nas *Agencies* norte-americanas. Para Tony Prosser (1997, p. 57) as principais razões para não adotar integralmente modelos ingleses antigos ou os dos EUA<sup>5</sup> foi o desejo de evitar formalismos e legalismos, assim como o de reduzir o controle jurisdicional – o que não foi de todo alcançado – e o de aumentar o controle ministerial<sup>6</sup>.

De forma geral, os *quangos* reguladores pós-privatização tiveram a sua competência repartida com os ministros de cada setor. Estes ficaram incumbidos da modelagem inicial do setor regulado, possuindo a competência para expedir as *licences* (equivalentes aproximadamente às nossas concessões e permissões de serviços públicos), ao passo que as *agencies* ficaram com as competências sancionatórias, de alteração das *licenses* e de proteção dos consumidores (PROSSER, 1997, p. 48). Aos ministros compete a fixação das políticas públicas; às agências, executá-las com autonomia, inclusive financeira (CATTANEO, 1999, p. 259).

Apesar da enorme importância histórica dos *quangos* ingleses, a sua disciplina, pelas peculiaridades do Direito britânico, não é uma ferramenta comparada muito hábil para auxiliar-nos na resolução das questões postas no Direito brasileiro em relação às agências reguladoras.

Com efeito, o caráter flexível da Constituição consuetudinária do Reino Unido, o seu exacerbado parlamentarismo e a verdadeira fusão (não separação) de poderes – *fusion of powers* – existente na arquitetura político-institucional desse país (BARENDT, 1998, p. 34-35, 107-108), fazem com que questões como a amplitude do poder regulamentar das agências independentes e a

sua independência frente ao poder central do Estado, comuns a todos os demais países que adotaram esse modelo, não tenham razão de existir.

Nos EUA, país afiliado à *common law*, mas dotado de uma Constituição rígida e escrita que acolhe o Princípio da Separação dos Poderes, a situação é de todo diversa.

### 3. Estados Unidos da América do Norte

O estudo das agências reguladoras no Direito norte-americano é de grande importância, uma vez que os EUA foram o primeiro país a adotar esse modelo organizativo<sup>7</sup>, apenas recentemente adotado em países da tradição francesa do Direito Administrativo, tais como a própria França, Itália, Espanha, Brasil e Argentina.

A demora na adoção do modelo das agências reguladoras independentes pelos demais países se deve menos a um suposto atraso na evolução do Direito Administrativo e mais às circunstâncias político-econômicas neles verificadas. Mais especificamente, os EUA sempre tiveram uma perspectiva liberal e não-estatizante bastante forte, ao passo que a América Latina e a Europa Continental se viram ao longo de todo o século passado envolvidas em uma série de demandas e convulsões sociais que levaram o Estado a adotar uma política estatizante.

Nessas circunstâncias, não era necessária a criação de agências independentes para regular atividades econômicas ou serviços públicos que já eram prestados pelo próprio Estado ou por empresas da sua Administração Indireta.

Tudo mudou com o movimento da desestatização, que fez com que as circunstâncias político-econômicas desses países se aproximassem daquelas que sempre se verificaram nos EUA.

Sendo assim, mais do que supostos “imperialismos”, a adoção do modelo das agências reguladoras independentes é decorrência natural da mudança da realidade dos

países da América Latina e da Europa Continental, que os fez se aproximarem dos EUA. Podemos dizer que, partindo de extremos opostos em direção à mesma direção, EUA e América Latina/Europa acabaram chegando a um ponto aproximado do ponto de vista do Direito Econômico.

Os EUA saíram de uma situação em que o liberalismo vigia em toda a sua ortodoxia (até cerca de 1887), passaram a uma forte regulação estatal (*New Deal*), gradativamente atenuada após a guerra. Na década de oitenta, os EUA sofreram o movimento da *deregulation*, pelo qual se propugnava a extinção ou a diminuição da regulação estatal. O ideário, nunca implementado em sua radicalidade, até pelo insucesso da maior parte das suas experiências, não gerou muitos frutos, o que levou ao retorno de uma situação de equilíbrio.

A América Latina e a Europa também partiram de um liberalismo ortodoxo (séculos XVIII e XIX), passaram a um breve período de regulação da economia, embarcando então na estatização da economia a partir do Segundo Pós-Guerra, situação revertida apenas na década de oitenta com a desestatização acompanhada da regulação dos setores passados à iniciativa privada.

Na América Latina/Europa, o Estado deixou de prestar ou explorar diretamente (ou por intermédio da sua Administração Indireta) a maior parte dos serviços públicos e atividades econômicas que, no entanto, pela sua sensibilidade com os interesses maiores da coletividade, deviam ser objeto de uma regulação independente, inclusive frente aos eventuais ocupantes de cargos políticos. Esse é o principal *telos* das agências reguladoras independentes, que sempre existiu nos EUA, mas que apenas recentemente tomou corpo na América Latina e na Europa Continental.

Destacando a diferença de formação histórica das duas realidades, Sabino Cassese afirma que,

“nos Estados Unidos, o desenvolvimento das *independent regulatory agen-*

cies foi o fruto do alargamento da *government regulation* e da produção legislativa do direito. Na Itália, ao revés, a instituição de autoridades independentes é acompanhada de uma mudança na disciplina pública das atividades privadas dirigida antes à liberalização, à *deregulation*, à substituição de normas finalísticas por normas condicionais” (1996, p. 219).

Podemos, calcados nas lições de Andres Betancor Rodríguez (1994, p. 32-55), elencar as seguintes razões para o fato de os EUA terem conferido independência a muitas de suas agências: (a) o fato de, ainda que sem caráter de coisa julgada, comporem conflitos (função quase-jurisdicional), o que requer uma posição de “terceiro imparcial”; (b) a tradicional desconfiança do Congresso em relação ao Presidente; (c) a neutralização política da Administração promoveria a competência profissional, a estabilidade das instituições colocadas sob a proteção do Congresso e seria favorecida a coerência e a responsabilidade das ações administrativas; (d) o pragmatismo típico do espírito anglo-saxão; (e) para, na época do *New Deal*, compensar o inevitável incremento das funções e regulamentações estatais, evitando, com a atribuição de grande parte destas funções a agências independentes, que o poder do Presidente aumentasse desmesuradamente; (f) as novas tecnologias exigiam uma regulação técnica, de especialistas, com o que também se asseguraria a adoção de critérios objetivos de decisão, desvinculados de interesses político-partidários; (g) as eventuais contradições com o Princípio da Separação dos Poderes não as tornou desfuncionais por terem atendido aos objetivos do *New Deal* e por contarem com o respaldo da maioria dos congressistas; e (h) são importantes para o equilíbrio das relações entre os Poderes porque a impossibilidade de livre exoneração dos seus dirigentes pelo Presidente as torna um importante instrumento à disposição do Congresso para assegurar a fidelidade da Administração à

lei, funcionando como um contra-peso dos poderes do Executivo.

A primeira agência reguladora independente de que se tem notícia foi a *Interstate Commerce Commission*, criada nos Estados Unidos da América do Norte em 1887 para regulamentar os serviços interestaduais de transporte ferroviário<sup>8</sup>. Essas entidades foram-se multiplicando de tal forma que hoje o direito administrativo norte-americano é praticamente confundindo com o direito das agências (DI PIETRO, 1999, p. 385), sejam elas reguladoras ou meramente executivas, independentes ou subordinadas hierarquicamente ao Presidente da República<sup>9</sup>.

Para a compreensão da disciplina das agências nos EUA e das possibilidades de sua utilização como ferramenta de Direito Comparado, devemos estar atentos para a formação do Direito Administrativo desse país. Neste escopo, Mariano Magide Herreiro observa que

“no final do século XIX era tradicional na literatura norte-americana a distinção entre poder executivo e poder administrativo. O primeiro era diretamente atribuído ao Presidente pela Constituição, e não ia muito além das atribuições concretas do artigo II (relações internacionais, defesa, etc.) e tinha substância política. O segundo era, em tese, um poder basicamente apolítico, que deveria ser exercido principalmente por especialistas e sobre cujos titulares decidia o Congresso. O incremento de funções da Administração interventora da década de trinta progressivamente aumentou esse poder administrativo, que cumulava potestades próprias dos três poderes tradicionais para melhor cumprir as suas funções de direção e supervisão dos diferentes setores em que operava. Essa concentração de poderes executivos, legislativos e judiciais, entendidos à maneira norte-americana, justificava para alguns a sua atribuição a uma quarta instân-

cia, não hierarquicamente subordinada ao presidente, para que fosse mantida a essência do princípio da divisão dos poderes entendido como sistema de *checks and balances* tal como adotado pela Constituição de 1787” (HERRERO, 2000, p. 170).

O mais relevante do estudo da disciplina legal dos EUA e, sobretudo, da jurisprudência da Suprema Corte acerca das agências reguladoras é o fato de revelarem discussões que já são seculares e que apenas agora, obviamente que com suas peculiaridades, se iniciam na América Latina e na Europa Continental.

É realmente curioso notar a homogeneidade com que as mais importantes e polêmicas questões referentes às agências reguladoras independentes se repetem ao longo do tempo nos mais diversos países, inclusive, e pela primeira vez, nos EUA.

Assim, questões como a posição das agências reguladoras independentes no tradicional esquema dos três poderes; as suas relações com o Chefe do Poder Executivo, inclusive a possibilidade deste exonerar *ad nutum* os seus dirigentes; o seus poderes normativos; a legitimação dos seus procedimentos; e a abrangência do controle jurisdicional sobre os seus atos são há décadas discutidas nos EUA e, certamente, guardadas as peculiaridades do sistema norte-americano, as decisões e fundamentos que as dirimiram podem lançar ótimas luzes à sua solução também em outros países em que, tal como o nosso, apenas recentemente, mas com intensidade, surgiram.

Uma das mais tormentosas questões colocadas pelas agências reguladoras independentes, mas que não é exclusiva delas, abrangendo também outros órgãos e entidades administrativas não-independentes, é a atribuição de competências relacionadas com os três poderes tradicionais do Estado: administram, compõem conflitos entre os particulares e o Estado ou até mesmo apenas entre particulares e editam normas gerais e abstratas. Assim, nos EUA se come-

çou a afirmar que exerciam funções administrativas “quase-judiciais” e “quase-legislativas”, o que, no entanto, não violaria o Princípio da Separação de Poderes constitucionalmente consagrado.

Aqui cabe uma observação: nos EUA a decisão de conflitos com administrados e a expedição de normas gerais e abstratas pela Administração não são consideradas, ao contrário do que se dá entre nós, funções administrativas materiais.

Alguns chegaram a defender que as agências teriam-se tornado um verdadeiro “*headless forth branch*”. O Juiz da Suprema Corte Robert Jackson afirmou que

“ter-se-iam tornado um verdadeiro quarto campo de Governo, que ultrapassou a nossa teoria dos três poderes. (...) As agências administrativas foram chamadas de ‘quasi-executivas’, ‘quasi-judiciais’ e ‘quasi-legislativas’ como forma de conciliá-las com o esquema de separação de poderes consagrado na Constituição. A simples qualificação como ‘quasi’ traz implícita a confissão de que as classificações reconhecidas não mais são aplicáveis sem problemas e ‘quasi’ é uma cobertura que damos para aliviar nossa confusão da mesma forma que poderíamos usar uma colcha para cobrir uma cama desarrumada”<sup>10</sup>.

Refutando a figura de um “quarto poder”, mas sustentando uma benéfica “confusão dos poderes” típicos da divisão tripartite, Peter Strauss (apud VASCONCELOS, 1994, p. 92) afirma que o Princípio da Separação dos Poderes deve ser hoje integrado por considerações ligadas à proteção das garantias individuais, mediante a imposição de requisitos de objetividade e imparcialidade, e por preocupações inerentes ao “sistema de freios e contrapesos” entre os diversos órgãos e entidades estatais. Assevera ainda que a separação do poder *into three separate branche* apenas diz respeito à cúpula do Estado, sendo as *agencies* irreduzíveis a um só dos poderes. A vitalidade e

legitimidade destas adviria, ao contrário, exatamente do equilíbrio entre os influxos – *checks and balances* – sobre elas exercidos pelos três poderes tradicionais do Estado<sup>11</sup>.

Todavia, constata-se na evolução jurisprudencial que, de uma posição que assegurava amplas ingerências de todos os poderes nas agências independentes, a Suprema Corte passou a restringir a existência de poderes do Legislativo sobre os dirigentes das agências com competências administrativas, contemplando, dessa forma, a teoria do executivo unitário<sup>12</sup>. Em *Buckley v. Valeo* (1976), rechaçou a nomeação de dirigentes de agências pelo Congresso; em *Immigration and Naturalization Service v. Chadha* (1983), reconheceu a inconstitucionalidade dos vetos legislativos, pelos quais o Congresso poderia suspender decisões das agências; em *Bowsher v. Synar* (1986), refutou a possibilidade de exoneração de dirigente da Administração pelo Congresso.

A concepção originária dos EUA e o sistema do *Common Law* praticamente desconheciam a função administrativa, daí a já mencionada utilização da nomenclatura de função “quase-judicial” e “quase-legislativa” das agências reguladoras, para o que, em realidade, não era nada mais do que, respectivamente, a função processual e regulamentar da Administração Pública. Com a atual posição da Suprema Corte, que impede uma série de ingerências do Poder Legislativo sobre as agências que exercem funções administrativas, ficou claro que as outrora chamadas funções “quase-judiciais” e “quase-legislativas” das agências reguladoras são espécies da função administrativa *lato sensu*, sendo inclusive de se observar que os autores mais modernos abandonaram essa nomenclatura.

Especificamente quanto à vedação de livre exoneração dos dirigentes das agências independentes por parte do Presidente da República, condicionada às justas causas enumeradas em lei, o que é considerada a principal nota da sua conceituação e diferenciação das demais agências, a jurisprudência

norte-americana tem os seguintes principais marcos: (a) *Myers v. United States* (1926): interpretando a seção 1<sup>a</sup> do art. II da Constituição Norte-Americana, a Suprema Corte inferiu da competência do Presidente de zelar pela fiel execução das leis a sua competência para exonerar livremente os titulares dos órgãos da Administração; (b) *Humphrey's Executor v. United States* (1935): limitou as conclusões havidas em *Myers* apenas às agências puramente executivas, afirmando que seria constitucional o dispositivo que limitasse às justas causas a possibilidade de exoneração dos dirigentes das agências que exercem poderes quase-jurisdicionais e quase-legislativos; (c) *Wiener v. United States* (1958): indo além, a Corte afirmou que se a agência exerce funções quase-jurisdicionais ou quase-legislativas, os seus dirigentes não podem ser exonerados sem justo motivo, ainda que a lei se silencie a este respeito; e (d) *Morrison v. Olson* (1988): a Suprema Corte entendeu que as limitações ao poder de exoneração dos dirigentes das agências independentes pelo Presidente, limitada a algumas hipóteses taxativas de “justa causa”, não é inconstitucional, vez que, “apesar de supor uma limitação dos poderes presidenciais, esta não era tal que impedisse ao Presidente exercer a sua obrigação de velar pela fiel execução das leis, nem a um indevido enfraquecimento da autoridade do Executivo” (HERRERO, 2000, p. 170). O poder de exoneração, apesar de condicionado a uma *good cause*, continuava, entendeu a Suprema Corte, nas mãos do Executivo (RODRIGUES, 1994, p. 52).

Diretamente afinada com a concepção de “poder executivo unitário” acima vista, essa última decisão é de grande importância, uma vez que, confirmando as conclusões de *Humphrey's Executor v. United States*, adotou-as sob outra perspectiva.

Como observa Andres Betancor Rodriguez (1994, p. 52), o que se afirmava em *Humphrey's* era a inexistência de livre exoneração nas agências que não fossem pura-

mente executivas, ao passo que em *Morrison* a perspectiva é outra:

“apesar de o Congresso ter limitado o poder presidencial de exoneração, este continua contando com o poder necessário para cumprir as suas atribuições constitucionais, para o que o Tribunal afirma que o relevante não é se é puramente executiva ou não, mas sim se as restrições ao poder de exoneração impedem ou não ao Presidente o cumprimento de suas atribuições constitucionais. O Tribunal conclui que não, já que o Presidente continua tendo uma ampla autoridade para assegurar que o Conselho (a agência independente, diríamos) execute competentemente as suas responsabilidades legais”<sup>13</sup>.

Isso fez com que os que se opunham às agências não mais insistissem na impossibilidade de o Congresso fixar limites à exoneração, propugnando principalmente a partir de então pela possibilidade de o Presidente editar normas cogentes para as agências, integrando e harmonizando a sua atuação no conjunto do Executivo, sempre dentro da idéia de unidade deste. Ora, se uma agência descumprisse essas normas, verificada estaria a *good cause* para legitimar a sua exoneração. Seria a idéia de que “não importa quem faça, desde que faça o que eu determine”.

Os marcos dessa nova tendência foram as *Executive Orders* nº 12.291 e 12.498, emitidas pelo presidente Reagan, que, em síntese, submeteram os atos das agências à prévia aprovação do *Office of Management and Budget* (OMB), diretamente vinculado ao Presidente. Para evitar eventuais arguições de inconstitucionalidade, eram apenas facultativas para as agências independentes. Todavia, por conveniências políticas, pelo menos sete das mais importantes agências independentes a elas aderiram, o que acabou lhes retirando de fato o caráter independente (RODRIGUES, 1994, p. 48-49).

Essa disciplina foi aperfeiçoada pela *Executive Order* nº 12.886/93 – *Regulatory*

*Planning and Review*, editada pelo Presidente Bill Clinton. Esse ato estabelece procedimentos obrigatórios para as agências, no sentido de que, antes de iniciarem os seus procedimentos regulatórios, devem comunicar a sua intenção a um órgão central do Governo – o *Regulatory Working Group* – incumbido de alertá-las para as regulações desnecessárias, dúplices ou contraditórias entre si ou com a política governamental. “O procedimento de revisão, em princípio, só afeta às agências executivas e aos regulamentos de aplicação geral significativa – *significant regulatory action* –, tanto por seu impacto (superior a cem milhões de dólares anuais), como por razões de coordenação (interferência nas ações de outras agências federais, na política presidencial, nas ações dos estados ou dos entes territoriais locais)”<sup>14</sup>.

Podemos constatar que, em virtude da evolução da jurisprudência da Suprema Corte, hoje sufragadora de um “Executivo unitário”, e da edição das *Executive Orders* acima citadas, a relação das agências independentes nos EUA tem-se aproximado bastante do que se verifica nos países da tradição do direito administrativo.

Colocado o quadro geral das agências reguladoras independentes dos Estados Unidos da América do Norte, deve ser destacado o avanço procedimental a que chegaram com o *Administrative Procedure Act* – *APA* de 1946, que assegura a participação dos indivíduos e dos grupos (relacionados com interesses coletivos e difusos) nos processos decisórios das agências, mesmo naqueles que visam à emissão de normas gerais e abstratas.

Note-se, todavia, que na doutrina e jurisprudência majoritárias essas garantias de exigências não são consideradas decorrências diretas do *due process of law* constitucionalmente assegurado, tendo, portanto, natureza meramente infraconstitucional (LAVILLA RUBIRA, 1991, p. 1101-1120).

De toda forma, Laurence H. Tribe observa que as garantias procedimentais concer-

nentes às decisões das agências objetivam impedir arbitrariedades no desempenho das funções a elas delegadas pelo Congresso (2000, p. 988).

Quanto ao desempenho de funções regulamentares pelas agências (na nomenclatura norte-americana, funções quase-legislativas), a orientação prevalecente, apesar de alguns adeptos da *non-delegation doctrine*, é no sentido de que a lei deve conter os *standards* mínimos – *intelligible principle doctrine* – pelos quais deve a Administração se pautar (CARBONEL, 1996, p. 25-29).

Ocorre que também esses parâmetros podem ser extraídos tanto da letra de alguma disposição legal como, de forma implícita, do seu espírito ou do sistema jurídico como um todo. Nesse sentido, a Suprema Corte Norte Americana chegou a decidir que o mero estabelecimento da finalidade de alcançar o “interesse público”, a ser perseguida no exercício do poder regulamentar de certa agência independente, já era capaz de legitimar o seu exercício: “O termo ‘interesse público’, tal como empregado, não é um conceito desvestido de critérios, mas possui relação direta com a adequação dos serviços de transporte, com as suas condições essenciais de economia e eficiência (...)” (SCHWARTZ, 1950, p. 26).

Quanto ao controle jurisdicional sobre as decisões das agências, o Poder Judiciário acaba, em razão de uma salutar autolimitação, tendo pouca ingerência material nas decisões das agências, *desde que razoáveis*, limitando-se, na maioria das vezes, como imposição do Estado de Direito, aos aspectos procedimentais assecuratórios do devido processo legal e da participação dos direta ou indiretamente interessados no objeto da regulação. Assim, Bernard Schwartz afirma que, “se há um ponto duvidoso, nós devemos hesitar em rejeitar a conclusão da Comissão, baseada em juízos claros, específicos e compreensíveis apoiados nos fatos” (1950, p. 119). Em outras palavras, em havendo diversos entendimentos razoáveis, deverá prevalecer o adotado pela agência.

#### 4. França

O fenômeno das agências reguladoras independentes, que implica um pluricentrismo administrativo, alcançou até mesmo a França, país que tradicionalmente sempre zelou pela unidade e organização hierárquica da sua Administração Pública<sup>15</sup>.

Na França, esses centros competenciais autônomos de regulação adotaram a denominação de “autoridades administrativas independentes”<sup>16</sup>, possuindo algumas peculiaridades em relação aos demais países, entre as quais destaca-se a ausência de personalidade jurídica, o que nos leva a constatar a prescindibilidade desta para a concepção de organismos autônomos dado o próprio relativismo da importância da personalização jurídica no Direito Público<sup>17</sup>.

A doutrina gaulesa<sup>18</sup> costuma conceituar as autoridades administrativas independentes a partir dos seus próprios termos, ou seja, seriam (a) autoridades, no sentido de exercerem competências decisórias, excluindo-se, assim, aqueles órgãos que exercem funções meramente consultivas; (b) administrativas, “exercentes de uma função de regulação destinada a estabelecer as ‘regras do jogo’ entre os atores sócio-econômicos – missão mais ampla que aquela de comando”; e (c) independentes, já que não integram a linha hierárquica do Poder Executivo central. “Apesar de serem desprovidas de personalidade jurídica, sendo orçamentariamente ligadas às estruturas ministeriais, escapam a todo poder hierárquico ou de tutela<sup>19</sup>. Os únicos limites à sua autonomia consistem na obrigação de publicar um relatório anual de prestação de contas e no controle exercido sobre certas decisões suas pelo juiz, normalmente do contencioso administrativo, e às vezes do Poder Judiciário”. Além disso, René Chapus observa que “o estatuto funcional destas autoridades é geralmente concebido de maneira tal que assegure a efetividade da sua liberdade de decisão. Em outras palavras, notadamente, os requisitos

de investidura das pessoas que serão dotadas desta liberdade decisória e o modo de sua designação, o regime de cassação do seu mandato, assim como a instituição de casos de incompatibilidade tendentes a prevenir ou tornar inócuas as pressões e influências de qualquer ordem que poderiam surgir em relação a eles.

Contribuindo para este estatuto, o Conselho de Estado decidiu que o Governo não pode legalmente dar fim às funções do presidente (e, sem dúvida, também dos demais membros) de uma autoridade administrativa independente por ter alcançado a idade de aposentadoria no seu órgão público de origem” (CHAPUS, 1999, p. 215).

Essa caracterização, aparentemente simples, gera, no entanto, muitas divergências ao serem abordadas as autoridades administrativas independentes em espécie. Merecem destaque as divergências existentes em relação à característica de “autoridade”: parte da doutrina a concebe de maneira mais ampla, abrangente não apenas dos órgãos que exercem decisões obrigatórias – fiscalizatórias, sancionatórias e regulamentares –, verticais, em sentido tradicional, mas também as “organizações que exercem uma *autorité morale* ou algum outro tipo de *influence déterminante*, ainda que os seus atos sejam formalmente meras recomendações”<sup>20</sup>.

Nesse sentido, GÉRARD TIMSIT, propugnando mesmo por uma *autre logique du droit*, afirma que

“as instâncias de emissão de normas não podem ser reduzidas apenas àquelas investidas de um poder de edição de normas obrigatórias, isto é, cujo desrespeito acarreta uma sanção no sentido clássico do termo. As autoridades administrativas independentes contribuem tanto para a elaboração do Direito quanto as autoridades administrativas clássicas, por meios que não são necessariamente meios de constrição e de imposição, mas que –

geralmente – não são menos eficazes: informação, investigação, proposição, recomendação” (1988, p. 316).

Essa concepção mais ampla das autoridades administrativas independentes foi legislativamente adotada em relação ao *Médiateur de la République* (Leis de 3 de janeiro de 1973 e de 13 de janeiro de 1989), semelhante a um *ombudsman*; à *Commission Nationale de d'Évaluation des Universités* (Lei de 10 de julho de 1989); à *Commission Nationale de Contrôle des Interceptions de Sécurité* (Lei 10 de julho de 1991) e à *Commission Consultative du Secret de la Défense Nationale* (Lei de 8 de julho de 1998) (VAN LANG, 1999, p. 37). Parte da doutrina também inclui entre as autoridades administrativas independentes a *Commission d'Accès aux Documents Administratifs – CADA* (Lei de 17 de julho de 1978), que, apesar de não possuir poderes coercitivos sobre os proprietários públicos e privados de bancos de dados, tem exercido um eficaz papel persuasivo, bastando dizer que 80% das suas recomendações têm sido voluntariamente atendidas pela Administração. Jacqueline Morand-Deville assinala que “estas recomendações são consideradas como uma quase ‘jurisprudência’ com grande valor pedagógico, o que corresponde à própria missão da CADA, que é de convencer e não de obrigar” (1996, p. 116).

Uma característica peculiar das autoridades administrativas independentes francesas é que, ao contrário de muitos países, tais como o próprio Brasil, não se limitam à regulação de setores econômicos ou de serviços públicos delegados a particulares, abrangendo também funções de proteção de direitos fundamentais e de proteção dos cidadãos frente à Administração Pública, não sendo, portanto, no seu conjunto, vinculadas exclusivamente à desestatização e à liberalização de setores da economia.

A relação das autoridades administrativas qualificáveis como independentes varia bastante de autor para autor, todos destacando, no entanto, a sua heterogeneidade.

Michel Gentot (1994, p. 100-148), que adota um conceito amplo para as autoridades administrativas independentes, exclui, malgrado opiniões divergentes, o *Comité Consultatif National d'Étipe pour les Sciences de la Vie et de la Santé* (Decreto de 23 de janeiro de 1983) e o *Banque de France* (Reforma das Leis de 4 de agosto e de 31 de dezembro de 1993) por possuírem personalidade jurídica<sup>21</sup>; o *Conseil des Bourses de Valeurs*, já que, além de possuir personalidade jurídica, tem natureza corporativa; o *Conseil du Marché à Terme*, por ser composto apenas pelos profissionais do setor; o *Conseil de la Réglementation Bancaire*, por ser presidido pelo Ministro das Finanças, não sendo, portanto, independente; e a *Commission Nationale de Controle des Campagnes Électorales*, por funcionar apenas nos períodos das eleições presidenciais – não tendo um caráter permanente, não podendo ser considerada uma “instituição”.

Partindo da classificação constante da obra de Michel Gentot (1994, p. 99-100) acrescidas da enumeração mais recentemente elaborada por René Chapus (1999, p. 215-217), podemos dividir as autoridades administrativas independentes francesas nos seguintes grupos:

1) Autoridades Administrativas Independentes de Regulação de Atividades Econômicas e Financeiras: *Commission des Opérations de Bourse – COB*, dirigidas, a exemplo das demais autoridades administrativas independentes, por um órgão colegiado composto por membros designados pelo Conselho de Ministros, pelo Conselho de Estado, pela Corte de Cassação, pelo Tribunal de Contas, pelo Banco da França e pelos profissionais do setor (Lei de 2 de agosto de 1989); *Conseil de Discipline des Organismes de Placement Collection em Valeurs Mobilières – OPCVM* (Lei de 2 de agosto de 1989); *Commission Bancaire* (Lei 24 de janeiro de 1984), integrante da Estrutura do *Banque de France*<sup>22</sup>; *Commission de Contrôle des Assurances* (Lei de 31 de dezembro de 1989), criada em virtude da abertura do mercado francês de se-

guros; *Conseil de la Concurrence* (Decretos de 29 de dezembro de 1986 e de 2 de maio de 1988), incumbido da manutenção das regras do livre mercado e do controle das concentrações do poder econômico, exercendo fortes poderes sancionatórios por meio do colegiado que o dirige, composto de 16 membros, sendo que sete deles advêm do Conselho de Estado, da Corte de Contas e da Corte de Cassação; a *Commission des Clauses Abusives* (Lei de 10 de janeiro de 1978) e a *Commission de la Sécurité des Consommateurs* (Lei 21 de 1983), que, desprovidas de poderes coercitivos, são destinadas à proteção dos direitos dos consumidores; *Médiateur du Cinema* (Lei de 29 de julho de 1982), que, sem poderes de decisão, vela pela manutenção da livre concorrência na indústria cinematográfica; *Autorité de Régulation des Télécommunications* (Lei de 26 de julho de 1996), dotada de poderes regulamentares e sancionatórios.

2) Autoridades Administrativas Independentes de Regulação da Informação e da Comunicação: *Conseil Supérieur de l'Audivisuel – CSA* (Lei de 17 de janeiro de 1989), composto de membros indicados pelo Presidente da República, pelo Senado e pela Assembléia Nacional, e dotado de poderes autoritários e sancionatórios sobre o setor televisivo e radiofônico, anteriormente monopolizados pelo Estado<sup>23</sup>; *Conseil Supérieur de l'Agence France-Presse* (Lei de 10 de janeiro de 1957); *Commission Paritaire des Publications et des Agences de Presse*, criada por Decreto de 1950, destinada a proteger os benefícios e imunidades fiscais dos órgãos de imprensa; *Commission des Sondages* (Lei de 19 de julho de 1977), encarregada da deontologia dos institutos de pesquisa; *Commission Nationale des Comptes et des Financements Politiques*, criada em janeiro de 1990.

3) Autoridades Administrativas Independentes de Proteção contra a Administração Pública: *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés – CNIL* (Lei de 6 de janeiro de 1978), que controla as aplicações da informática às informações pesso-

ais; *Commission d'Accès aux Documents Administratifs – CADA* (Lei de 17 de julho de 1978), que vela pelo direito de acesso aos documentos e dados pessoais e que possui alguns pontos de conflitos de competência com a *CNIL*; *Médiateur de la République* (Leis de 3 de janeiro de 1973 e de 13 de janeiro de 1989), semelhante a um *ombudsman*, desprovido de poderes decisórios; *Commission des Infractions Fiscales* (Lei de 29 de setembro de 1977), que tem como principal escopo assegurar os contribuintes contra os abusos da persecução penal em matéria tributária.

4) Autoridades Administrativas Independentes de Avaliação da Administração Pública: *Comité National d'Évaluation des Établissements Publics à Caractère Scientifique, Culturel et Professionnel* (Lei de 22 de janeiro de 1990), em cujo colegiado participam diversos representantes das universidades.

Podemos constatar que, segundo essa enumeração, nem todas as autoridades administrativas independentes francesas podem ser incluídas no conceito de autoridades reguladoras, o que pressupõe a elaboração de regras e/ou aplicação de sanções incidentes sobre setores não integrantes do próprio Estado. Assim, poderíamos dizer que o conceito das nossas agências reguladoras independentes está contido no conceito de autoridades administrativas independentes francesas.

Podemos constatar também que, diversamente das nossas agências reguladoras, o Poder Executivo não é o único órgão a indicar os membros dos seus respectivos colegiados, o que não seria admissível no nosso sistema presidencialista.

Todavia, algumas das orientações jurisprudenciais concernentes às autoridades administrativas independentes francesas podem ser de grande valia para a avaliação de questões que também surgiram entre nós.

Uma das mais relevantes diz respeito à subtração desses organismos à linha hierárquica da Administração central, vez que a Constituição da França, a exemplo, da nossa, atribui ao Governo a determinação

da política nacional e da Administração Pública (art. 20), ao passo que os dirigentes das autoridades administrativas independentes são nomeados em caráter irrevogável por determinado prazo de tempo.

O Conselho de Estado, em seus estudos, ou seja, não em sede jurisdicional, primeiramente afirmou que “se integram sem dificuldade no sistema político e administrativo francês”, e posteriormente recuou ao ressaltar que “as autoridades administrativas independentes constituem uma categoria não prevista pela Constituição, e dificilmente conciliável com o equilíbrio de poderes por ela estabelecido” (apud HERRERO, 2000, p. 190).

Apesar de o Conselho Constitucional nunca haver tratado da questão especificamente, ao julgar matérias concernentes às autoridades administrativas independentes, jamais inquinou a sua constitucionalidade, afirmando que a direção da Administração central pode ser satisfeita pela possibilidade de desencadeamento dos controles jurisdicionais de legalidade. Já atestou, por outro lado, a possibilidade de o Legislador extinguir uma autoridade administrativa independente no curso do mandato dos seus dirigentes (HERRERO, 2000, p. 191).

A questão da confusão e acumulação nas autoridades administrativas independentes de poderes de diversa natureza também aflige a doutrina e a jurisprudência francesa. Nicole Decoopman afirma que, “de um ponto de vista funcional, a confusão de poderes geralmente caracteriza as autoridades administrativas independentes. Mesmo considerando que a leitura clássica da separação de poderes deve ser matizada, as autoridades administrativas independentes oferecem exemplos tópicos de instâncias que dispõem de poderes os mais variados e que são constantemente fortalecidos” (1998, p. 251).

Quanto aos robustos poderes regulamentares dos quais a maioria dessas autoridades é dotada, o Conselho Constitucional os admitiu, mas, semelhantemente à doutrina

norte-americana dos *inteligible principles*, exige que a lei estabeleça critérios e princípios retóricos determinados para o seu desenvolvimento (HERRERO, 2000, p. 192-193), ressaltando ainda que a determinação das políticas públicas a serem implementadas deve ficar a cargo do Governo, ou seja, da Administração central (p. 191-192), que pode, inclusive, editar regulamentos na área de competência da autoridade independente (GUÉDON, 1991, p. 44).

Como denota Jacques Chevallier, as autoridades administrativas independentes foram aclimatadas ao arcabouço constitucional francês “graças a um trabalho de interpretação, notadamente jurisprudencial, objetivando aparar as arestas de algumas de suas particularidades e a suavizar algumas das suas asperezas, a fim de que fossem compatibilizadas com a arquitetura institucional” (CHEVALLIER, 1998, p. 41).

## 5. Espanha

O surgimento de entidades de regulação dotadas de grande autonomia em relação à Administração Pública central também vem, desde 1980, desafiando a doutrina e jurisprudência espanholas, que destacam a inspiração norte-americana do modelo (RAMÓN, 1994, p. 576), sem esquecer das marcantes influências francesas e germânicas<sup>24</sup>.

A Espanha sempre contou com entidades dotadas de personalidade jurídica instituídas pelo Estado, que em seu conjunto são denominadas Administração Instrumental, termo equivalente à nossa Administração Indireta.

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (1999, p. 420), após destacar a “artificiosidade da personificação” das entidades instrumentais, que se mantêm sob a direção e controle da Administração Central, que tem sempre a possibilidade de recuperar a direção eventualmente perdida mediante a substituição dos seus dirigentes, afirmam que desse quadro geral escapam algumas entidades recentemente

criadas que representam uma “vontade consciente de limitar a, de outra forma, incondicionada disponibilidade das mesmas – e das funções a elas confiadas – por parte do Governo que estiver no poder, ou seja, uma vontade de ‘neutralizar’ politicamente a sua gestão, afastando-a, na medida do possível, dos conflitos partidários”.

Com isso se pretende que “certas funções de regulação e ordenação da vida social, econômica ou cultural, ainda quando estejam materialmente integradas no Executivo, sejam, de forma estável e permanente, subtraídas pelo Legislador da influência indiscriminada das maiorias políticas” (ORTIZ, 1994, p. 62).

As autoridades administrativas independentes espanholas foram criadas como pessoas jurídicas de direito público, apesar de haver setores da doutrina que sustentam que a personificação jurídica não é um dado essencial do seu conceito, uma vez que podem existir órgãos despersonalizados aos que se atribuem as mesmas prerrogativas de autonomia<sup>25</sup>.

A doutrina espanhola é tranqüila em criticar a adoção do termo “independente”, afirmando que o que ele quer expressar é, outrossim, uma autonomia real ou reforçada em relação à que gozam as entidades da administração instrumental (indireta) em geral.

Referindo-se às autoridades administrativas independentes, Elisenda Malaret observa que,

“apesar de a atribuição de personalidade jurídica implicar sempre reconhecimento de um certo grau de autonomia, na hipótese agora considerada a autonomia não é tanto a consequência, mas uma das condições que garantem a efetividade do cumprimento da tarefa atribuída. Evidentemente, sempre que a personificação seja acompanhada dos correspondentes recursos pessoais e financeiros e que o reconhecimento de poderes e a respectiva atribuição de competênci-

as configure um âmbito de livre configuração sem a adoção de mecanismos administrativos de controle ou de tutela” (MARALET).

Essa independência deve ser assegurada tanto do ponto de vista orgânico – garantias de incolumidade aos seus dirigentes – como funcional – proteção das suas decisões contra os juízos políticos do Governo –, sem o que a entidade não poderá ser caracterizada como uma autoridade administrativa independente.

Nesta senda, é mencionada a existência de uma série de medidas e garantias de neutralidade desses organismos, qualificadas de “*garantias de caráter orgânico* – entre as quais se inclui: a) a existência de um pluralismo nas instâncias de nomeação dos seus órgãos dirigentes; b) a inclusão de requisitos que suponham a despolitização dos dirigentes a serem nomeados; c) a tomada de decisões por órgãos colegiados; d) estabelecimento de prazo para o mandato dos dirigentes superior ao da legislatura; e) estabelecimento de causas taxativas que possam permitir a exoneração dos dirigentes – e de *garantias de caráter funcional* – entre as quais se cita: a) a independência frente as decisões do Governo; b) a inexistência de faculdades de direção típicas de uma relação hierárquica; e c) a inexistência de recurso ao Governo contra as decisões do organismo” [grifo nosso] (NAVAJAS REBOLLAR, 2000, p. 145-146).

Mais uma vez podemos verificar a semelhança com que as questões constitucionais se colocam nos diversos países em relação a essas autoridades ou agências independentes.

Com efeito, também em Espanha as maiores dúvidas quanto à sua constitucionalidade dizem respeito ao art. 97 da Constituição Espanhola, que atribui ao Governo a direção de toda a Administração Pública, colocando-se ainda dúvidas

quanto à possibilidade de exercerem poderes regulamentares.

Em favor da constitucionalidade das autoridades administrativas independentes, muitos setores doutrinários invocam o princípio da imparcialidade da Administração Pública (art. 103, Constituição de Espanha).

Todavia, José Ramón Parada Vásquez afirma, minoritariamente, que,

“além do desrespeito ao poder de direção do Governo sobre toda a Administração, há outra razão para descartar no constitucionalismo espanhol a técnica das administrações independentes: a Constituição espanhola obriga todas as Administrações a servir com ‘objetividade’ (...). Não cabe, por isso, que umas administrações sejam mais objetivas e neutras que outras em razão das funções por elas desempenhadas. (...) Ademais, admitir que determinadas funções ou serviços públicos exigem garantias especiais contra o Governo significa aceitar que a regra é a do desrespeito da objetividade e da imparcialidade, o que seria constitucionalmente inaceitável” (1994, P. 688-669).

A doutrina amplamente majoritária, contudo, afirma que as administrações independentes são compatíveis com o poder de direção do governo, já que a Constituição preceitua que este deve ser exercido na forma da lei, o que faz com que esta possa modelá-lo com maior ou menor intensidade,

“não se rompendo, em todo caso, os laços com o Governo e o Parlamento, o que seria inconstitucional, mas seria sim um simples reforço da autonomia de gestão para melhor implementação de valores albergados pela Constituição (pluralismo informativo, direito à intimidade, estabilidade econômica...), valores que poderão ser melhor protegidos e satisfeitos se a sua gestão for colocada a salvo das lutas partidárias.

Apenas nestes casos, isto é, quando a 'neutralização' inerente à 'separação' ou 'independentização' características desta figura seja exigida pela realidade, seja avalizada por um consenso social e se apóie em algum valor constitucional relevante, para cuja melhor implementação a reclame, poderá ser considerada constitucionalmente legítima a criação destas entidades de autonomia reforçada, autonomia que, de qualquer maneira, não poderá se traduzir em uma ruptura total dos vínculos de união com o Governo e o Parlamento. Tampouco, naturalmente, não poderá jamais levar à exclusão do controle jurisdicional sobre as suas decisões" (GARCÍA ENTERRÍA; FERNANDEZ, 1999, p. 423).

Quanto ao geralmente amplo poder regulamentar atribuído às autoridades administrativas independentes, devemos fazer uma distinção. Há questões que tradicionalmente sempre são postas quanto à amplitude do poder regulamentar da Administração Pública, inclusive das entidades da Administração Pública Instrumental. Todavia, deparamo-nos também com questões específicas relacionadas à atribuição de poder regulamentar às entidades administrativas independentes, não subordinadas ao Governo, desvestidas, portanto, ainda que indiretamente, da legitimidade democrática da qual este é investido e que normalmente é exercida por meio da livre exoneração dos dirigentes das entidades da administração instrumental – cuja inadmissibilidade (da livre exoneração) é a principal nota caracterizadora das autoridades administrativas independentes.

O Tribunal Constitucional espanhol, consolidando a posição inicialmente adotada na STC 135/92, decidiu na STC 133/97 serem constitucionais as atribuições de poder regulamentar às autoridades administrativas independentes, desde que haja habilitação legal específica (MAGIDE HERREO, 2000, p. 435-450).

Analisando a questão de forma semelhante à orientação do Conselho Constitucional Francês vista no item anterior, Luciano Parejo Alfonso afirma que "é imprescindível que a atribuição às autoridades administrativas independentes de um poder normativo seja objeto de uma habilitação legal (formal) expressa e determinada (no sentido de delimitadora do âmbito, caráter e alcance do respectivo poder normativo). As autoridades independentes são, pois, ordenamentos apoiados em outro ordenamento, possuindo, portanto, natureza derivada" (1994, P. 651).

Devemos observar que as autoridades administrativas independentes não são um fenômeno homogêneo, havendo, ao revés, grandes disparidades entre elas em função dos distintos graus de "autonomia reforçada" que lhes é assegurada, o que inclusive leva a um sem-número de divergências doutrinárias quanto à inclusão desta ou daquela entidade na categoria.

A exemplo da França, as autoridades administrativas independentes espanholas não se limitam à seara econômica, incidindo também sobre a seara dos direitos fundamentais.

Existem posições mais amplas, que incluem na categoria entidades sem funções regulatórias, mas cuja autonomia é constitucionalmente assegurada, como as universidades (GARCÍA ENTERRÍA; FERNANDEZ, 1999, p. 421-422); e mais restritivas, que contemplam apenas as entidades reguladoras que possuem um grau bastante elevado de autonomia.

Podemos adotar, não sem algumas críticas, a posição intermediária de Miguel Navajas Rebollar (2000, p. 151-160), para quem a Espanha teria as seguintes autoridades administrativas independentes:

- 1) *Banco de Espanha*, que, na forma das Leis nºs 13/94 e 12/98, vem gozando de uma crescente autonomia, mormente em função das diretivas européias concernentes ao sistema financeiro;
- 2) *Comisión Nacional del Mercado de Valores*, criada pela Lei nº 24/98,

dotada de um amplo poder regulamentar; 3) *Consejo de Seguridad Nuclear*, criada pela Lei nº 15/80, é considerada a primeira autoridade administrativa independente espanhola<sup>26</sup>; 4) *Agencia de Protección de Datos*, atualmente disciplinada pela Lei nº 15/99; 5) *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, cujos poderes normativos, apesar de não serem explícitos, foram sendo afirmados pela doutrina (SALA ARQUER, 2000, p. 70-75); 6) *Comisión Nacional de Energía*, criada pela Lei nº 34/98 para regular o setor de hidrocarburetos – a indústria petrolífera em geral –, sendo asseguradas aos seus dirigentes amplas garantias funcionais; 7) *Ente Público Radio Television Española*, objeto da Lei nº 4/80, que por muitos não é considerado uma autoridade administrativa independente por não ser um ente regulador, mas sim prestador de serviços de radiodifusão.

A maioria da doutrina não considera a *Comisión del Sistema Eléctrico Nacional* uma autoridade administrativa independente, vez que o Governo pode revogar ou suspender as suas decisões tanto nos aspectos de legalidade como de conveniência e oportunidade<sup>27</sup>.

Vemos assim que as autoridades administrativas espanholas – nem sempre reguladoras (p. ex., *Ente Público Radio Television Española*) –, apesar de serem em número bem mais reduzido que as francesas, incidem sobre várias áreas sensíveis do ponto de vista dos valores tutelados constitucionalmente, o que justifica o reforço da autonomia orgânica e funcional, inclusive normativa, a elas assegurado.

## 6. Itália

A Itália vem acompanhando o movimento europeu de criação de autoridades administrativas independentes, sendo sempre destacada a relevância que o instituto adquiriu após a desestatização de uma série de serviços até então prestados diretamente pelo Estado, não olvidado, contudo, o relevante papel que desempenham também na tutela de direitos fundamentais<sup>28</sup>.

A importância do estudo das autoridades administrativas independentes da Itália se deve em grande parte ao fato de a doutrina desse país ser uma das mais ricas e criativas na matéria, razão pela qual não podemos dela prescindir, vez que nos podemos fornecer elementos essenciais para o esclarecimento de algumas das nossas perplexidades com as agências reguladoras independentes brasileiras.

A riqueza da doutrina italiana faz com que haja uma enorme quantidade de correntes acerca das entidades administrativas independentes. Uma primeira e grande diferença de perspectiva é dada por aqueles que a vêem como um quarto poder e aqueles que a integram entre as funções administrativas<sup>29</sup>.

Afirmam os primeiros, partindo do pressuposto de que as autoridades independentes exercem parte dos poderes normativos ordinariamente exercitáveis pelo Parlamento e restringem as competências do Governo, que “tornou-se impossível a inclusão das autoridades em questão ao âmbito de qualquer um dos tradicionais poderes do Estado” (FRANCHINI, 2000, p. 281-282).

A tese foi, no entanto, refutada pela Corte Constitucional Italiana. Em uma dessas decisões, asseverou que “a independência da Autoridade deve ser vista não como uma separação do ordenamento geral, mas, em outros termos, como ‘a expressão de uma profunda transformação das concepções relativas à intervenção do Estado na economia, imposta pela necessidade de determinadas atividades econômicas se desenvolverem sob o controle de autoridades imparciais, em posição de equidistância em relação aos interesses públicos e privados em jogo’”<sup>30</sup>.

Claudio Franchini, bem ao estilo da teorização e profundidade características da doutrina italiana, vê

“na base da difusão deste novo modelo organizativo um fenômeno particular: aquele da dissociação entre a alocação formal do poder e o efetivo exercício que se verifica por razões políticas, econômicas ou burocráticas.

Com efeito, geralmente as decisões, em vez de derivarem livremente dos seus atores formais, são expressões de uma série de elementos que se produzem em diversos níveis e condicionam de fato, às vezes de maneira definitiva, a decisão final: é notório que, frequentemente, numerosos sujeitos – dos partidos aos sindicatos, dos grupos de pressão à burocracia, das grandes empresas às instituições financeiras – influem as decisões do Estado: em conseqüência, se verifica que nem sempre a sede formal do poder coincide com aquela do seu real exercício”<sup>31,32</sup>.

Conclui o jurista italiano afirmando que contra as ingerências ilegítimas sobre os processos decisórios da Administração Pública, notadamente naqueles setores socialmente sensíveis, demandou-se a instituição de entidades que “exercessem as suas funções sem condicionamentos ou interferências de quem quer que seja, públicos ou privados” (FRANCHINI, 2000, p. 279).

Comparando as autoridades administrativas independentes com os outros entes instrumentais do Estado (equivalentes às nossas entidades da Administração Indireta), que acabaram vinculados à Administração central de forma quase absoluta, Vincenzo Cerulli Irelli afirma que “fenômeno diverso é aquele mais recente das autoridades administrativas independentes, dotadas ou não de personalidade jurídica, instituídas por lei para disciplinar setores da administração em sentido substancial, segundo modelos organizativos e funcionais de todo desvinculados de quaisquer relações com a organização ministerial” (1997, p. 230).

É destacada a heterogeneidade das autoridades administrativas italianas, havendo ainda, como não poderia deixar de ser, divergências quanto a enumeração das entidades que integram o seu rol.

Pensamos poder adotar a enumeração elaborada por Filippo ROMANO (2000, p. 25-43) que possui a completude necessária para expressar a importância des-

sas entidades no Direito Público Italiano. Vejamo-la<sup>33</sup>:

1) *Difensore Civico Regionale, Difensore Civico Comunale e Difensore Civico Provinciale*: equivalente ao *ombudsman* escandinavo, é um órgão monocrático incumbido de proteger os direitos dos cidadãos perante as administrações regionais, atuando de maneira precipuamente informal e preventiva de conflitos. É disciplinado pelas Leis de cada região (por exemplo, a Lei reg. Lazio 17/80), que, naturalmente, dão diversos contornos aos seus respectivos *Difensori Civici*.

2) *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (o *Antitrust*): criada pela Lei nº 287/90 para proteger o livre mercado e a concorrência, é dirigida por um colegiado cujos membros são nomeados por determinação em comum acordo dos Presidentes das Câmaras entre integrantes das categorias profissionais enumeradas na lei (magistrados, professores universitários etc.). Com exceção do seu Secretário-Geral, que é nomeado pelo Ministro da Indústria, o Poder Executivo não tem qualquer outra ingerência sobre a autoridade independente em questão.

3) *Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas*: criada pela Lei nº 481/95, compõe, juntamente com a *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, o grupo das autoridades independentes reguladoras de serviços públicos, cuja criação adveio da desestatização dos respectivos setores. Os *Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas* são nomeados pelo Presidente da República para um prazo de sete anos sem recondução, após prévia deliberação do Conselho de Ministros e a aprovação da Comissão Parlamentar do setor.

Um ponto interessante da *Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas* e que pode trazer uma contribuição para o legislador brasileiro é o sistema de incompatibilidades, a quarentena imposta pela lei aos seus dirigentes. Por um prazo de quatro anos, nem os ex-dirigentes ou seus parentes próximos podem ter qualquer espécie de relação com as empresas do setor regulado, sendo que, em caso de inobservância da quarentena,

tanto o ex-dirigente como a empresa que o contratou devem sofrer sanções pecuniárias.

4) *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*: possui os mesmos traços da *Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas*, sendo disciplinada pela mesma Lei nº 481/95 e pela Lei nº 249/97. O seu Presidente é nomeado pelo Presidente da República por proposta do Ministro das Telecomunicações. Os seus demais membros dirigentes são escolhidos pelo Parlamento. A ela compete a regulação dos serviços de telecomunicação e da imprensa em geral.

5) *Garanti dei dati Personali* (Lei nº 31/96): o *Garanti dei dati Personali* é um órgão colegiado, composto de quatro membros, dois deles eleitos pela Câmara dos Deputados e dois pelo Senado da República, e, na forma disposta na própria lei institutiva, atua com plena autonomia e independência.

O ente tem como função disciplinar o tratamento dos bancos de dados pessoais, especialmente aqueles informatizados, ditando as normas para a sua instituição, coibindo abusos, emitindo autorizações para instituição de bancos cujos dados sejam considerados sensíveis, fomentar a auto-regulamentação dos operadores de bancos de dados etc.

6) *Comissione di Garanzia per l'Attuazione della Legge sull'Esercizio del Diritto di Sciopero* (Lei nº 146/90): a Comissão possui nove membros nomeados pelo Presidente da República por designação do Parlamento de especialistas em Direito Constitucional, Direito do Trabalho e relações industriais. A sua função é atuar na composição e solução de conflitos coletivos de trabalho, inclusive nos que envolvam o exercício do direito de greve.

7) *Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici* (Lei nº 109/94): demonstrando a heterogeneidade das razões que levam à instituição de autoridades independentes na Itália, à *Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici* é atribuída a função de zelar pelo escorreito andamento das obras públicas. É composta de cinco membros nomeados conjuntamente pelos Presidentes da Câmara e do Senado.

8) *Autorità per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione* (D. L. 39/93): composta de cinco membros nomeados após deliberação do Conselho de Ministros, é encarregada da coordenação e planejamento das iniciativas e investimentos estatais em informática, inclusive sobre as aquisições governamentais no setor. Atua com autonomia técnica e funcional e independência decisória.

9) *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa* – CONSOB (Lei nº 281/85): é uma das poucas autoridades administrativas independentes italianas dotadas de personalidade jurídica, composta de quatro membros nomeados pelo Presidente da República após deliberação do Conselho de Ministros. É incumbida da regulação do mercado de valores mobiliários, sendo dotada inclusive de elevado poder regulamentar sobre os agentes do setor.

10) *Istituto Superiore per la Vigilanza sulle Assicurazioni Private* – ISVAP (Lei nº 576/82): também é dotado de personalidade jurídica, sendo o seu Presidente nomeado pelo Presidente da República após deliberação do Conselho de Ministros por proposta do Ministro da Indústria. Regula o mercado de seguros, velando pela sua eficiência, estabilidade e solvabilidade. É, contudo, sujeito à tutela do Ministério da Indústria.

A enumeração elaborada é oriunda de uma concepção abrangente das autoridades administrativas independentes. Há autores que, a exemplo de Vincenzo Cerulli Irelli (1997, p. 233), entendem que qualquer vínculo com a Administração Pública desnatura a sua independência. Para esses autores, seriam autoridades administrativas independentes apenas aquelas em cuja nomeação dos membros a Administração Pública ou o Governo sequer participassem, com o que guardariam uma posição bastante semelhante à do Conselho de Estado e da Corte de Contas.

É isso que leva muitos autores a sustentarem a existência de autoridades administrativas semi-independentes, correspondentes àquelas em que, malgrado a existência

de mandatos irrevogáveis *ad nutum*, os seus dirigentes são nomeados pelo Governo ou as suas funções se submetem a qualquer espécie de controle ministerial (AMATO, 1997, p. 645-664).

Outros autores, outrossim, afirmam que a nomeação pelo Parlamento não deve ser colocada como condição da caracterização como autoridade independente, vez que pode, tanto quanto a nomeação feita pelo Governo, estar imbuída de critérios políticos. Essa posição dá relevo, outrossim, aos requisitos de nomeação e à autonomia orgânica e funcional da qual os entes enumerados são dotados<sup>34</sup> (ROMANO, 2000, p. 40).

Algumas das discussões mais candentes na Itália, até mesmo pela amplitude do fenômeno das suas autoridades independentes, que, como visto, diversamente do que se dá entre nós, abrangem entes cujos dirigentes são nomeados diretamente pelo Poder Legislativo, não possuindo qualquer vínculo com a Administração Pública, dizem respeito à sua constitucionalidade frente ao seu sistema parlamentar de responsabilidade do Governo pelos órgãos e entes administrativos.

Como justificativa para essa certa exceção ao seu sistema parlamentar, os argumentos são vários, fulcrando-se principalmente no princípio da imparcialidade da Administração Pública (art. 97, Constituição Italiana) (MASSERA, 1988, p. 453) ou na necessidade de especial tutela de valores constitucionais de maior sensibilidade, seja a livre concorrência, o direito à intimidade dos dados pessoais etc (LONGO, 1996 p. 14-15).

### 7. Argentina

O estudo dos entes reguladores argentinos é relevante tendo em vista a raiz comum que Argentina e Brasil possuem na matéria. De fato, lá, como aqui, o surgimento de entidades reguladoras dotadas de um especial perfil institucional se iniciou com o processo de desestatização a partir de 1989 (BIANCHI, 2001, p. 201) concentrando-se nos setores pri-

vatzados<sup>35</sup>, não abrangendo, ao contrário da experiência européia, entes de garantia de direitos fundamentais, também não possuindo a acentuada heterogeneidade institucional que se verifica nos países europeus, com o que se reduzem consideravelmente as discussões que a respeito deles surgem.

A exemplo das nossas agências reguladoras, os chamados “entes reguladores” argentinos “possuem a condição jurídica própria das entidades autárquicas, tratando-se de descentralizações jurídicas do Estado, de cuja natureza pública participam, pertencendo, na realidade, à sua organização administrativa, apesar de possuírem personalidade jurídica diferenciada” (CASAGNE, 1994, p. 152).

Existe, todavia, uma diferença fundamental dos entes reguladores argentinos em relação às agências reguladoras brasileiras. As nossas agências reguladoras, apesar de não possuírem alguns traços atípicos das autoridades administrativas independentes européias, são dotadas de uma especial autonomia frente à Administração central do Estado, consistente principalmente na vedação da exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes e sujeição a uma supervisão ministerial bastante atenuada. Já os entes reguladores argentinos, malgrado possuírem alguns traços institucionais especiais, mormente quanto aos requisitos técnicos dos seus dirigentes, não se revestem de garantias funcionais para os seus dirigentes ou de proteções da sua esfera competencial em face da supervisão ministerial.

O fundamento constitucional específico dos entes reguladores da Argentina está no terceiro parágrafo do art. 42 da sua Constituição, que dispõe: “*La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control*”.

Agustín GORDILLO (2000, p. VII18-VII20), certamente um dos maiores adminis-

trativistas da América Latina, lamenta, todavia, a distância existente entre o preceituado no dispositivo constitucional e as leis instituidoras dos entes reguladores, o que faz com que na prática sejam comuns, por exemplo, os *recursos de alzada* (correspondentes aos nossos recursos hierárquicos impróprios), julgados pelos Ministros de Estado contra atos praticados pelos entes reguladores<sup>36</sup>.

O autor portenho enumera de maneira não exaustiva como entes reguladores o *Ente Nacional Regulador de la Electricidad* – ENRE (Lei nº 24.065), *Ente Nacional Regulador Del Gas* – ENERGAS (Lei nº 24.076), *Comisión Nacional de Comunicaciones* – CNC (Decreto nº 660/96), *Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios* – ETOSS (Lei nº 23.696), *Comisión Nacional de Correos y Telégrafos* – CNTC, *Comisión Nacional de regulación del Transporte* (Decreto nº 660/96), *Organo de Control de las Concesiones de la Red de Accesos a la Ciudad de Buenos Aires* – OCRABA (Decreto nº 1994/93), *Ente Nacional Regulador Nuclear* (Decreto nº 1504/94), *Comisión Nacional de Valores* (Decreto-Lei nº 17.811), *Superintendencia de Seguros de la Nación* (Lei nº 20.091), *Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones* (Lei nº 24.241), *Comisión Nacional de Comercio Exterior* (Decreto nº 766/94), etc (GORDILLO, 1998, p. XV2-XV3).

Da enumeração podemos constatar que muitos dos entes reguladores foram criados por Decreto do Poder Executivo, o que, além das indagações quanto à sua inconstitucionalidade<sup>37</sup>, deixa fora de dúvidas a sua parca ou nenhuma autonomia, uma vez que, pelo Princípio do Paralelismo das Formas, podem ser extintos a qualquer momento por ato (Decreto) do Poder Executivo.

Quanto à inamovibilidade, elemento essencial para a eventual caracterização como entes “independentes”, a disciplina legislativa é bastante díspare, mas, em geral, se pode afirmar que os integrantes dos seus colegiados diretores são exoneráveis *ad nutum*. Apenas os dirigentes da *Comisión Nacional de Comunicaciones* – CNC podem ser

exonerados por descumprimento de suas funções<sup>38</sup>. Em relação aos dirigentes do *Ente Nacional Regulador de la Electricidad* – ENRE e do *Ente Nacional Regulador Del Gas* – ENER-GAS, a lei não estabelece condições para a exoneração, dispondo tão-somente que o Poder Executivo os exonerará por ato motivado previamente comunicado a uma comissão parlamentar bicameral<sup>39</sup>.

Também na Argentina é reconhecida a multiplicidade de funções conferidas aos entes reguladores, sendo que especiais controvérsias despertam as suas amplas competências regulamentares, condicionadas, no entanto, aos *standards*<sup>40</sup> que devem ser previamente fixados pela lei formal regulamentada. Neste sentido, Daniel M. Nallar entende que seria “ilógico aceitar as competências do Legislador para criar entidades descentralizadas e ao mesmo tempo impor limites à atribuição de competências e faculdades a estas entidades por parte do Congresso” (1999, p. 90).

Podemos ver, portanto, que, se os entes reguladores argentinos são competencialmente bastante semelhantes às nossas agências reguladoras, dela se distinguem pela ausência de uma autonomia reforçada em relação às demais autarquias, o que é denotado pela possibilidade de exoneração *ad nutum* dos dirigentes da maior parte delas e de interposição do *recurso de alzada*.

## 8. Conclusões

O nosso objetivo foi o de abordar o fenômeno dos órgãos ou entidades independentes de regulação nos países cujo direito positivo, doutrina e jurisprudência podem fornecer maiores contribuições para destrinchar as questões que são colocadas às agências reguladoras brasileiras. Não nos propusemos a tratar do fenômeno em todos os países em que se verifica, a exemplo do Canadá<sup>41</sup>, Irlanda, Suíça, Suécia, Áustria, Alemanha<sup>42</sup> e Portugal<sup>43</sup>, ou a analisar a importância desses entes independentes para a estruturação da integração europeia<sup>44</sup>.

Ao longo de cada Tópico, já chegamos a algumas conclusões parciais. No ponto a que chegamos, podemos, todavia, sintetizar alguns aspectos comuns aos países analisados: (a) a “independência” de que são dotados consiste na realidade em uma autonomia reforçada em relação ao aparato tradicional da Administração Direta e Indireta; (b) a restrição ao poder de exoneração dos dirigentes dos órgãos ou entidades independentes de regulação não compromete o poder de direção do Governo, sendo este compreendido nos termos das respectivas leis criadoras; (c) todos eles concentram poderes fiscalizatórios, sancionatórios, compõem conflitos e editam regulamentos; e (d) os amplos poderes regulamentares que geralmente possuem são admitidos desde que a lei fixe os *standards* em que deverão se desenvolver.

Constatamos, assim, que a maioria das questões hermenêuticas existentes em relação às nossas agências reguladoras independentes também foram suscitadas nos demais países em que esse modelo organizativo foi adotado, onde foram dadas soluções jurisprudenciais bastante semelhantes. É importante notar, inclusive, o importante papel que a jurisprudência teve em compatibilizar tais entes ao arcabouço constitucional de cada país, desmistificando algumas perplexidades iniciais da doutrina.

Tudo indica que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF está a trilhar a mesma senda, já tendo reconhecido a constitucionalidade do modelo de autonomia reforçada inerente às agências reguladoras<sup>45</sup>, assim como a legitimidade da vedação da exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes enquanto vigente o prazo dos respectivos mandatos.

As restrições ao poder de livre nomeação e exoneração pelo Chefe do Poder Executivo, principal nota característica da sua “independência”, foram consideradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar pedida na ADIN nº 1949-0. A primeira em virtude de o art. 52, III, “f”, da Constituição Federal

admitir a prévia aprovação do Senado Federal na escolha de “titulares de outros cargos que a lei determinar”. Quanto à constitucionalidade da vedação da exoneração *ad nutum* dos dirigentes das agências reguladoras independentes, o Supremo entendeu que não viola as competências do Chefe do Poder Executivo, admitindo a exoneração apenas por justa causa e mediante o prévio procedimento administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa, ou se advier a mudança da lei criadora da agência independente<sup>46</sup>.

### Notas

<sup>1</sup> Observe-se que o Direito inglês não elaborou a figura da personalidade jurídica de direito público, razão pela qual é despicinda a discussão acerca da personificação jurídica ou não das suas agências reguladoras.

<sup>2</sup> Alguns autores afirmam que a gênese da independência das Agências reguladoras está no espírito auto-regulatório e juridicamente pluralista das comunidades inglesas, reminiscência, talvez, das guildas medievais. As funções dessas pequenas auto-organizações sociais teriam-se tornado tão vultosas e complexas que se impôs a criação de um governo em miniatura, uma agência (cf. PROSSER, 1997, p. 34, 37).

<sup>3</sup> Na área regulatória, os principais setores atingidos no primeiro momento, ainda nas dinastias Tudor e Stuart, foram o mercado exterior, a qualidade de produtos, emprego, agricultura e uso do solo. Na regulação das *public utilities*, merece destaque a criação da *Board of Trade*, criada pelo *The Electric Lighting Act* de 1882 (cf. PROSSER, 1997, p. 33, 37).

<sup>4</sup> Ao contrário das *independent agencies* norte-americanas, geralmente não são criadas pelo Parlamento, mas por “cartas reais” ou decisões ministeriais (cf. Quermonne, 1991, p. 255).

<sup>5</sup> Em sentido contrário, afirmando a grande semelhança dos *quangos* reguladores às Agências independentes americanas, ver, Howard Machin (1988, p. 250).

<sup>6</sup> Howard Machin observa, contudo, que, após uma série de escândalos, tem-se novamente reafirmado a independência dessas autoridades.

<sup>7</sup> É inegável o fato de que os EUA se abeberaram da tradicional organização policêntrica inglesa, o que certamente contribuiu para obstar a intensidade dos preconceitos contra as suas primeiras agências independentes (cf. PROSSER, 1997, p. 40 -).

<sup>8</sup> Bernard Schwartz, (1950, p. 6 - 7). O objetivo das agências reguladoras não era o de limitar o Mercado, mas sim o de organizá-lo e racionalizá-lo, evitando inclusive a concorrência predatória e o desperdício de recursos, como ocorreria, por exemplo, se fossem construídas várias ferrovias no mesmo percurso.

<sup>9</sup> Para uma classificação das agências no Direito Norte-Americano, ver Ángel Manuel Moreno Molina, (1995, p. 44 -), destaca inclusive a existência de agências independentes que não são reguladoras, mas meramente executivas (p. 64 - 65). Podemos observar inclusive que, na década de 70, proliferaram as agências encarregadas de prestar assistência social.

<sup>10</sup> Citação feita por Peter Strauss em Conferência proferida no Seminário Internacional de Direito, realizado na Fundação Armando Álvares Penteado, São Paulo, em 2000.

<sup>11</sup> Vê-se, portanto, que a independência de grande parte das agências reguladoras norte-americanas não é total, sendo, inclusive, mais próprio falar-se em autonomia, que, por definição, sempre possui balizamentos.

<sup>12</sup> “Essa inversão marca a mudança de atitude do Tribunal face aos poderes do Executivo. Não se trata tanto de fixar os limites do poder do Executivo, mas de definir os limites do poder do Legislativo em relação ao âmbito do Poder Executivo, precisamente para resguardar o exercício coordenado da direção política que ao Presidente compete para zelar pela execução das leis. O Tribunal foi conclusivo: *precisely because they exercise a substantial function in the administration and enforcement of public law, those agencies are to be numbered among the Departments*” (RODRIGUEZ, 1994, p. 45 - os trechos em inglês constam do original).

<sup>13</sup> O autor, citando Bernad Schwartz, destaca o paradoxo a que essa orientação pode levar, uma vez que pode representar a possibilidade de o Congresso impor limitações às exonerações dos dirigentes de quaisquer agências, ainda que sejam puramente executivas.

<sup>14</sup> Eloísa Carbonell e José Luis Muga, (1996, p. 43 - 47). Essa disciplina, apesar de ter reduzido a liberdade das agências independentes na elaboração de “regulamentos de aplicação geral significativa”, não acarretou o fim da distinção entre elas e as agências desprovidas de independência, uma vez que aquelas continuam fora da linha hierárquica do Poder Executivo, que não pode ditar-lhes ordens diretamente, possuindo, como visto, influência apenas sobre alguns regulamentos, não pode exonerar *ad nutum* os seus dirigentes etc.

<sup>15</sup> “A expressão apareceu pela primeira vez na Lei de 6 de janeiro de 1978 relativa à informática, arquivos e liberdades, a propósito da *Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés* - CNIL (art.

8 da Lei). A atribuição de independência a organismos públicos não é totalmente nova (*Commission Centrale des Banques*, criada em 1941, posteriormente substituída). Mas foi a partir dos anos 70 que a doutrina começou a colocar na categoria das autoridades administrativas independentes organismos diversos, dotados, no entanto, de algumas características semelhantes”, (VAN LANG, 1999, p. 37).

<sup>16</sup> Como demonstração de que a recente legislação brasileira das agências reguladoras se abebera, não apenas na experiência norte-americana, como também nas recentes construções legislativas e doutrinárias européias, cuja escola do Direito Administrativo integramos, é digno de nota o art. 9º da Lei Geral de Telecomunicações - Lei nº 9.472/97 -, que dispõe que a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL “atuará como *autoridade administrativa independente*”. A mesma qualificação é utilizada pelo art. 1º, § 2º do Projeto de Lei de criação da Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência, atualmente submetido à consulta pública pela Casa Civil da Presidência da República. Todavia, tal como se dá entre nós, tal “independência” é relativizada, sendo identificada mais propriamente como uma “autonomia” mais efetiva, mais reforçada do que a dos demais organismos apenas nominalmente “autônomos” (cf. TEITGEN-COLLY, 1988, p. 50).

<sup>17</sup> O Conselho de Estado, por exemplo, já decidiu que, mesmo sem possuírem personalidade jurídica, podem, em razão da sua autonomia, “acionar o Poder Judiciário sem terem que se fazerem representar por um Ministro” (CHAPUS, 1999, p. 218).

<sup>18</sup> Valemo-nos aqui das lições de Jacqueline Morand-Deviller, (1996, p. 107).

<sup>19</sup> Jean-Louis Quermonne (1991, p. 253). Ao nosso ver, essa afirmação deve ser matizada, uma vez que, ao tratarmos especificamente de algumas autoridades administrativas independentes, poderemos verificar mecanismos de tutela ou supervisão ministerial bastante fortes, podendo chegar, por exemplo, no caso extremo da *Commission des Operations de Bourse* - COB, à submissão de algumas das suas decisões à aprovação do Ministro (cf. CHAPUS, 1999, p. 218).

<sup>20</sup> Mariano Magide Herrero, (2000, p. 187-188). Para uma profícua exposição das duas posições ver Jean-Louis Quermonne, (1991, p. 259).

<sup>21</sup> Já vimos que na França a ausência de personalidade jurídica é considerada requisito da qualificação dos organismos como autoridades administrativas independentes.

<sup>22</sup> Para uma análise pormenorizada das relações entre o *Banque de France* e a *Commission Bancaire*, assim como das suas respectivas naturezas jurídicas, ver Mariano Magide Herrero, (2000, p. 193).

<sup>23</sup> O *Conseil Supérieur de l’Audi-visuel* - CSA é o sucessor de uma série de organismos independen-

tes anteriores que, todavia, foram extintos, por terem sido colocados sob suspeita de parcialidade (MORAND-DEVILLER, 1996, p. 117).

<sup>24</sup> Eduardo García Enterría e Tomás-Ramón Fernández, (1999, p. 420). Também merece nota o fato de as autoridades administrativas independentes não se sujeitarem à *Ley Orgánica de Funcionamiento de la Administración General del Estado*, a conhecida LOFAGE.

<sup>25</sup> Mariano Magide Herrero, (2000, p. 33-34). A autora destaca, inclusive, que na França todas as autoridades administrativas independentes são despersonalizadas.

<sup>26</sup> Por essa razão – foi criada quando as autoridades administrativas independentes ainda “não estavam na moda” – foram muito ricos os debates parlamentares que envolveram a sua instituição, sendo interessante observar, já que as autoridades ou agências independentes são muitas vezes indicadas como obra do neoliberalismo, que foi justamente a bancada comunista que mais lutou pela maior autonomia possível do *Consejo de Seguridad Nuclear* (cf. RODRIGUEZ, BETANCOR, (1994, p. 111 et seq.).

<sup>27</sup> Eduardo García Enterría e Tomás-Ramón Fernández, (1999, p. 422). Em sentido contrário, parte da doutrina afirma que a *Comisión del Sistema Eléctrico Nacional* apenas se encontra em um nível inferior de autonomia reforçada, já que, de qualquer forma, foram conferidas garantias orgânicas aos seus dirigentes (cf. ALVAREZ GRACÍA; DUARTE MARTÍNEZ, 1997, p. 110). Ao nosso ver, como acima já mencionamos, a caracterização de determinada entidade como autoridade administrativa independente só pode se dar pela conjunção das garantias de autonomia orgânicas e funcionais. Como o Governo pode revogar ou anular livremente as suas decisões, não possui garantia funcional, elemento indispensável para que pudesse ser caracterizada como autoridade administrativa independente.

<sup>28</sup> Nesa passagem é bom lembrarmos que o modelo das autoridades administrativas independentes, adotado também pela Itália, é mais amplo do que o das nossas agências reguladoras independentes, que nele estariam contidas.

<sup>29</sup> Ao contrário do que se deu em nosso país, em que as agências reguladoras independentes foram desde logo denominadas autarquias, o que deixou claro o seu vínculo e integração à Administração, mesmo que com efetiva autonomia.

<sup>30</sup> C.d.S., Comm. Spec., parere 29-5-1998, n° 988/97.

<sup>31</sup> Claudio Franchini, (2000, p. 278). Na mesma passagem, o autor observa, no entanto, que o fenômeno não é novo, que desde o início do século passado era advertida a necessidade de neutralização da Administração Pública. Esses problemas teri-

am sido, todavia, agravados, sublinha o autor, pela complexização das funções estatais nas esferas econômicas e sociais.

<sup>32</sup> Alguns autores vêem a proliferação das autoridades independentes na Itália também como uma decorrência da desmoralização de uma Administração Pública envolvida por escândalos de corrupção e de ligações com a máfia (*verbi gratia*, ARCIDIACONO, Luigi. Governo, autorità indipendente e pubblica amministrazione. *Le Autorità indipendenti: da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*. Milano Giuffrè: 1999. p. 72-78).

<sup>33</sup> Observamos que várias das entidades independentes enumeradas advêm da fusão ou da transformação de autoridades igualmente independentes já existentes anteriormente.

<sup>34</sup> Note-se que no Brasil a discussão é despiciente, uma vez que a natureza autárquica das agências reguladoras, com a conseqüente inclusão na Administração Indireta, e a necessidade de observância das políticas públicas traçadas pela Administração central deixam fora de dúvidas a sua integração ao Poder Executivo, ainda que dotadas de uma especial autonomia “reforçada” em comparação com as demais entidades da Administração Indireta.

<sup>35</sup> Para uma ampla exposição do processo de desestatização argentino, ver Chirillo, Eduardo J. Rodríguez. *Privatización de la empresa pública y post privatización*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

<sup>36</sup> Note-se que Juan Carlos Cassagne chega a colocar a possibilidade de interposição de *recursos dealzada* como uma das características comuns que se extraem do regime jurídico dos diversos entes reguladores (cf. Cassagne, 1994, p. 152). Há, contudo, aqueles que sustentam que as suas decisões técnicas ou de natureza jurisdicional não estão sujeitas ao *recurso de alzada*, ao passo que outros entendem que os entes criados por Decreto, por estarem sujeitos ao *Reglamento de Procedimientos Administrativos* (RPA), submetem-se aos *recursos de alzada*, enquanto tal regulamento pode ser excepcionado para aqueles entes criados por lei. As correntes doutrinárias existentes a respeito são expostas por Alberto Bianchi, (2001, p. 254 –256).

<sup>37</sup> Atualmente a doutrina Argentina majoritária entende que as entidades autárquicas podem ser criadas pelo Poder Executivo, salvo quando a Constituição expressamente exigir lei para a sua criação. Para uma detalhada abordagem das controvérsias existentes na matéria, ver Bianchi, Alberto B., *La Regulación Económica*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001, Tomo 1, pp. 227 a 237.

<sup>38</sup> Art. 18, Decreto n° 1.185/90.

<sup>39</sup> Fazendo uma construção sobre a letra da lei, Juan Carlos Cassagne, admitindo que a sua opi-

nião é questionável, entende que tal “ato motivado não pode ser um ato totalmente discricionário e que, em todo caso, deverá invocar uma causa justa de exoneração relacionada com o descumprimento das obrigações e deveres do funcionário” (CAS-SAGNE, 1994, p. 163).

<sup>40</sup> Agustín Gordillo se refere aos “marcos estabelecidos pelas respectivas leis” (GORDILLO, 1998, p. XV-8).

<sup>41</sup> Para um estudo das *régies* canadenses, ver Frank Moderne, *Les Modèles étrangers*, constante da obra coletiva *Les autorités administratives indépendantes*, coordenada por Claude-Albert Colliard e Gerard Timsit. (1988, p. 198-199).

<sup>42</sup> Apesar da profundidade do Direito Público alemão, a figura nele adotada dos “âmbitos livres de direção ministerial” (*ministerialfreie Räume*) é tão ampla que necessariamente nos levaria muito longe dos nossos objetivos, razão pela qual remetemos o leitor a Mariano Magide Herrero, (2000, p. 178-186), assim como para Giorgio Giraudi e Maria Stella Righettini, (2001, p. 124-134).

<sup>43</sup> Também Portugal adotou o modelo europeu das autoridades administrativas independentes, mas curiosamente a atenção a elas dispensada pela doutrina é bastante escassa, sendo que os principais manuais de Direito Administrativo, inclusive o célebre Curso de Diogo Freitas do Amaral, sequer faz alusão. Uma das poucas referências doutrinárias pode ser encontrada em António Carlos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques, (1998, p.144-148).

<sup>44</sup> A neutralização de centros de poderes nacionais possibilita a sua integração em redes regulatórias comunitárias. O exemplo mais significativo nos é dado pela atribuição de independência aos Bancos Centrais dos países membros, cuja ação integrada com o Banco Central da Europa, também independente, possibilitou a instalação e funcionamento do sistema financeiro europeu. Ver a respeito Luciano Parejo Alfonso, (1994, p. 18). Giampiero Di Plinio afirma que “a difusão do modelo (das autoridades administrativas independentes) corresponde ao interesse preciso, vital para as instituições europeias, de criação de sistemas uniformes e comuns (e, portanto, técnicos e certos à luz da gestão do poder) de administração, de modo a facilitar os processos de aproximação dos sistemas jurídicos e de integração administrativa, e criar as bases para uma rede de novas instituições sobre as quais poderá se apoiar a constitucionalização da unidade europeia. (...) Se este processo não sofrer rupturas ou retrocessos, é provável que no futuro as autoridades independentes nacionais venham a ser formalizadas como instituições comunitárias descentralizadas, mas algumas delas já desenvolvem, de fato, este papel” (1998, p. 345-346). Digno de nota também é o art. 8º da Carta dos Direitos

Fundamentais da União Européia que dispõe, para todos os países da UE, que o respeito aos direitos de proteção dos dados pessoais será fiscalizado “por uma autoridade independente”.

<sup>45</sup> ADIn nº 1.668-5.

<sup>46</sup> O entendimento minoritário considerou aplicável à espécie a Súmula nº 25, que dispõe: “A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo de dirigente de autarquia” (fonte: www.stf.gov.br). Note-se, contudo, que, apesar de não ser muito notado pela doutrina, a Súmula nº 25 nunca foi tomada em termos absolutos, tendo sido sempre excepcionada em relação aos reitores das universidades públicas, geralmente de natureza autárquica, conforme o que dispõe a Súmula nº 47: “Reitor de Universidade não é livremente demissível pelo Presidente da República durante o prazo de sua investidura.”

## Bibliografia

ALVAREZ GARCIA, Vicente; MARTINEZ, Rafael Duarte. *Administración pública y electricidad*. Madrid: Civitas, 1997.

AMATO, Giuliano. Autorità semi-indipendente ed autorità di garanzia. *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*. V. 3, p. 645-664, 1997.

BARENDT, Eric. *An introduction to constitutional law*. Oxford: Oxford University, 1998.

BENTACOR RODRÍGUEZ, Andres. *Las administraciones independientes: un reto para el Estado social y democrático de derecho*. Madrid: Tecnos, 1994.

BIANCHI, Alberto B. *La Regulación económica*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Divalpa, 2001. t. 1.

CARBONEL, E.; MUGA J. Luis. *Agencias y procedimiento administrativo en estados Unidos de America*. Madrid: Marcial, 1996.

CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo. Perrot, 1994.

CASSESE, Sabino. L'è autorità independenti: origin storiche e problemi odierne. In: ; FRANCHINI, C. *Garanti delle regole*. Bolvgna, 1996.

CATTANEO, Salvatore. Agencies e regulation nel Regno Unito. In: LABRIOLA, Silvano. *Le autorità independenti: da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*. Milano: Giuffré, 1999.

CHAPUS, René. *Droit administratif general*. 13. ed. [s. l.]: Montchrestien, 1999.

- DECOOPMAN, Nicole. Á porpos des autorités administratifs independantes et de la d r glementation. In: CLAM, J.; MARTÍN, G. *L s transformacions de la régulation juridique*. Paris: LGDJ, 1998.
- DI PLINIO, G. *Diritto publico dell'economia*. Milano: Giuffr , 1998.
- FRANCHINI, C. *Trattato di diritto amministrativo: diritto amministrativo generale*: Giuffr , 2000.
- GARCÍA ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T. *Curso de derecho administrativo*. 9. ed. Madrid: Civitas, 1999. v. 1.
- GENTOT, Michel. *Les autorités administratives independentes*. 2. ed. [s. l.]: Montchrestien, 1994.
- GIRAUDI, G.; RIGHETTINI, M. Stella. *Le autorit t amministrative indipendenti: dalla democrazia della rappresentanza all democrazia dell'eficienza*. Roma-Bari: Laterza, 2001.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*: Colombia: Fundación de derecho administrativo, 1998.
- HERRERO, M. Magide. *Limites constitucionales de las administraciones independentes*. Madrid: INAP, 2000.
- IRELLI, V. Cerulli. *Corso di diritto amministrativo*. Torino: Giappichelli, 1997.
- LAVILLA RUBIRA, J. Jos . La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos da América. Madrid: Civitas, 1991.
- LONGO, F. Ragione e modalit  dell'istituizione delle autorit  indipendenti. In: CASSESE, S.; FRANCHINI, C. *Garanti delle regole*. Bologna: Mulino, 1996.
- MACHIN, H. L'expérience britannique. In: COLLIARD, C.; TIMSIT, G. *Les autorités administratives independantes*. Paris: PUF, 1988.
- MARALET, E. Comisión nacional del mercado de valores: una aproximación a su configuración institucional. *Revista Española de Derecho Administrativo*. CD-ROM.
- MASSERA, A. Autonomia e indipendenza nell'amministrazione dello stato. In: GIANNINI, M. Severo. *Scritti in onore*. Milano: Giuffr , 1988.
- MORAND-DEVILLER, J. *Cours de droit administratif*. Paris: Montchrestien, 1996.
- MOREIRA NETO, D. De Figueiredo. Consideraciones sobre la participación en el derecho comparado Brasil-España. *Revista de Administración Pública*. [s. n.], n. 152, maio/ago. 2000.
- NALLAR, D. M. *El Estado regulador y el Nuevo Mercado del servicio público*.
- NAVAJAS REBOLLAR, M. La nueva administración instrumental. Madrid: Colix, 2000.
- ORTIZ, G. Ariño. Regulación econ mica y modelo de administración. In: ?.
- PARA VÁSQUEZ, J. Ramón. L s administraciones independientes. In:
- PAREJO ALFONSO, L. La potestad normativa de las administraciones independientes \_\_\_\_\_ . Prefacio. In: BENTACOR RODRÍGUEZ, A. *Las administraciones independentes*. Madrid: Tecnos, 1994.
- PASSARO, Michele. *Le amministrazioni indipendenti*. Torino: G. Giappichelli, 1996.
- PROSSER, Tony. *Law and the regulators*. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- QUERMONNE, J. *L'appareil administratif de l' tat*. Paris: Seuli, 1991.
- RAMÓN, Fernando López. El consejo de seguridad nuclear: un ejemplo de administración independiente.
- ROMANO, Filippo. *Le autorit t indipendenti*. Napoli: Simone, 2000.
- SALA ARQUER, J. Manuel. *La comisión Del mercado de las telecomunicaciones*. Madrid: Civitas, 2000.
- SCHWARTZ, B. *American administrative law*. London: Isaac Pitman & Sons, 1950.
- TEITGEN COLLY, C. Les autorités administratives independantes: histoire d'une institution. In: ALBERT, C.; TIMSIT, G. *Les autorités administratives independantes*. [s. l.]: PUF, 1988.
- TIMSIT, Gerad; ALBERT, C. *Les autorités administratives independantes*. [S. l.]: PUF, 1988.
- TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 3. ed. New York: [s. n.], 2000.
- VAN LANG, Agathe et al. *Dictionnaire de droit administratif*. 2. ed. Paris: Armand Colin, 1999.