

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

Luciano Nendza Dias

Presidente Prudente/SP
2010

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

Luciano Nendza Dias

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Sandro Marcos Godoy.

Presidente Prudente/SP
2010

O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

Trabalho de Monografia aprovado
como requisito parcial para obtenção
do Grau de Bacharel em Direito.

Sandro Marcos Godoy

Florestan Rodrigo Prado

Sérgio Tibiriçá do Amaral

Presidente Prudente, 03 de Novembro de 2010

Ao tratar do Estado devemos recordar que suas instituições não são aborígenes, ainda que existissem antes que nós nascêssemos; que não são superiores ao cidadão; que cada uma delas foi o ato de um só homem, pois cada lei e cada costume foi particular; que todas elas são imitáveis e alteráveis, e que nós as podemos fazer igualmente boas ou melhores.

Ralph Waldo Emerson

Dedico este trabalho aos meus familiares que me apoiaram nesta etapa acadêmica, sobretudo a minha esposa.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus.

Ao meu orientador, Prof. Ms. Sandro Marcos Godoy, pela dedicação e empenho a fim de ajudar-me a melhor compor este trabalho e superar mais uma etapa da minha jornada acadêmica.

Aos meus pais e irmãos que sempre foram fonte de inspiração para minha formação intelectual.

À minha esposa pela inesgotável paciência e carinho ao longo dessa caminhada.

Aos meus parentes e amigos pelo apoio.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de, primeiramente, analisar os motivos que determinaram o surgimento das agências reguladoras federais no Brasil no atual estágio do desenvolvimento econômico e social. Atualmente, existe no Brasil dez agências reguladoras federais que atuam em diversos setores econômicos tais como energia, petróleo e seus derivados, telecomunicações, vigilância sanitária, saúde suplementar, indústria cinematográfica, recursos hídricos, transportes terrestres, transportes aquaviários e aviação civil. Em seguida busca tratar das principais características destas agências, a estrutura organizacional, natureza jurídica, poder normativo e poder fiscalizador/sancionador para a regulação dos serviços públicos prestados pelos particulares e as formas pelas quais as agências são controladas por outras instituições e pela sociedade. Ademais, o modelo neoliberal adotado atualmente pelo Estado brasileiro fez com que nova forma de intervenção na economia surgisse, o denominado Estado regulador, sendo a regulação exercida pelas autarquias especiais denominadas agência reguladora. A maior missão desse novo modelo é harmonizar os interesses dos agentes envolvidos que compreende de um lado a empresa prestadora de serviço público delegado pelo Estado e do outro os usuários destes serviços, figurando-se como mediador nesta relação as agências reguladoras, para, enfim, garantir o desenvolvimento econômico e social do país.

Palavras-chave: Agência reguladora. Neoliberalismo. Intervenção na economia. Serviço público.

ABSTRACT

This research aims to first examine the reasons for the emergence of federal regulatory agencies in Brazil at the present stage of economic and social development. Currently, there are in Brazil ten federal agencies that operate in several economic sectors such as energy, petroleum and its products, telecommunications, health surveillance, health insurance, film industry, water resources, land transportation, water transportation and civil aviation. Then seeks to address the main characteristics of these agencies, the organizational, legal, legislative power and supervisory power / sanctioning for the regulation of public services provided by individuals and the ways in which agencies are controlled by other institutions and society. Moreover, the neoliberal model currently adopted by the Brazilian government has made new form of intervention in the economy arose, termed the regulatory state, and the regulation exercised by local regulatory agency called special. The major mission of this new model is to align the interests of those involved who understands the business side of a public utility by the state delegation and other users of these services, appearing as a mediator in this respect the regulatory agencies, to finally ensure economic and social development of the country.

Keywords: Regulatory agency. Neoliberalism. Intervention in the economy. Public service.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PRECEDENTES HISTÓRICOS	11
2.1 Funções do Estado	11
2.2 O Estado Liberal	12
2.3 O Estado Intervencionista	14
2.4 O Estado Regulador	16
3 O SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	18
3.1 A Experiência Norte-Americana	18
3.2 O Surgimento das Agências Reguladoras Federais no Brasil	19
4 AGÊNCIAS REGULADORAS	23
4.1 Conceito	23
4.2 Funções, Competência e Atribuições	26
4.3 Estrutura Organizacional	28
4.4 Poder Fiscalizador e Sancionador	32
4.5 Autonomia Administrativa, Financeira e Técnica	33
5 FORMAS DE CONTROLE	35
5.1 Controle Político	35
5.2 Controle Social	37
5.3 Controle Administrativo	39
5.4 Controle Judicial	40
6 O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	41
6.1 Poder Regulador	41
6.2 Críticas ao Poder Normativo	43
7 CONCLUSÃO	49
8 BIBLIOGRAFIA	51

1 INTRODUÇÃO

A ausência da intervenção estatal na economia, característica principal do Estado liberal, implicou no alargamento das desigualdades sociais, pela qual eram garantidos apenas direitos básicos para sobrevivência da população, especificamente direito de primeira geração. Por outro lado, quando o Estado passou a intervir diretamente na economia, monopolizando os bens de produção e explorando diretamente a exploração dos serviços públicos, houve um engessamento no desenvolvimento econômico, haja vista este modelo de Estado, idealizado por Karl Marx, ter forte característica burocrática, e o Estado não ser suficientemente ágil e eficiente para acompanhar o desenvolvimento social.

Logo, surge um novo modelo de Estado, intervindo nas atividades econômicas em prol do desenvolvimento e bem estar social hodiernamente denominado neoliberalismo. Dessa forma, o Estado precisa criar mecanismos para regular estes setores econômicos e fomentar a produção de bens e serviços públicos garantindo a sua universalização a custo acessível para população em geral.

A partir deste momento, surgem no Brasil as denominadas Agências Reguladoras para desempenhar esta função de intervenção estatal na economia, regulando, controlando e fiscalizando os setores estratégicos que o Estado delega à iniciativa privada.

Se de um lado a Constituição Federal de 1988 preconiza o princípio da livre iniciativa, por outro traça diretrizes para a regulação de setores estratégicos passíveis de delegação, e ainda traz explicitamente a criação do órgão regulador para dois setores econômicos específicos, a telecomunicação e o petróleo, conforme inscritos respectivamente no art. 21, XI e art. 177, § 2º, III, da Constituição Federal reforçando ainda mais a diretriz constitucional do Estado regulador.

O maior impulso para a criação das agências foi dado após a instituição em 1990 do Plano Nacional de Desestatização (PND), no qual ficou estabelecido que vários setores estratégicos da economia seriam privatizados, gerando assim a necessidade da criação de órgãos de regulação e fiscalização para

o Estado não perder o controle de tais atividades, fazendo prevalecer suas políticas públicas, a fim de assegurar com eficiência o bem estar social.

Por fim, ressalta-se que a atividade regulatória estatal não compete exclusivamente às agências reguladoras, cabendo a outros órgãos com denominações diversas como, por exemplo, o Conselho Administrativo da Defesa Econômica (CADE) – defesa da concorrência de diversos setores econômicos; Comissão de Valores Mobiliários (CVM) – regulação de mercados de capitais; Conselho Monetário Nacional (CMN) – regulação do sistema financeiro nacional; Superintendência de Seguros Privado (Susep) – regulação das seguradoras privadas; dentre outros. Mas cada um destes trata de setores específicos, um não invadindo a esfera de competência do outro, podendo haver apenas uma complementaridade. Entretanto, o presente trabalho focará especificamente as agências reguladoras federais.

2 PRECEDENTES HISTÓRICOS

2.1 Funções do Estado

O Estado surgiu desde tempos remotos com a finalidade de controlar as impulsividades primitivas do homem fazendo com que estes abdicassem de parcelas de suas liberdades individuais e se agregassem em busca de um ideal comum. Nos dizeres de Diderot citado por Derani (2002, p.23):

Estado é uma sociedade civil pela qual um grupo de homens se colocam juntos, sob a dependência de um soberano, para gozar de sua proteção e de seus cuidados, de sua segurança e da felicidade que não existia no estado de natureza.

Em um momento posterior, o Estado passou a se preocupar em garantir o bem estar social, criando mecanismo de intervenção nas relações individuais e fazendo impor-se com seu poder coercitivo, seja pela tributação, seja pelo intento de manter a paz e a ordem social com o sistema penal.

Com o passar do tempo, a sociedade foi naturalmente evoluindo gerando novas expectativas e exigindo outras formas de intervenção estatal para atingir os objetivos almejados. Conjuntamente com a industrialização, houve um acelerado processo de urbanização e novas regras estatais abarcaram as relações sociais advindas.

Com a derrubada do absolutismo pela Revolução Francesa culminada em 1789, os ideais liberais tomaram força e se tornaram intrínsecos ao modelo de organização e função estatal. Após o declínio do liberalismo clássico, surge o Estado intervencionista, que tem como objetivo a intervenção total na economia para garantir que os bens e serviços fossem todos gerados pelo próprio Estado, que monopolizou os meios de produção e extinguiu a propriedade privada, a denominada ideologia socialista. Mesmo no plano capitalista, houve o modelo de Estado intervencionista, como aquele surgido após a depressão econômica de 1929, com a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque nos Estados Unidos, modelo denominado *New Deal*, criado pelo então presidente eleito, em 1932, Franklin Delano Roosevelt.

Nesse contexto, o constitucionalismo sempre se fez presente em todas essas fases até os dias atuais, pois foi a forma político-jurídica mais adequada para os Estados-Nações se estruturarem e exercerem sua soberania ao longo do território. Uma das formas democrática para o Estado atingir seus objetivos foi com a tripartição dos poderes, modelo idealizado inicialmente pelo filósofo grego Aristóteles e posteriormente aprimorado pelo filósofo iluminista Montesquieu. Assim, o Estado passou a exercer as funções de administrar, legislar e julgar, e essas são harmônicas e independentes entre si.

2.2 O Estado Liberal

A característica principal do Estado liberal é a abstenção de intervenção na economia, prevalecendo o poder de livre mercado, produzindo-se bens e serviços para a sociedade a critérios meramente econômicos e especulativos, sem uma preocupação com os serviços eminentemente públicos, conforme preleciona Carvalho (2007, p.12):

A característica mais evidente do Estado Liberal é a dissociação entre o domínio da atividade econômica – reservado de forma incontestada aos agentes privados – e o exercício das limitadas funções do poder público.

Nesse modelo, eram garantidos aos indivíduos frente ao Estado apenas as liberdades individuais tais como a livre iniciativa econômica, a liberdade religiosa, a livre manifestação do pensamento, dentre outras, que por sua vez, não existiam no modelo absolutista anterior. Por outro lado, o Estado não fornecia serviços públicos para a população, e os bens consumidos eram produzidos única e exclusivamente pela iniciativa privada, conhecida na época como a classe burguesa. Logo, cabia apenas ao Estado no dizeres de Smith (1983, v.2, p. 151):

Proteger a sociedade da violência e da agressão de outras sociedades independentes; proteger cada indivíduo da injustiça ou da opressão de qualquer outro membro da sociedade, i.e., estabelecer adequada administração da justiça; e criar e manter serviços públicos (obras, instituições) não suscetíveis de interessar aos indivíduos porque não lucrativos/as.

Em pouco tempo, observou-se as distorções no liberalismo que se por um lado, dentro do sistema capitalista, impulsionou o desenvolvimento tecnológico melhorando significativamente a qualidade de vida, ou seja,

“[...] além de progresso material pode-se atribuir ao liberalismo benefícios como: o despertar da consciência para a importância da liberdade humana; a sobreposição da idéia de um poder legal ao poder pessoal imperante no absolutismo. (DALLARI, 1955, p.235),

de outro lado gerou uma acentuada desigualdade social, com grande concentração de riquezas nas mãos da classe burguesa dominante, que se instalou no poder logo após o rompimento com o sistema absolutista.

O processo de industrialização evidenciou o distanciamento entre a classe operária e a burguesia dominante que “[...] logo se assenhoreou também do poder político, fazendo do Estado e das leis simples instrumentos da realização e legitimação da sua ideologia” (COELHO, 1992 apud CARVALHO 2007, p.16). Nesse diapasão, o proletariado era explorado com excessivas jornadas de trabalho, baixos salários, nenhum direito trabalhista lhe era assegurado, confinando esta classe à miséria sem direito à educação, saúde, moradia digna, enquanto a burguesia concentrava ainda mais o capital mantendo assim sua força política. Logo, torna-se

impossível vislumbrar o Estado como garantidor do bem estar social sem que este atue também na economia e intervenha criando um ordenamento jurídico apto a regular os setores econômicos, evitando, sobretudo, os monopólios ou oligopólios, fomentando a concorrência que se traduz em ampliação do acesso aos bens e serviços, que em última análise implica em justiça social.

2.3 O Estado Intervencionista

Em oposição ao modelo de Estado liberal, houve, na Rússia do início do século XX, uma experiência de Estado que monopolizou e extinguiu a propriedade privada e passou a prover diretamente os bens e serviços e distribuí-los de forma igualitária e equânime para a população. No socialismo, toda atividade econômica é exercida diretamente pelo próprio Estado na forma de economia planificada, isto é, produzia-se tão-somente bens e serviços na exata medida da necessidade de cada um.

Os idealizadores desse modelo, Karl Marx e Friedrich Engels, com a obra “O Manifesto Comunista” publicada em 1848, demonstraram os aspectos negativos das situações sociais que se encontravam na época. Primeiramente, a luta de classe entre proletariado e burguesia, este último com o poder de governo e controle do Estado, persistia de forma ainda mais acentuada. A burguesia, conforme Marx e Engels (2000, p.70-71):

[...] submeteu o campo à dominação da cidade; suprime cada vez mais a dispersão dos meios de produção, da propriedade e da população. Aglomerou a população, centralizou os meios de produção e concentrou a propriedade em poucas mãos; na sua dominação de classe de um escasso século, criou forças de produção mais massivas e mais colossais do que todas as gerações passadas juntas.

Assim, o proletariado via como solução para a erradicação das misérias e desigualdades sociais a destruição do Estado, pois este era visto como mero instrumento de dominação utilizado pela burguesia dominante para manter o *status quo*. Portanto, toda norma jurídica advinda do poder estatal era recebida com receio, por se originarem de um Estado que não tinha representatividade da classe operária no processo de elaboração das leis. Esse temor de efetivamente as normas

serem destinadas apenas a uma classe gerou um grave descontentamento e o proletariado passou a ver o Estado como um inimigo a ser combatido. Ressalta-se que o socialismo é um plano transitório para se atingir um fim que é a abolição do Estado, para *a posteriori* atingir o comunismo.

A crítica a esse modelo foi o engessamento do desenvolvimento econômico e tecnológico proporcionado devido à forte característica burocrática estatal, em que as potencialidades individuais eram limitadas pelo poder estatal, pois tudo era centralizado e o Estado era quem ditava as obrigações de cada um. E também a liberdade individual era tolhida pelo Estado, no qual o indivíduo não era absolutamente livre para trabalhar, criar, manifestar-se artística ou cientificamente.

De outra sorte, esse modelo tornou-se terreno fecundo para implantação das formas de governo totalitárias, haja vista o Estado, para atingir seu intento, tinha que fazer com que os indivíduos se sujeitassem politicamente àquele ideal à força, não prevalecendo a representatividade democrática para edição das regras reguladoras do convívio social. Qualquer resistência ao regime era repelida violentamente seja pela privação da liberdade, seja pela cessação da vida. Portanto, “[...] o fim do socialismo clássico relaciona-se com a triste revelação de que o Estado é incapaz de resolver todos os problemas seja no âmbito do indivíduo, seja quanto à sociedade” (JUSTEN FILHO, 2002, p.11).

Ademais, o Estado intervencionista totalitário não se manifestou apenas no plano do socialismo, denominado Estado de esquerda, tendo sido adotado também nos países capitalistas, Estados de direita, tais como o nazismo na Alemanha, o fascismo na Itália, o salazarismo em Portugal e franquismo na Espanha, em que o desenvolvimento econômico ficava ao alvedrio do ditador, sem a devida preocupação em ampliação de mercados para melhor abastecer a população com bens e serviços. Só era permitida a produção daquilo que interessava aos caprichos ditatoriais.

Observou-se também, em um Estado democrático de direita, o surgimento do Estado intervencionista nos Estados Unidos da América, após a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque, uma crise jamais presenciada nos sistemas capitalistas do mundo. Até 1929 imperava ainda nesse país o liberalismo clássico, com uma auto-regulamentação da economia pelos próprios agentes do mercado, onde o Estado não intervinha prevalecendo a lei de livre mercado, sobretudo o mercado financeiro especulativo, gerando uma falsa sensação de que a

economia na prática estava desenvolvendo-se tanto quanto a economia de capitais investidos, principal motivo pelo qual desencadeou toda a crise.

Em 1932 foi eleito o presidente Franklin Delano Roosevelt, que inspirado nas teorias do economista John Keynes, a partir de 1933, implantou um plano para salvar a economia do país conhecido como *New Deal*. Nesse plano, o Estado passou a intervir diretamente na economia em setores estratégicos, criou um sistema de regulação para as instituições financeiras, controlou a concorrência, dentre outras medidas. Isso de primeiro momento resultou em um saneamento desejado da economia que voltou a crescer, novos postos de trabalhos surgiram, bens e serviços públicos foram ampliados, mas isso perdurou até a eclosão da segunda grande guerra mundial, em que novos paradigmas econômicos e sociais foram lançados, pois o desenvolvimento armamentista tornou-se prioridade para os Estados Unidos e todos os demais países envolvidos na guerra.

Essa intervenção direta na economia, com o Estado passando a produzir bens e serviços conjuntamente com a iniciativa privada, recebeu severas críticas, pois se argumentaram que no plano capitalista esta intervenção direta não é salutar para o desenvolvimento econômico e social, haja vista aumentar os investimentos públicos tornando o Estado demasiadamente caro e inviável, e desestimulando os investimentos privados na produção de capital. Começa-se, desde então, o esboço de uma nova forma de intervenção que seria a indireta, em que o Estado estaria na mediação entre os interesses dos agentes de mercado e os interesses públicos, na forma de regulação dos setores da economia.

2.4 O Estado Regulador

Em síntese dos dois modelos acima de Estado antagônicos entre si, em que um abstém-se de qualquer intervenção na economia e o outro intervém excessivamente, surge um novo paradigma, o Estado regulador, este que na lição de Justen Filho (2002, p.27) “[...] atenua a proposta de intervenção direta e material.”, ou seja, explora diretamente somente atividades econômicas essenciais a garantir a soberania nacional e a manutenção das atividades precípuas do Estado. As demais, este cria políticas de regulação para privatizar e conceder ao particular explorar a atividade econômica, visando lucro, mas sob controle e fiscalização do

Estado. Dessa forma, garante-se a universalização e suficiência de acesso aos bens e serviços públicos a custos módicos para a população em geral, com a finalidade deste modelo de Estado atingir seu fim último que é o bem estar e a justiça social.

Nesse novo paradigma de modelo regulatório, o Estado possui tanto característica de exploração direta de atividade econômica quanto característica daquele que entrega a iniciativa privada a exploração da atividade econômica prestando serviços públicos, conforme Justen Filho (2002, p.24):

Todos os serviços públicos que puderem ser organizados segundo padrões de estrita racionalidade econômica deverão ser remetidos à iniciativa privada. Somente incumbe ao Estado desempenhar atividades diretas nos setores em que a organização econômica, modelada pelos parâmetros de acumulação privada de riqueza, colocar em risco valores coletivos ou for insuficiente para propiciar sua plena realização.

Cabe ressaltar ainda que o Estado regulador, assim como no modelo intervencionista, “permanece presente no domínio econômico, mas não mais como partícipe direto.” (JUSTEN FILHO, 2002, p.24). Ele buscará meios para que a iniciativa privada preste serviços públicos, e para isso valer-se-á da regulação para atingir seus fins, seguindo o pensamento de Justen Filho (2002, p.24):

Ao invés de buscar pessoalmente a realização de determinados fins, vale-se do instrumento normativo e de suas competências políticas para influenciar os particulares a realizar os fins necessários ao bem-comum.

Compreendido as características relevantes do Estado regulador, indaga-se oportunamente por qual meio o Estado deverá utilizar para regular setores da economia a fim de haver prestação de serviços públicos pelos particulares sob controle e fiscalização estatal. Pois então surgem as denominadas agências reguladoras, objeto do presente trabalho, que

[...] são entidades integrantes da estrutura estatal, mas que apresentam peculiaridades que as diferenciam das entidades administrativas tradicionalmente verificadas nos países de tradição continental (JUSTEN FILHO, 2002, p.51).

Assim, pela opção estatal de intervir na economia nos setores que foram delegados, estes órgãos foram criados com finalidade regulatória e fiscalizatória.

3 O SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Historicamente, de acordo com a doutrina, as agências surgiram nos Estados Unidos da América, ainda que outra parte da doutrina afirme que o modelo norte-americano de *agencialização* se reporta à influência britânica.

3.1 A experiência Norte-Americana

Em 1887 foi criada a primeira agência reguladora de âmbito federal nos Estados Unidos, a *Interstate Commerce Commission* (ICC) com a finalidade de regular a exploração das ferrovias em âmbitos interestadual. Em 1913, foi instituída a *Federal Reserve Board*, que tem atuação na regulação dos bancos e instituições financeiras. Em 1914, surgiu a *Federal Trade Commission* (FTC), responsável em coibir as práticas antitrustes e regular a concorrência nos mercados. Outra foi criada em 1927, a *Federal Radio Commission*. Posteriormente, outras foram instituídas de acordo com a necessidade de o Estado intervir em outros setores.

Na definição de Di Pietro, na qual adverte para existência de vários tipos de agências nos Estados Unidos, ressalta-se que existiam duas modalidades antigas, conforme os dizeres de Di Pietro (2007, p.430-431):

Existem nos Estados Unidos vários tipos de agências, sendo que a classificação mais antiga considerava duas modalidades: as agências reguladoras (*regulatory agency*) e as não reguladoras (*non regulatory agency*), conforme tivessem ou não poderes normativos, delegados pelo Congresso, para baixar normas que afetassem os direitos, as liberdades ou atividades econômicas dos cidadãos.

Nota-se que há uma diversidade de formas e motivos para que o Estado institucionalize órgãos com a finalidade de regulação dos setores da economia. Os Estados Unidos que sempre priorizaram pelo liberalismo de mercado, não intervindo na ordem econômica, criou estes órgãos classificados como agências por necessidade de regulação para proteção dos usuários dos serviços e inibir os abusos do poder econômico. Logo, a experiência norte-americana na criação das agências teve um propósito diverso em relação aos demais países que adotaram o

mesmo modelo. O Brasil inspirou-se no modelo norte-americano, assim afirma Maria D'Assunção Costa Menezello (2002, p.59) “[...] os historiadores e os doutrinadores apontam como fonte primária de referência e como modelo originário de agência as agências reguladoras americanas. Também assim entendemos;”

Essas agências lograram grande prestígio em certo período, mas atualmente sofreram algumas limitações e severas críticas entre elas, de acordo com Di Pietro (2007, p.431), a função quase-legislativa das agências defronta-se com o princípio constitucional da indelegabilidade do poder de legislar, em consonância com a consagrada e pétrea separação dos poderes, fortemente rígido no direito norte-americano. Seguindo o raciocínio, os poderes das agências foram mitigados em detrimento à disputa entre poder legislativo e executivo, e mesmo assim, causando estranheza para Di Pietro (2007, p.431), esse modelo norte-americano de agências reguladoras é fonte inspiradora para diversos países, implicando em embates doutrinários sobre sua aceitação, receio por partes de governantes e desconfiança por parte dos cidadãos.

3.2 O Surgimento das Agências Reguladoras Federais no Brasil

No Brasil, desde o início do século XX, já havia entidades com funções regulatórias e fiscalizatórias de setores econômicos, mas que não eram chamadas de agências. Di Pietro (2007, p. 434) menciona algumas:

[...] no período de 1930-1945, o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), o Instituto do Açúcar e do Alcool (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Pinho (1941), o Instituto Nacional do Sal (1940), todos esses institutos instituídos como autarquias econômicas, com a finalidade de regular a produção e o comércio. Além desses, podem ser mencionados outros exemplos, como o Banco Central, o conselho Monetário Nacional, a Comissão de Valores Mobiliários e tantos outros órgãos com funções normativas e de fiscalização.

A criação das agências atuais ocorreu no início da década de 90 após a implantação da política econômica neoliberal adotada pelo Brasil. O legislador pátrio adotou o termo “agência reguladora” baseando-se no modelo norte-americano, conforme explica Alexandrino e Paulo (2010, p.161):

[...] na instituição dessa nova geração de entes especificamente encarregados da regulação econômica, foi importado do direito norte-americano, no qual é utilizado a expressão *agencies*.

Entretanto, poucas semelhanças há entre o modelo adotado aqui e aquele existente nos Estados Unidos, estabelecendo apenas o vínculo na adoção do termo “agência reguladora”. O modelo brasileiro mais se aproximou ao da Europa continental, onde estes órgãos são denominados como “entes administrativos independentes”, conforme Alexandrino e Paulo (2010, p.162).

Frisa-se que a tese central do neoliberalismo na dicção de Alexandrino e Paulo (2010, p.159):

[...] é a de que o estado é muito menos eficiente do que o setor privado quando desenvolve diretamente atividades econômicas em sentido amplo, abrangendo a prestação de serviços públicos propriamente ditos, a prestação de natureza estritamente econômica e a exploração de atividades industriais e comerciais. Vale dizer, entende-se que o Estado não é eficiente quando produz, diretamente, bens ou utilidades.

Portanto, nessa diretriz, a onda de privatizações decorrente do Plano Nacional de Desestatização (PND), criado pela lei nº 8.031 de 1990 e alterada pela lei nº 9.491 de 1997, característica principal do neoliberalismo, em que o Brasil, deixando de explorar diretamente atividades econômicas, delegou à iniciativa privada, impulsionou o surgimento desses órgãos reguladores, denominados, por opção do legislador, de agências reguladoras.

Esse período conhecido também como a “Reforma do Estado” implicou em elaboração de diversas emendas constitucionais que permitiram ao Estado delegarem ao setor privado a prestação de serviços públicos que eram até o momento explorado exclusivamente por aquele. As emendas constitucionais nº 08 e 09 de 1995 permitiram ao Estado a delegação das respectivas atividades bem como criaram os órgãos reguladores pertinentes, conforme texto abaixo *in verbis*, da Constituição Federal de 1988:

Art. 21. Compete à União:

[...]

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um **órgão regulador** e outros aspectos institucionais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95)

[...]

Art. 177. Constituem monopólio da União:

[...]

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

[...]

III - a estrutura e atribuições do **órgão regulador** do monopólio da União;
(Inciso incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)
(grifos do autor)

As primeiras agências criadas com assento constitucional foram, nessa ordem, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), pela lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997, e a Agência Nacional do Petróleo (ANP), pela lei nº 9.478 de 6 de agosto de 1997, ressaltando-se que a primeira agência surgida no Brasil foi a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), em 1996, sendo que esta não tem previsão direta constitucional.

Em seguida, foi o legislador infraconstitucional quem criou as demais agências de acordo com a necessidade de regular setores em que a iniciativa privada estivesse explorando atividade econômica de interesse público ou prestando serviço público.

Atualmente, existem 10 agências reguladoras federais no Brasil, mas está em estudo no Ministério de Minas e Energia a criação de mais uma agência, a Agência Nacional da Mineração (AMN). Segue abaixo o quadro das agências reguladoras existentes, em ordem cronológica de criação de acordo com Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2010, p.174):

QUADRO 1 – Relação das Agências Reguladoras Federais Existentes no Brasil

Diploma instituidor	Agência	Missão	Logo
Lei nº 9.427 de 26/12/1996	Agência Nacional de Energia Elétrica	Regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal	
Lei nº 9.472 de 16/07/1997	Agência Nacional de Telecomunicações	Regular e fiscalizar os serviços de telecomunicações do país	
Lei nº 9.478 de 26/12/1997	Agência Nacional do Petróleo	Promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis	
Lei nº 9.782 de 26/01/1999	Agência Nacional de Vigilância Sanitária	Proteger e promover a saúde, garantindo a segurança sanitária de produtos e serviços	
Lei nº 9.961 de 28/01/2000	Agência Nacional de Saúde Suplementar	Controlar, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades que garantem a assistência suplementar à saúde	
Lei nº 9.984 de 17/07/2000	Agência Nacional de Águas	Implementar, em sua esfera de atribuições, a Política Nacional de Recursos Hídricos, integrando o Sistema nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos	
Lei nº 10.233 de 05/06/2001	Agência Nacional de Transportes Terrestres	Implementar, regular e supervisionar a política voltada para os transportes terrestres	
Lei nº 10.233 de 05/06/2001	Agência Nacional de Transportes Aquaviários	Implementar, regular e supervisionar a política de transportes aquaviários	
Medida Provisória nº 2.228 de 06/09/2001	Agência Nacional do Cinema	Fomentar, regular e fiscalizar as indústrias cinematográficas e videofonográfica	
Lei nº 11.182 de 27/09/2005	Agência Nacional de Aviação Civil	Regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária	

4 AGÊNCIAS REGULADORAS

4.1 Conceito

Para conceituar agência reguladora deve-se antes analisar qual a sua natureza jurídica. Primeiramente, não há dúvida de que estes entes são de Direito Público e exercem funções típicas de Estado tanto na esfera administrativa quanto nos aspectos normativo e fiscalizatório. Logo, o ordenamento jurídico brasileiro, para conferir maior independência e autonomia a estas agências, comportou estes entes como autarquias especiais, conforme definição de autarquia previsto no decreto-lei nº 200 de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, a definindo como:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Em relação a serem definidas como autarquias especiais, ressalta-se a lição de Hely Lopes Meirelles (1996, p.317):

[...] autarquia em regime especial é toda aquela a que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns sem infringir os preceitos constitucionais pertinente a essas entidades de personalidade pública. O que posiciona a autarquia como regime especial são as regalias que a lei criadora lhe confere para o pleno desempenho de suas finalidades específicas, observadas restrições constitucionais.

Entretanto, observa-se que o Estado neoliberal para atingir seu intento com as privatizações dos serviços públicos criou estes entes em regime especial justamente para lograr êxito em sua finalidade, isto é, garantir que as delegações dos serviços sejam realizadas e fiscalizadas por entidades com autonomia financeira, administrativa e principalmente técnica, e também com uma relativa independência política em relação ao poder executivo.

Compreendida a natureza jurídica passa-se a debruçar-se sobre o que são, enfim, as agências reguladoras, esforçando-se para encontrar uma definição, com a devida ressalva de que o termo agência importado do direito norte-americano em nada se assemelha com as atuais agências existentes no Brasil.

Segundo Alexandre Santos de Aragão (2005, p.275), que reconhece alguma dificuldade em definir o que é agência reguladora, agências são:

[...] autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à administração centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiados cujos membros são nomeados pelo Presidente da República, após prévia aprovação do Senado Federal.

Outra definição plausível para agência reguladora é a de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2010, p.84) que afirmam não ser possível atualmente estabelecer uma definição científica de agência reguladora, mas esforçam-se para esboçarem uma seguinte definição:

[...] trata-se de entidades administrativas com alto grau de especialização técnica, integrantes da estrutura formal da Administração Pública, instituída sob a forma de autarquias de regime especial, com a função de regular um setor específico de atividade econômica, ou de intervir de forma geral sobre relações jurídicas decorrentes dessas atividades, que devem atuar com a maior independência possível perante o Poder Executivo e com imparcialidade em relação às partes interessadas (Estado, setores regulados e sociedade).

Para Joaquim Gomes B. Barbosa (2005, p.44), que em sua lição define agência reguladora da seguinte forma:

Agência Reguladora, no direito brasileiro, é uma autarquia especial, criada por lei, também com estrutura colegiada, com a incumbência de normatizar, disciplinar e fiscalizar a prestação, por agentes econômicos públicos e privados, de certos bens e serviços de acentuado interesse público, inserido no campo da atividade econômica que o Poder Legislativo entendeu por bem destacar e entregar à regulamentação autônoma e especializada de uma entidade administrativa relativamente independente da Administração Central.

Portanto, em última análise, agências reguladoras são pessoas jurídicas de direito público interno, integrantes da administração pública indireta, criadas sob forma de autarquias de regime especial, dotadas de autonomia administrativa, financeira e técnica.

Essa denominação “regime especial” é atribuída às agências pelas suas respectivas leis instituidoras para uma diferenciação em relação às demais autarquias, assegurando-lhes algumas prerrogativas para que melhor desempenhem suas funções em regular setores da economia que foram delegados aos particulares. Isso se torna mais evidente quando verifica-se a intenção do legislador ao criar algumas destas agências, como ocorre com a lei nº 9.472 de 1997 que criou a Anatel, assim disposto em seus artigos 8º e 9º:

Art. 8º, § 2º - A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

Art. 9º - A Agência atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.

No tocante a maior independência das agências, destaca-se a lição de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2010, p.165), necessário para a melhor compreensão do termo “independência”, pois o entendimento incorreto poderia induzir que as agências são dotadas de plena autonomia e independência com relação aos demais poderes, de acordo com o modelo norte-americano, o que não é verdade.

Para conferir maior “independência” às agências reguladoras, característica essencial do modelo que se pretendeu adotar no Brasil, o legislador tem atribuído a elas o *status* de “autarquia em regime especial”, o que se traduz, nos termos de cada lei instituidora, em prerrogativas, especiais, normalmente relacionadas à ampliação de sua autonomia administrativa, gerencial e técnica.

De fato, as agências têm um maior grau de autonomia em comparação às demais autarquias, mas isso não implica que sejam independentes, pois feririam o princípio constitucional da separação dos poderes e da reserva legal.

4.2 Funções, Competência e Atribuições

Para atingir suas finalidades, as agências reguladoras são investidas de diversas funções que ora se assemelham as funções dos poderes tripartidos do Estado, não interferindo na harmonia e independência tampouco usurpa funções de outros poderes.

Há a função normativa que se depreende no momento em que o Estado necessita regular setores econômico através de regras abstratas. Como ente de administração indireta, elas publicam atos administrativos através de resoluções, portarias e instruções normativas a fim de regular os setores que foram delegados à iniciativa privada. Ressalta-se que esses atos são infra-legais se subordinando diretamente à lei instituidora de cada agência sob pena de ilegalidade por ferir o princípio constitucional da reserva legal. Essa problemática da função normativa das agências, tema que acende calorosos debates doutrinários, será mais bem delineado no capítulo 6.

A função executiva decorre do poder de polícia intrínseco a esses entes estatais pela qual a agência impõe coercitivamente aos entes regulados que sejam cumpridas as regras estabelecidas sob pena de sofrerem sanções administrativas. Assim, as agências executam suas diretrizes técnicas regulando o setor econômico específico situando-se na mediação entre os interesses dos prestadores de serviços delegados e os usuários desses mesmos bens e serviços. Nessa mesma linha de função executiva, encontra-se também os procedimentos licitatórios necessários para a delegação, permissão ou concessão de serviços públicos, conforme preceito constitucional do art. 175:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, **sempre através de licitação**, a prestação de serviços públicos. (grifos do autor)

Por fim, existe a função decisória ou judicante das agências em que seus órgãos colegiados de cúpula decidem em última instância administrativa conflitos de interesses entre a agência e o ente regulado ou entre este e os usuários dos serviços. Destaca-se outro aspecto desta função que ocorre quando surge um conflito entre os entes regulados e a agência atua como mediadora, conciliadora ou

árbitra no sentido das soluções alternativas de conflitos. Como as agências detêm o conhecimento técnico do respectivo setor econômico, ninguém melhor que esta para dirimir as incertezas surgidas entre os entes do mercado. Não se trata aqui de decisão jurisdicional, pois a instituição das agências com suas respectivas funções previstas em lei, não afasta o princípio constitucional da apreciação jurisdicional (art. 5º, XXXV da Constituição Federal). Mesmo as decisões em última instância administrativas poderão ser apreciadas pelo Poder Judiciário no tocante à legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, não se adentrando no mérito do ato administrativo da conveniência e oportunidade.

Em relação à competência das agências reguladoras inclui-se

[...] implementar um programa regulatório (política pública de regulação) mediante: a) elaboração de regras gerais que disciplinem a atividade sob sua tutela (regulamentando a prestação de serviços públicos, definindo tarifas etc); b) controle da execução das atividades, recebendo e investigando denúncias e reclamações; c) aplicação de sanções aos agentes sob sua vigilância, nos termos da Constituição Federal, da lei de processo administrativo (Lei nº 9.787/1999) e de outras leis específicas; d) solucionando conflitos e questões controversas postas a seu encargo. (MAURANO, 2006, p.82)

Em síntese, competem as agências a elaboração do plano regulatório que diz respeito à competência técnica da agência; mediar os interesses entre os agentes regulados e a sociedade em geral através dos sistemas de ouvidorias que captam denúncias e reclamações; exercer seu poder de polícia estabelecido em lei implicando sanções caso haja infração às regras regulatórias estabelecidas.

No tocante as atribuições das agências, cada lei instituidora estabelece-as definindo o campo de atuação de cada agência em relação aos agentes regulados, embora alguns autores conceituem da mesma forma atribuição e competência. Assim, segue a lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro (2009, p.470-471):

As atribuições das agências reguladoras, no que diz respeito à concessão, permissão e autorização de serviço público resumem-se ou deveriam resumir-se às funções que o poder concedente exerce nesses tipos de contratos ou atos de delegação: regulamentar os serviços que constituem objeto da delegação, realizar o procedimento licitatório para a escolha do concessionário, permissionário ou autorizatário, celebrar o contrato de concessão ou permissão ou praticar ato unilateral de outorga da autorização, definir o valor da tarifa e da sua revisão ou reajuste, controlar a execução dos serviços, aplicar sanções, encampar, decretar a caducidade, intervir, fazer a rescisão amigável, fazer a reversão de bens ao término da

concessão, exercer o papel de ouvidor de denúncias e reclamações dos usuários, enfim exercer todas prerrogativas que a lei outorga ao Poder Público na concessão, permissão e autorização.

Por fim, para um aprofundamento da análise das competências e atribuições de cada agência, o que não é objetivo do presente trabalho, tem que se debruçar sobre a respectiva lei instituidora e se atentar para as peculiaridades do setor econômico no qual a agência é inserida, pois não há um regime jurídico único para a regulação federal no Brasil, que no dizeres de Adriana Maurano (2006, p.81) não há uma coordenação entre as atividades de cada agência. Há vários projetos de lei em tramitação no congresso nacional tendo em vista a formação de um regime aplicável a todas agências reguladoras federais, como exemplo o projeto de lei nº 2.760/2009 que estabelece normas gerais para as agências reguladoras de serviços públicos.

4.3 Estrutura Organizacional

A criação das agências como autarquias especiais decorre necessariamente de lei, bem como a criação dos seus respectivos cargos, e é por força constitucional de iniciativa privativa do Presidente da República, conforme dispositivo da Constituição Federal abaixo:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição
§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:
[...]
II - disponham sobre:
a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

Para se avaliar como a agência será estruturada deverá ser observado vários fatores, conforme a lição nesse sentido de Justen Filho (2002, p.422):

A estruturação da agência deverá corresponder à complexidade das atribuições reservadas a ela. A dimensão quantitativa dos cargos será determinada em função da amplitude das tarefas que deverá desempenhar. A fixação dos requisitos de provimento e da remuneração terá de observar a

atividade reservada à agência. Deverá respeitar-se o princípio da proporcionalidade, especialmente no ângulo da compatibilidade dos meios escolhidos com os fins buscados. Isso equivale a reconhecer a eventual necessidade de instituição de cargos de alta qualificação técnica, cujo provimento dependerá do preenchimento dos requisitos pouco usuais no âmbito da organização estatal.

Assim, cada agência terá sua peculiaridade conforme o grau de especialização técnica que o setor regulado demandará e se estruturará de acordo com organogramas que basicamente constituirão em órgão de cúpula (diretoria colegiada), ouvidoria, procuradoria, recursos humanos, áreas especializadas em regulação, áreas de fiscalização e áreas administrativas. Esse modelo básico é verificado em todas as agências criadas até hoje.

Ressalta-se que será tratado apenas dos órgãos de maior importância dentro das agências, e aquilo que elas têm em comum, pois cada uma tem estrutura muito diferenciada no que diz respeito a sua função regulatória e fiscalizatória em si.

Atualmente há duas leis no ordenamento jurídico pátrio que versam sobre todas as agências reguladoras em âmbito federal. Trata-se da lei nº 10.871 de 2004 que dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais denominadas agências reguladoras e a lei nº 9.986 de 2000 que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras. Nelas estão instituídos os cargos de técnico e especialista em regulação, técnicos e analistas administrativos e outros cargos comissionados técnicos, de direção, gerência executiva, de assessoria e assistência, com suas respectivas remunerações, atribuições e prerrogativas. Os servidores do quadro efetivo são regidos pelo regime estatutário da lei nº 8.112 de 1990 (estatuto dos servidores públicos civis da união, das autarquias e fundações).

O órgão de cúpula da agência é a diretoria colegiada que tem como principal característica de seus integrantes terem mandatos fixos, cabendo uma única recondução e sendo vedada a demissão *ad nutum*, ou seja, não se pode demitir por discricionariedade, mas somente por condenação por infração administrativa ou criminal em que lhe seja assegurado o devido processo administrativo com direito ao contraditório e ampla defesa.

A diretoria colegiada tem como função precípua deliberar sobre todos os atos emanados da agência, tanto administrativo quanto regulatório, sendo composta sempre de quantidade ímpar de diretores com a presidência a cargo do

diretor-geral. É a última instância recursal no âmbito administrativo, podendo ocorrer em alguns casos o chamado recurso hierárquico impróprio, que consiste na possibilidade de revisão ministerial pela qual a agência está vinculada das decisões em última instância. Os diretores são indicados pelo Presidente da República com a aprovação do Senado Federal.

Verifica-se a existência das ouvidoras criadas pelas leis instituidoras das agências que serve de canal de captação de reclamações, sugestões e críticas dos usuários sobre a prestação do serviço que foi delegado, sendo que em algumas agências existe a figura do Ouvidor.

Para a representação extrajudicial e judicial das agências em demandas em que seja parte a autarquia especial, foram criadas em 2004 com a lei nº 10.871 as procuradorias específicas para cada agência, conforme quadro abaixo:

QUADRO 2 – Cargos de Procurador Federal a serem Distribuídos às Agências Reguladoras

AUTARQUIA ESPECIAL	QUANTIDADE
ANA	20
ANATEL	70
ANCINE	15
ANEEL	35
ANP	40
ANS	40
ANTAQ	20
ANTT	55
ANVISA	40
ANAC	50

Essa é basicamente a estrutura das agências, entretanto, cada uma terá suas diferenças nos aspectos técnicos e regulatório. Elas contam com um quadro de servidores efetivos divididos em setor de regulação e setor administrativo, que são investidos através de concurso público de provas ou provas e títulos por expressa previsão constitucional do art. 37, II da Constituição Federal. Segue abaixo o quadro com os cargos criados pela lei nº 10.871 de 2004 de cada agência e o quantitativo de servidores:

QUADRO 3 – Quadro de Pessoal das Agências Reguladoras

AUTARQUIA ESPECIAL	CARGO	QUANT.
ANATEL	Especialista em Regulação de Serviços Públicos de Telecomunicações	720
	Técnico em Regulação de Serviços Públicos de Telecomunicações	485
	Analista Administrativo	250
	Técnico Administrativo	235
ANCINE Redação dada pela Lei nº 12.323, de 2010	Especialista em Regulação da Atividade Cinematográfica e Audiovisual	150
	Técnico em Regulação da Atividade Cinematográfica e Audiovisual	64
	Analista Administrativo	70
	Técnico Administrativo	76
ANEEL	Especialista em Regulação de Serviços Públicos de Energia	365
	Analista Administrativo	200
	Técnico Administrativo	200
ANP	Especialista em Regulação de Petróleo e Derivados e Gás Natural	435
	Especialista em Geologia e Geofísica do Petróleo e Gás Natural	50
	Técnico em Regulação de Petróleo e Derivados e Gás Natural	50
	Analista Administrativo	165
	Técnico Administrativo	80
ANSS	Especialista em Regulação de Saúde Suplementar	340
	Técnico em Regulação de Saúde Suplementar	50
	Analista Administrativo	100
	Técnico Administrativo	70
ANTAQ	Especialista em Regulação de Serviços de Transportes Aquaviários	220
	Técnico em Regulação de Serviços de Transportes Aquaviários	130
	Analista Administrativo	70
	Técnico Administrativo	50
ANTT	Especialista em Regulação de Serviços de Transportes Terrestres	590
	Técnico em Regulação de Serviços de Transportes Terrestres	860
	Analista Administrativo	105
	Técnico Administrativo	150

ANVISA Redação dada pela Lei nº 12.094, de 2009	Especialista em Regulação e Vigilância Sanitária	810
	Técnico em Regulação e Vigilância Sanitária	100
	Analista Administrativo	175
	Técnico Administrativo	150
ANA	Técnico Administrativo	45
ANAC	Especialista em Regulação de Aviação Civil	922
	Técnico em Regulação de Aviação Civil	394
	Analista Administrativo	307
	Técnico Administrativo	132

4.4 Poder Fiscalizador e Sancionador

Como o Estado incumbe ao setor privado a prestação do serviço delegado, compete àquele fiscalizar. Para Celso Ribeiro de Barros (2000, p.229) significa que “a fiscalização tem o sentido de acompanhar a verificação da adequação do comportamento privado aos ditames normativos”.

Seguindo no mesmo sentido de pensamento, Maria D’Assunção Menezello (2002, p.71) afirma que “o poder de fiscalizar está diretamente atrelado ao dever de fiscalizar o fiel cumprimento das obrigações legais e regulatórias para que os interesses da sociedade sejam preservados”. Ou seja, passa a ser uma obrigação do Estado, a partir do momento que delega serviços públicos, fiscalizar os agentes de mercado regulado a fim de garantir a sociedade uma prestação de serviço de qualidade e que atenda adequadamente aos interesses sociais.

Em decorrência lógica desse poder fiscalizador, para haver uma eficácia das medidas fiscalizatórias, deve ser atribuído conjuntamente ao Estado o poder sancionador, pois de nada vale fiscalizar sem que se possa aplicar uma sanção que restrinja algum direito do infrator ou diminua seu patrimônio através de multas. Assim, o Estado ao instituírem as agências reguladoras atribuiu-lhes poderes sancionadores decorrentes de lei, pois

[...] do estrito cumprimento do princípio da legalidade pelas agências no exercício desse poder, a agência deverá ainda atender aos princípios da motivação, da segurança jurídica, do contraditório e da ampla defesa, expressos na lei nº 9.784 de 1999, que dispõe sobre o processo administrativo. (MENEZELLO, 2002, p.72)

As sanções variam de acordo com cada lei instituidora, podendo ser aplicado aos agentes regulados advertências, multas, caducidade, cassação, declaração de inidoneidade e rescisão unilateral do contrato de permissão, concessão ou autorização.

Como bem observa Maria D'Assunção Menezello (2002, p.72) “[...] a falta de fiscalização eficiente [...] pode gerar responsabilidade para as agências reguladoras.”. Essa fiscalização eficiente engloba o poder fiscalizador com o respectivo poder sancionador, sendo esses poderes decorrentes do poder de polícia advindo da administração pública.

4.5 Autonomia Administrativa, Financeira e Técnica

Com natureza jurídica de autarquia especial, as agências reguladoras gozam de certa independência que deve bem entendida, pois assim assevera Alexandre Santos Aragão (2005, p.9)

É importante desde já frisar que a qualificação de “independente” comumente atribuída às agências reguladoras, deve ser entendida em termos. Em nenhum país onde foram instituídas possuem independência em sentido próprio, mas apenas uma maior ou menor autonomia, dentro dos parâmetros fixados pelo ordenamento jurídico.

Essa autonomia surge com a própria lei instituidora que garante às agências uma autonomia administrativa de autogestão em gerir seus próprios recursos, financeira tendo orçamento próprio desvinculado do órgão do executivo central e técnica no sentido de regular o setor econômico.

Na autonomia administrativa um ponto que se destaca é em relação aos mandatos dos dirigentes da agência. Conforme já explicado anteriormente os dirigentes são nomeados pelo Presidente da República e aprovado pelo Senado Federal, sendo vedada a exoneração *ad nutum* e com prazo fixo de mandatos que por sua vez não são coincidentes com o mandato presidencial. É essa estabilidade que garante às agências uma maior autonomia administrativa e gerencial com relação ao poder executivo.

Outros aspectos referentes a autonomia administrativa pode-se destacar o entendimento de Arnold Wald citado por Maria D'Assunção Menezello (2002, p.85):

- Independência de objetivos, significando a escolha dos objetivos almejados com a atividade de regulação, desde que não conflitem com a busca prioritária do bem-estar do consumidor-usuário, e
- Independência de instrumentos, equivalendo à capacidade das agências em definir os marcos regulatórios e escolher os instrumentos de regulação, de forma a atingir seus objetivos de maneira mais eficiente possível.

No tocante à autonomia financeira bem define Adriana Maurano (2006, p.88):

Outro aspecto para caracterizar a independência das agências, é a autonomia financeira, assegurada pela disponibilidade de recursos humanos e infra-estrutura material fixados em lei, além da previsão de dotações consignadas no orçamento geral da União, créditos especiais, transferências e repasses que lhe forem conferidos.

Isso possibilita a agência planejar a aplicação dos seus próprios recursos a fim de atingir seus objetivos na regulação e fiscalização dos setores econômicos regulados.

Já a autonomia técnica “[...] Refere-se à especialização de cada agência em relação à sua atribuição técnica.” (MAURANO, 2006, p.89). Isso significa que cada setor econômico a ser regulado gera a necessidade de o órgão regulador ser dotado de conhecimentos técnicos para uma regulação mais eficiente e que atenda os objetivos sociais.

Assim conclui-se, conforme ensinamentos de Adriana Maurano (2006, p.89-90) em relação a autonomia técnica:

É justamente o grau de especialização técnica empregado nas decisões destes órgãos que se valem muitos autores para defender uma margem de discricionariedade técnica às entidades reguladoras. Trata-se de um conceito bastante controvertido que basicamente expressa a competência para tomar decisões que não sejam propriamente discricionárias, mas que se encontram fora do campo do controle jurisdicional pela especificidade da matéria envolvida, a qual só seria conhecida pelos administradores, técnicos, salvo nos casos de desrespeito aos *standards* contidos em lei.

Portanto, os atos de regulação das agências são dotados de natureza eminentemente técnica dentro dos limites legais, implicando em uma maior autonomia em relação às políticas governamentais e também maior autonomia até mesmo do controle jurisdicional dos seus atos que poderão ser revistos judicialmente quando for eivado de ilegalidade, mas não pelo mérito técnico regulatório

5 FORMAS DE CONTROLE

As agências reguladoras assim como as demais entidades da administração pública são submetidas ao controle externo de outros órgãos tanto do poder legislativo quanto do executivo, inclusive do ministério público, judiciário e da sociedade.

5.1 Controle Político

O controle político é realizado pelo poder legislativo federal que tem respaldo constitucional no art. 49, X da Constituição Federal abaixo transcrito:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

Segundo afirma Floriano de Azevedo Marques Neto (2005, p.126):

O Poder Legislativo, embora não possua ascendência direta sobre órgãos que façam parte da estrutura do Executivo, desempenha papel fundamental no controle das agências reguladoras, principalmente no que tange a controle da sua atividade normativa e dos resultados da regulação.

Logo, como as agências integram a administração indireta por serem autarquias especiais estão sujeitas à fiscalização do congresso nacional, pois este poder tem representação democrática. De acordo com Marçal Justen Filho (2002, p.598):

[...] o controle parlamentar pode versar, de modo ilimitado, sobre toda a atividade desempenhada pela agência [...] Poderá questionar-se apenas a gestão interna da agência, mas também de se exigir a justificativa para as decisões de cunho regulatório. Caberá inclusive fiscalizar o processo administrativo que antecedeu a decisão regulatória produzida pela agência, com ampla exigência de informações sobre as justificativas técnico-científicas das opções adotadas.

O órgão auxiliar do congresso nacional para fiscalizar a administração pública indireta é o Tribunal de Contas da União (TCU) que tem como uma de suas funções o “controle na fiscalização contábil, financeira e orçamentária das agências, para averiguar a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos emanados.” (MAURANO, 2006, p.152).

Essa atribuição decorre dos art. 70 e 71, incisos II e III da Constituição Federal abaixo transcrito:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

[...]

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

Pode-se concluir que o Tribunal de Contas da União

Não se restringe, contudo, a atuação do tribunal a aspectos jurídico-formais. Vai mais além. Busca examinar os resultados alcançados pelas agências no exercício de sua missão institucional. Ademais, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98, o princípio foi erigido a norma constitucional. Por conseguinte, compete também ao Tribunal verificar se as entidades sujeitas ao seu poder controlador atuam de forma eficiente. (MAURANO, 2006, p.154).

Portanto, assim como os demais órgãos da administração pública direta e indireta estão sujeitos ao controle político realizado pelo congresso nacional e auxiliado pelo tribunal de contas, não seria diferente para as agências reguladoras, haja vista estas utilizarem recursos públicos com a finalidade de regular os setores econômicos que o Estado delegou ao privado e se submeterem aos princípios constitucionais da administração pública insculpidos no art. 37, *caput* da Constituição Federal.

5.2 Controle Social

A sociedade também exerce controle sobre as agências de várias formas. As mais comuns são a garantia constitucional do direito de petição juntos aos órgãos públicos e a ação popular do art. 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal que garante ao cidadão promover a referida ação visando anular atos lesivos ao patrimônio público e a moralidade administrativa, aplicando-se esse dispositivo às agências reguladoras por serem entidades públicas.

Outra forma de controle social que está amplamente sendo utilizada e que é prevista em algumas leis instituidoras é a audiência pública. Nela a sociedade em geral e a sociedade organizada são convidadas a participarem da consulta antes de a agência tomar alguma decisão, seja para delegação de um serviço ou para a elaboração de uma norma regulatória. Essa consulta prévia é ato obrigatório que pode gerar a nulidade dos atos posteriores, pois são previstos em lei não podendo ser preterida. Tomando um exemplo, a lei 10.233 de 2001 que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências, em seu art. 68 assim preconiza:

Art. 68. As iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão **precedidas de audiência pública**. (grifos do autor)

Outros dispositivos legais também podem ser destacados para sustentar a existência do controle social das agências reguladoras, conforme apontamentos de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2010, p.179) abaixo:

Lei nº 9.472 de 1997 que instituiu a Anatel:

Art. 42. As minutas de atos normativos serão submetidas à **consulta pública**, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca.

Art. 89. A licitação será disciplinada pela Agência, observados os princípios constitucionais, as disposições desta Lei e, especialmente:

[...]

II - a minuta de instrumento convocatório será submetida a **consulta pública** prévia; (grifos do autor)

Lei nº 9.427 de 1996 que institui a Aneel:

Art. 4º A ANEEL será dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado, cujas funções serão estabelecidas no ato administrativo que aprovar a estrutura organizacional da autarquia.

[...]

§ 3º O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de **audiência pública** convocada pela ANEEL. (grifos do autor)

Lei nº 9.478 de 1997 que instituiu a ANP:

Art. 19. As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão precedidas de **audiência pública** convocada e dirigida pela ANP. (grifos do autor)

Então, como se pode observar, a consulta pública prévia é uma forma de controle social que se harmoniza com manifestação de interesses entre os usuários, o agente regulado e o Estado, este representado pelas agências reguladoras.

Também existe a audiência pública como forma de controle, pois nesse caso, os usuários são ouvidos para manifestarem-se sobre a qualidade da prestação de um serviço público que foi delegado à iniciativa privada. A partir dos elementos colhidos em audiência, é possível a agência tomar medidas cabíveis para fazer com que a qualidade da prestação não seja prejudicada.

Por fim, é inegável que as ouvidorias também são formas de controle social. Ali o usuário pode fazer as reclamações, críticas e sugestões que bem entender, e ainda denunciar alguma ilegalidade praticada pelo prestador do serviço ou por um agente da própria agência reguladora, sendo-lhe assegurado o anonimato, característica eminentemente democrática desse controle.

5.3 Controle Administrativo

Esse controle consiste no reexame no âmbito interno de atos regulatórios da agência. Pode se originar de ofício pela própria agência conforme o princípio da auto-tutela pelo qual a administração pública pode anular seus próprios atos que forem ilegais, ou ser provocado pelo agente regulado.

A forma pela qual esse controle se manifesta no âmbito das agências ocorre de acordo com a lei nº 9.784 de 1999 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Das decisões proferidas em primeira instância administrativa das agências é previsto em lei o direito recursal para uma instância superior objetivando rever a decisão, em consonância ao princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, muito embora, não sejam essas decisões genuinamente de jurisdição porque somente ao poder judiciário isto lhe é incumbido a fim de não interferir na separação dos poderes.

De acordo com os dizeres de Maria D'Assunção Costa Menezello (2002, p.73):

É mediante o recurso administrativo que usuários e agentes econômicos podem pedir um reexame por parte da diretoria da agência de um ato que julguem inadequado, desarrazoado, ilegal e/ou imotivado.

Mas nesse contexto é bom ressaltar a lição do eminente Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p.139):

[...] dado que as autarquias são pessoas jurídicas distintas do Estado, o Ministro supervisor não é autoridade de alçada para conhecer de recurso contra seus atos, pois inexistente relação hierárquica entre este e aquelas, mas apenas os vínculos de controle legalmente previstos.

Contudo, dentro desse processo administrativo de controle interno dos atos emanados da própria agência vale bem frisar que “Essa espécie de controle interno fundamenta-se no Estado Democrático de Direito, exigindo-se do Poder Público que, no desempenho de suas funções, possa distribuir justiça. (MENEZELLO, 2001, p.75).

5.4 Controle Judicial

Nesse controle aplica-se o princípio constitucional da inafastabilidade da apreciação jurisdicional do art. 5º, XXXV da Constituição Federal abaixo transcrito:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Então, mesmo que exista coisa julgada administrativa exarada pela agência reguladora, nada obsta que o interessado que se sinta prejudicado pela decisão final ingresse no Poder Judiciário a fim de reverter a situação. Isso vale tanto para o agente regulado quanto para os usuários dos serviços públicos.

Assim manifesta Carlos Ari Sundfeld: “[...] a Administração Pública, aí incluídas as agências, tem de produzir e aplicar Direito na forma do Direito; e o Poder Judiciário vai controlá-lo” (2000, p.26).

Entretanto, as normas abstratas produzidas pelas agências reguladoras que visam a regular o setor econômico que foi delegado não poderão ser controladas pelo Supremo Tribunal Federal, pois não podem ser objetos de ação direta de inconstitucionalidade.

Nesse caso, a jurisprudência da Corte Suprema é clara ao proclamar que a ação direta de inconstitucionalidade não é instrumento hábil para controlar a compatibilidade de atos normativos infralegais em relação à lei a que se referem, pois as chamadas crises de legalidade, caracterizadas pela inobservância do dever jurídico de subordinação normativa à lei, escapam do objeto previsto pela Constituição. (MORAES, 2002, p.34)

Por serem as normas editadas pelas agências subordinadas às leis, o controle a ser realizado pode ser o controle difuso de constitucionalidade caso haja violação da Constituição.

Ademais, deve-se destacar também que a doutrina e a jurisprudência já sedimentaram entendimento no sentido de que o controle jurisdicional dos atos

administrativos limita-se na verificação da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade do ato, não podendo o judiciário enfrentar o mérito do ato no que diz respeito à conveniência e oportunidade da administração, sob pena de afrontar o princípio constitucional da separação dos poderes. Além disso, os atos regulatórios emanados das agências são estritamente técnicos e essa discricionariedade técnica não pode ser controlada judicialmente, razão pela qual fortalece ainda mais a agência na sua autonomia técnica em benefício da sociedade.

6 O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Sem sombra de dúvida que o aspecto do direito regulatório que mais acirra calorosos debates doutrinários é o poder normativo das agências. Ainda há muitas discussões que são diametralmente opostas, algumas mais radicais colocam em xeque até mesmo a própria existência das agências, outras defendem a inconstitucionalidade do poder normativo. Do outro lado, aqueles que defendem a plena validade das existências das agências e sua compatibilidade constitucional do seu poder normativo. Esse debate é o que faz ainda mais amadurecer o direito regulatório no Brasil. Já são dez agências reguladoras criadas, podendo até o início de 2011 ser criada mais uma agência, a Agência Nacional da Mineração, cada uma desempenhando um importante papel na sociedade, é inegável que esse processo não tem mais como retroceder nesse novo paradigma do Estado regulador. O fortalecimento das agências reguladoras é um benefício para a sociedade.

6.1 Poder Regulador

Primeiramente vale lembrar que o ordenamento jurídico brasileiro tem em seu topo a lei maior que é a Constituição Federal de 1988 que deve ser observada na elaboração de toda e qualquer norma jurídica. Aquilo que contraria a Constituição não pertence ao ordenamento jurídico não produzindo efeito algum.

Também, todos os poderes são criados pela Constituição e a partir daí esses poderes vão cumprindo sua missão institucional. Para se chegar até a instituição das agências reguladoras, depende do projeto do poder executivo, pois é

de sua iniciativa exclusiva a criação de autarquias, e do poder legislativo em aprovar a lei que cria a autarquia especial, para esta exercer seu poder regulador. Então, poder regulador é “[...] o poder e um dever atribuídos institucionalmente pelo Poder Legislativo a uma autarquia, denominada agência reguladora, quando da aprovação da sua lei de criação.” (MENEZELLO, 2002, p.101).

As leis instituidoras das agências atribuem-lhes competências normativas para a regulação dos setores econômicos respectivos, ou seja, com os parâmetros ou *standards* definidos nas leis, as agências no caso concreto criarão normas infralegais (portaria, resolução, instrução normativa, dentre outras) com a devida discricionariedade técnica para harmonizar os interesses dos agentes envolvidos e a sociedade, pois acima de tudo regular significa

[...] a regulação de monopólios, em relação aos quais devem ser minimizadas as forças de mercado através do controle sobre os preços e qualidade do serviço, regulação para a competição, para viabilizar a sua existência e continuidade, e regulação social, assegurando a prestação de serviços públicos de caráter universal e a proteção ambiental. (SOUTO, 1997, p.250).

Traçando um conceito mais técnico para regulação, suscita-se a definição do eminente dicionarista jurídico De Plácido e Silva (2005, p.1188):

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

Outra louvável lição para bem entender o que é regulação, cita-se o ilustre Alexandre Santos de Aragão (2002, p.) para quem regulação é o

[...] conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.

Mas antes de aprofundar-se na questão da regulação, outra distinção é importante fazê-la entre regulação e regulamento e para isso apóia-se na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro abaixo transcrita:

[...] regular significa estabelecer regras, independentemente de quem as dite, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio de órgãos da administração direta ou entidades da administração indireta. Trata-se de vocábulo de sentido amplo, que abrange, inclusive, a regulamentação, que tem um sentido mais estrito.

[...] regulamentar significa também ditar regras jurídicas, porém, no direito brasileiro, como competência exclusiva do Poder Executivo. Perante a atual Constituição, o poder regulamentar é exclusivo do Chefe do Poder Executivo (Art. 84, IV), não sendo incluído no parágrafo único do mesmo dispositivo, entre as competências delegáveis.

Portanto, o meio pelo qual as agências regularão os setores econômicos é através do poder normativo, podendo concluir que a regulação inicia-se com a iniciativa do Estado em delegar serviço público ao particular, em seguida cria-se a lei instituidora do órgão regulador, para ao final surgir a agência reguladora com suas atribuições conferidas por lei editando normas para o setor regulado.

6.2 Críticas ao Poder Normativo

Esse é o ponto crucial da polêmica gerada quando da criação das agências reguladoras. Conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p.471) “[...] a elas está sendo dado o poder de ditar normas com a mesma força de lei e com base em parâmetros, conceitos indeterminados, *standards* nela contidos.”

Observa-se acima uma preocupação de as agências estarem contrariando o princípio da reserva legal insculpido no art. 5º, II da Constituição Federal assim expresso:

Art. 5º, II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Segundo a mesma autora que ressalta haver apenas duas agências reguladoras com assento constitucional, a Anatel e a ANP, estas estão investidas do poder regulador legítimo, pois as normas que editarem terão força de lei porque foi este atribuído pelo poder reformador constitucional. “As demais não tem previsão constitucional, o que significa que a delegação está sendo feita pela lei instituidora da agência.” (Di PIETRO, 2009, p.471).

Como se observa, a doutrina diverge quanto à legitimidade das agências em editarem normas de caráter abstrato podendo em alguns casos restringir direitos do ente regulado através destes instrumentos normativos infralegais. Ou seja, se as agências não estão usurpando do poder legiferante legitimamente constituído pelo poder constituinte originário em infringência à separação dos poderes e o princípio da reserva legal do art. 5º, II da Constituição Federal.

No sentido de defender a legitimidade do poder normativo das agências, Paulo César Melo da Cunha (2003, p.148) argumenta que:

Toda regulação representa uma intervenção imperativa traduzida em uma restrição de liberdade dentro de uma atividade empresarial. A proposta, assim, é buscar, à luz do princípio da proporcionalidade, o ponto ótimo para reduzir o impacto na interferência estatal na propriedade e atividades privadas e, ao mesmo tempo, viabilizar a admissão daqueles que têm interesse em ingressar e permanecer no mercado regulado.

Para José dos Santos Carvalho Filho (2007, p.8) a função normativa não se trata de função tipicamente legislativa, mas sim uma função tão-somente administrativa, pois não há inovação na ordem jurídica, o que existe é mero exercício normativo dentro dos parâmetros da lei. Continua José dos Santos Carvalho Filho (2007, p.8):

Na verdade, foram as próprias leis disciplinadoras da regulação que, como visto, transferiram alguns vetores, de ordem técnica, para normatização pelas entidades especiais – fato que os especialistas têm denominado de “delegalização”, com fundamento no direito francês.

No entendimento de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2010, p.175), que asseveram na possibilidade das agências exercerem seu poder normativo, assim escrevem:

[...] o exercício de poder normativo não é competência exclusiva do Presidente da República, mas alcança todo o Poder Executivo (e, relativamente aos assuntos de sua competência, o Poder Judiciário). Podemos, portanto, aceitar com alguma tranquilidade a possibilidade de as agências reguladoras exercerem poder normativo.

Em 1998 foi proposto no Supremo Tribunal Federal uma ação direta de inconstitucionalidade (Adin) nº 1688 que dentre os vários questionamentos, questionou o poder normativo atribuído à Anatel pela lei nº 9.472 de 1997. Segue abaixo trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

[...] nada impede que a Agência tenha funções normativas, desde que, porém, absolutamente subordinadas à legislação, e, eventualmente, às normas de segundo grau, de caráter regulamentar que o Presidente da República entenda baixar. Assim de acordo com o início do voto de S. Exa., entendo que nada pode subtrair da responsabilidade do agente político, que é o Chefe do Poder Executivo, a ampla competência reguladora da Lei das Telecomunicações.

Ao final do julgamento foi deferida a liminar ora pleiteada e destaca-se a referida decisão no seguinte ponto:

3) Deferir, em parte, o pedido de medida cautelar para:
a) quanto aos incisos IV e X, do art. 19, sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme a Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para **expedir normas subordinadas a preceitos legais e regulamentares** que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado [...](grifos do autor)

Desse modo, a Suprema Corte sedimentou entendimento de que às agências reguladoras é legítima sua atuação normativa dentro do âmbito regulado, podendo editar normas secundárias quando regulamenta lei, ou até mesmo normas terciárias quando regulamenta decreto do chefe do executivo.

A corrente contrária a esse poder normativo, argumenta na impossibilidade de restrição de direitos aos agentes regulados, bem como de imposição de penalidades por via de normas infralegais, como por exemplo, resoluções. Tomando como exemplo, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) instituída pela lei nº 10.233 de 2001 que dentre várias atribuições destaca-se a de fiscalizar o transporte rodoviário internacional e interestadual de passageiros. Para tanto, vige no ordenamento o decreto nº 2.521 de 1998 que dispõe sobre a exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário

interestadual e internacional de passageiros. Nesse decreto é estabelecido o poder fiscalizador e as descrições das irregularidades com as respectivas penalidades. No entanto, as autuações feitas pela ANTT aos permissionários ou autorizatários é com base na resolução nº 233 de 2003 que regulamenta a imposição de penalidades por parte da ANTT, no que tange ao transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros. Assim, surgem questionamentos na doutrina a cerca da constitucionalidade desse dispositivo haja vista estar sendo criado no ordenamento penalidades por instrumento normativo infralegal, confrontando o princípio constitucional da reserva legal.

A teoria que justifica tal poder normativo e por conseqüência o poder fiscalizador e sancionador, no caso em estudo da ANTT, é a teoria capitaneada pelo Diogo de Figueiredo Moreira Neto denominada “deslegalização” que consiste em

[...] uma técnica de delegação pela qual o órgão competente para normatizar determinada matéria delega a outras entidades normativas, de cunho marcadamente técnico, a possibilidade de regulá-la por seus próprios atos, em manifestação de autonomia.

Logo, por delegação legislativa, no âmbito da competência e discricionariedade técnica, o poder legislativo legitimamente instituído atribui as agências reguladoras, dentro dos parâmetros técnicos, o poder de criar regras para o setor regulado, assim como estabelecer as condutas sujeitas as penalidades, não havendo nessa delegação infringência ao princípio da legalidade, pois quem realmente criou a estabeleceu o poder fiscalizador e sancionador foi a lei, e a norma infralegal apenas ajusta dentro dos aspectos técnicos a penalidade imposta.

Existem outras duas teorias que tentam legitimar o poder normativo das agências reguladoras, ainda que seja para restrição de direitos por normas infralegais. A teoria da competência regulamentar e a teoria dos vínculos de supremacia ou sujeição especial com o poder público.

A primeira se sustenta na possibilidade das agências editarem os denominados regulamentos de complementação, ou autorizados ou delegados, conforme entendimento de Sérgio Ferraz (1977, p.122):

Em primeiro lugar, há que examinar o regulamento autorizado ou delegado. Como tal se entende o tipo de regulamento que, por expressa permissão legislativa, disciplina matéria de ordinário abrangida pelo princípio da reserva legal. É evidente a atecnicidade da expressão “delegação”, *in casu*,

pois não ocorre uma transferência de poderes, mas simples determinação de competência. É de toda relevância ressaltar que o chamado regulamento de legado regulamento é: assim, está integralmente limitado ao sistema de legalidade vigente. E nisso diferencia-se da lei delegada e do decreto-lei, categorias hierarquicamente equiparadas à lei formal, podendo, assim, reformá-la ou revogá-la.

Cabe ressaltar as diferenças entre os regulamentos, pois o que ora é tratado aqui e que justifica a teoria da regulamentação é diferente do regulamento autônomo que não é admissível em nosso ordenamento jurídico e o regulamento de execução que tem competência privativa do Presidente da República. Os regulamentos de complementação podem ser editados tanto pelas agências reguladoras quanto por qualquer outro órgão da estrutura do executivo.

Segundo o entendimento de Letícia Queiroz de Andrade (2008, p.8):

Os regulamentos de complementação não devem introduzir obrigações novas, mas, especificar as obrigações introduzidas por leis que demandem complementação técnica, por isso preferimos a designação regulamentos de complementação às demais que são geralmente atribuídas a esse tipo de regulamento.

Por fim, para reforçar a teoria da complementação regulamentar e justificar o poder normativo das agências é de bom alvitre a lição do eminente Celso Ribeiro de Bastos (2003, p. 603):

Os regulamentos delegados ou autorizados são aqueles que desenvolvem a lei, agregando-lhe algum elemento que inova na ordem jurídica, baixados, contudo, em decorrência da habilitação legislativa. Nutrem esses regulamentos pontos de contato com a lei delegada. O traço diacrítico de ambos radica-se na amplitude da competência delegada. Se esta for ao ponto de incluir a habilitação para baixar a própria lei, só será possível, no nosso sistema jurídico, por meio de Resolução do Congresso Nacional, satisfeitos, é óbvio, os princípios atinentes à delegação legislativa. Os regulamentos delegados, diversamente, pressupõem lei anterior, com fundamento na qual dão continuidade à elaboração normativa.

Então, para esta teoria, o fundamento jurídico que justifica o poder normativo das agências reguladoras é da possibilidade de edição dos regulamentos de complementação vinculados às leis que regem o setor econômico regulado.

Já a teoria dos vínculos de supremacia com o poder público consiste em “[...] aqueles que unem o Poder Público e terceiros, que tenham aderido, consensualmente, a tais vínculos, sob determinadas condições. (ANDRADE, 2008, p.13).

Em outras palavras, o poder público tem o poder de se impor perante todos através dos atos administrativos e criar obrigações aos particulares, mas, essa imposição deve estar sempre precedida de lei porque o poder público jamais deve desobedecer ao princípio constitucional da legalidade. Já essa teoria do vínculo de supremacia, significa que o terceiro, por algum interesse econômico, vincula-se ao poder público passando a sujeitar-se as suas regras estabelecidas, inclusive nos aspectos das penalidades em caso de descumprimento das regras por parte dos terceiros. Razão pela qual, a agência reguladora detém legitimamente o poder normativo e pode/deve impor sanções caso o ente regulado desrespeite as regras, tendo em vista que este terceiro aceitou submeter-se as regras para a exploração da atividade econômica ou prestação do serviço público, e que em última análise o particular busca o lucro, e o Estado visa garantir serviço público de qualidade para os usuários.

7 CONCLUSÃO

Por fim, após as exposições de como as agências reguladoras surgiram, quais seus fundamentos políticos e jurídicos, suas principais características, os aspectos do controvertido poder normativo, embora o presente trabalho defenda a sua constitucionalidade, pode-se concluir qual o papel fundamental que desempenham estas agências, tendo em vista o atual contexto social e econômico que se encontra o Brasil.

É evidente que o modelo adotado atualmente pelo Brasil é do Estado regulador. Não é aquele Estado prestador direto do serviço público, nem aquele que deixa a livre iniciativa dominar todos os setores da atividade econômica abstendo-se de qualquer intervenção. Por força da Constituição Federal de 1988, que consagrou o Estado social, obrigou-se a uma mudança na ideologia política do país, pois forçou o Estado a garantir serviços públicos a toda população na qualidade e quantidade esperada, logo, o Estado teve que buscar meios para concretizar o acesso a estes serviços. Essa ideologia denominada de neoliberalismo encontrou um ponto de equilíbrio entre o interesse privado (princípio da livre iniciativa) e o interesse do Estado social, garantidor de serviços públicos, ou seja, o Estado passou a exploração das atividades econômicas e prestação dos serviços públicos aos particulares, surgindo concomitantemente os órgãos responsáveis em regular esses setores.

Nesse novo paradigma de intervenção estatal na economia surgem as agências reguladoras. Esses entes com características peculiares, dotados de certo grau de autonomia e que detém a competência legítima para edição de normas regulatórias representam o poder do Estado em fiscalizar os particulares que estão prestando serviços públicos que foram delegados. Esse é o papel principal das agências reguladoras federais que em última análise são também responsáveis em fazer o Estado brasileiro atingir seu objetivo constitucional de Estado social que distribui bens e serviços a toda população de forma universalizada e a custos módicos.

Portanto, o fortalecimento das agências é imprescindível para a concretização do Estado social. Contudo, os questionamentos sobre a

constitucionalidade das agências inclusive do seu poder normativo só tende a amadurecer ainda mais o Estado regulador, pois ao que parece esse processo de regulação não terá mais como retroceder no cenário atual do neoliberalismo. Ademais, para frisar a importância do papel que as agências reguladoras vem desempenhando, cabe citar que está tramitando no Congresso Nacional vários projetos de lei que visam regulamentar as agências existentes, criando um regime único e acrescentando-lhes outras prerrogativas. Isso demonstra o empenho do Estado a fim de consagrar a importância destes órgãos para o desenvolvimento econômico e social do país.

8 BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Letícia Queiroz de. **Poder normativo das agências reguladoras (legitimação, extensão e controle)**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível na internet em <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 05 de outubro de 2010.

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 18. ed. São Paulo: Método. 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito econômico brasileiro**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

_____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira. **Regulação de serviços públicos: na perspectiva da constituição econômica brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

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

CUNHA, Paulo César Melo. **Regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos: as ações do estado na produção econômica**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas. 2007.

_____. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parcerias público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERRAZ, Sérgio. **Estudos de direito – regulamento**. RT, 1977.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Agências reguladoras e poder normativo**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível na internet: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp)>. Acesso em: 08 de outubro de 2010.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Agências reguladoras: a metamorfose do Estado e da democracia (uma reflexão de Direito Constitucional e comparado)**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 50, ano 13, jan-mar-2005, São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 44-5.

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

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. 10. ed. Petropolis: Vozes, 2000.

MAURANO, Adriana. **A função normativa das agências reguladoras no Brasil e o princípio da legalidade**. São Paulo: Scortecci, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências reguladoras e o direito brasileiro**. São Paulo: Atlas. 2002.

MORAE, Alexandre de, (org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Agência nacional de vigilância sanitária.** Natureza jurídica. Competência normativa. Limites de atuação. In. Revista de Direito Administrativo, Vol. 215, jan/mar, 1999, p.77.

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

SMITH, Adam, **A riqueza das nações:** investigação sobre a natureza. São Paulo: Abril, 1983. 2 v.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização: privatização, concessões e terceirizações.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Introdução às agências reguladoras.** São Paulo: Malheiros, 2000.