

# REGULAÇÃO ESTATAL E AS AGÊNCIAS REGULADORAS

---

*Daniela Lugli Schoneweg\**

**Monografia nota 10, orientada pelo Prof. João Antunes dos Santos Neto e examinada por banca composta pelos Professores Ruy Coppola Júnior e Marino Luiz Postiglione.**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Análise histórica; 2.1. Histórico do surgimento das agências reguladoras; 2.2. A influência da experiência americana; 2.3. O cenário brasileiro: o Estado desenvolvimentista de 1930 a 1980; 3. Da regulação; 3.1. Distinção entre regulação e regulamentação; 3.2. O poder regulamentar e as espécies de regulamento; 3.3 A desregulação; 3.4. A teoria da captura; 3.5. A regulação econômica como aspecto da relação entre Estado e economia; 4. Das agências reguladoras; 4.1. Conceito; 4.2. Natureza jurídica; 4.3. Características; 4.4. Atos das agências; 4.5. Responsabilidade das agências reguladoras por seus atos; 4.6. O controle dos atos e a inexistência de recursos para os outros órgãos; 5. As agências reguladoras em espécie; 5.1. A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL; 5.2. Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL; 5.3. Agência Nacional de Petróleo – ANP; 5.4. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA; 5.5. Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS; 5.6. Agência Nacional de Águas – ANA; 5.7. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT; 5.8. Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ; 5.9. Agência Nacional de Cinema – ANCINE; 5.10. Agências Reguladoras Estaduais; 6. O poder normativo das agências reguladoras; 6.1. A deslegalização; 6.2. A competência normativa das agências reguladoras; 6.3. O caráter não-exclusivo da competência normativa do chefe do Poder Executivo; 6.4. Princípio da legalidade e regulação; 7. A análise dos atos regulatórios pelo CADE; 8. O controle do Tribunal de Contas; 9. A proposta de alteração no regime jurídico das agências reguladoras; 10. Conclusão.

## 1. Introdução

O estudo do instituto, agências reguladoras, e as relações jurídicas por ela criadas trazem a necessidade de discorrer sobre as diversas fases pelas quais o Estado Brasileiro atuou na esfera econômica e como todas elas foram sobrepondo-se, dando origem ao denominado Estado Regulador.

---

\*Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (36ª turma – 2004).

As agências reguladoras foram criadas no Brasil a pretexto de modernizar e conferir maior eficiência à atuação do Estado em determinados setores. O termo agência foi usado entre nós para batizar essas novas entidades por influência da terminologia jurídica corrente nos Estados Unidos, onde é largamente utilizado como sinônimo de órgãos públicos.

A Reforma do Estado Brasileiro, ocorrida na década de 90 do século XX, teve reflexo no cenário jurídico brasileiro com a criação das agências reguladoras. No âmbito federal, a primeira foi a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), criada pela Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e instituída pelo Decreto nº 2.235/97, sob forma de autarquia com regime especial, tendo como atribuições regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

Tal reforma estatal consiste na implantação de um Estado que repassa a prestação direta dos serviços públicos à iniciativa privada, detendo o poder de regular, com a finalidade de alcançar a eficiência administrativa permitindo uma maior atuação dos agentes econômicos e dos usuários na regulação da prestação dos serviços públicos e na fiscalização das atividades econômicas consideradas de interesse público.

Com certeza, pela relevância e atualidade deste assunto, cada capítulo desta monografia mereceria um trabalho em separado, mas, sentimos que neste momento ainda não há massa crítica suficiente para isto que acreditamos ocorrerá com o aprofundamento das pesquisas que os estudiosos do assunto estão realizando.

É sabido que estes novos entes administrativos sofrem muitas críticas, no entanto, há que se valorizar o esforço desenvolvido por parte do Poder Público e dos agentes regulados para construir, com destaque, um novo instituto no ordenamento jurídico brasileiro. O dissenso sobre as agências e seu poder normativo é notório e propicia um reexame permanente deste órgão.

Iniciamos por transitar, mesmo que de maneira sucinta, pela origem histórica das agências reguladoras e pela importância e influência do modelo norte-americano na implantação do nosso sistema regulador.

Em seguida, no Capítulo II discorremos sobre a função reguladora e procuramos demonstrar as diferenças que entendemos relevantes entre o poder regulamentar e o poder regulatório. Depois disso, no Capítulo III buscamos traçar as principais características das agências reguladoras e, logo em seguida, no Capítulo IV fizemos breve explanação sobre algumas das agências federais.

Em continuação, no Capítulo V abrimos espaço para a característica mais controvertida das agências, qual seja, o poder normativo.

E, finalizando o trabalho, procuramos demonstrar alguns dos meios de controle da atividade regulatória e traçar alguns aspectos sobre a proposta de alteração no regime jurídico das agências em trâmite na Câmara e no Senado.

## 2. Análise histórica até o presente

### 2.1. Histórico do Surgimento das Agências Reguladoras

A fim de examinarmos as agências reguladoras e, antes de adentrarmos em uma análise mais profunda, faz-se necessário uma retomada histórica do surgimento de tais entes.

A história demonstra a intervenção do Estado na economia mesmo antes do período pré-capitalista, entretanto, esta intervenção apenas acentuou-se com o nascimento do capitalismo.

No cenário mundial, levando-se em conta os países avançados, podemos dividir o desempenho do sistema capitalista, neste século, em três fases distintas: a primeira, que vai do início do século XX até a década de trinta; a Grande Depressão, que se inicia a partir de então até a II Guerra e, a chamada “Era Dourada”<sup>1</sup>, dos anos cinquenta até o primeiro choque do petróleo em 1973.

O interesse nessa periodização histórica reside no fato de que é possível traçar, a grosso modo, um desenvolvimento paralelo entre as fases do sistema capitalista e os ciclos da regulação econômica.

Desta forma, é possível identificar um período no qual a regulação surge como um resultado espontâneo e pouco planejado das transformações por que passava a base produtiva das principais economias avançadas na virada do século, com o desenvolvimento da eletrificação, telefonia, gás encanado, expansão do sistema ferroviário e marítimo, etc. A seguir, um período de institucionalização, em que a regulação da atividade econômica se torna uma atividade na qual passam a estar envolvidos corpos técnicos qualificados, no interior das instituições governamentais dotadas de atribuições bem definidas. Este período iria da Grande Depressão até o final da “Era Dourada”, no início da década de setenta do século XX. Logo após, encontramos um período de transição, de indefinição e com algumas tentativas pouco articuladas de desregulamentação. O último período se inicia a partir dos anos oitenta do século XX e é conhecida como a era da liberalização ou da desregulamentação.

Cabe salientar que desregulamentação, nada mais é que a renúncia por parte das instituições governamentais de suas atribuições de controle da atividade econômica. E, observando a tendência mundial de desregulamentação, dois países tiveram, indiscutivelmente, um papel de liderança neste processo, quais sejam, Estados Unidos e o Reino Unido.

---

<sup>1</sup> Não foi possível aferir a origem do termo “Era Dourada”, que se popularizou nas análises históricas que tratam do desempenho do sistema capitalista no período que vai do final da Segunda Guerra Mundial até o final dos anos setenta.

Desta forma, podemos observar que o crescimento da economia capitalista no mundo deu lugar a um quadro de crescimento e ineficiência das antigas estruturas.

Várias causas foram apontadas para justificar essa ineficiência, como a súbita alteração da dinâmica financeira e a incapacidade das instituições em adaptar-se ao acelerado ritmo de transformação social e econômica. Independente da causa, no entanto, predominava a idéia de que não era mais possível manter a equação que relacionava economia, política e direito, nos mesmos termos que no período dos trinta anos pós-segunda guerra mundial.

Surge então uma aparente crise de um modelo de Estado que passaria a ter reduzida sua atuação direta, tanto em relação aos direitos sociais que caracterizou o Estado de bem-estar (saúde, educação, previdência, moradia, etc.), quanto na intervenção econômica propriamente dita (indústria de base, infra-estrutura de transportes, regulação econômica, etc.).

Como conseqüência, passa a ser essencial a redefinição do papel da Administração Pública, da máquina estatal, do aparelho que realiza ou executa a atividade material no seu âmbito interno. Esse fenômeno é conhecido como "Processo de Reforma do Estado" que nada mais é do que a instituição de um novo modo de organizar o Estado.

O Estado desenvolvia, entre outras atividades, a regulamentação e fiscalização da prestação do serviço público, o que não gerava benefício nenhum, somente onerando mais a prestação, pois o Estado acaba regulando e fiscalizando a si próprio, por ser o único prestador do referido serviço.

Conforme ensina **DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO**:

"Ocorre que a regulação e a prestação desses serviços, que originalmente eram feitas pelo Estado, pouco a pouco passaram às próprias entidades estatais, considerando-se, a partir daí, a desnecessidade do que seria uma duplicidade de controle. Assim é que os órgãos estatais de controle centralizado foram perdendo força quando não desaparecendo, confundindo-se na mesma entidade paraestatal tanto a prestação quanto o controle dos serviços".<sup>2</sup>

Com a modernização da estrutura da Administração Pública, sobreveio a possibilidade de ser repassada, através de contrato administrativo, a execução de serviços públicos e outras atividades de relevante interesse geral, ou capazes de oferecer riscos à saúde ou segurança pública, a entes da sociedade.

<sup>2</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do Direito Administrativo*, p.149.

Tal possibilidade surgiu com a necessidade de “enxugar” a figura do Estado e da Administração Pública, que se mostrava inepta a uma eficiente prestação de serviços públicos, por estar demasiadamente burocratizada e sua manutenção ser excessivamente onerosa.

Portanto, a alternativa que se mostrou mais atraente nesse panorama foi à possibilidade do Estado repassar à iniciativa privada a execução dos serviços públicos, o que viria a desonerar a Administração e manteria a continuidade da prestação dos serviços.

Todavia, devido à relevância que a prestação regular e contínua de tais serviços tem para a sociedade, tal matéria não poderia ser conduzida e regulada livremente pela iniciativa privada, sendo necessária uma atuação do Estado no sentido de regulamentar a prestação dos serviços públicos e fiscalizar se estes estão sendo realizados satisfatoriamente.

Para atender a esse objetivo foram criados entes estatais com a atribuição precípua de regulamentar e fiscalizar a prestação dos serviços públicos, quais sejam, as agências reguladoras.

## 2.2. A Influência da Experiência Americana

É de suma importância para o presente trabalho traçar algumas breves considerações sobre o modelo norte-americano das agências reguladoras, já que este é considerado, pela maioria dos doutrinadores, a principal inspiração para o surgimento e proliferação do que vem sendo chamado de “agencificação”<sup>3</sup>. Ademais, como consequência da globalização, o crescimento das agências reguladoras vem sendo observado não apenas no Brasil, mas também na Europa e em vários Estados latino-americanos<sup>4</sup>.

Introduzidas no direito norte-americano no final do século XIX as agências reguladoras só vieram a se consolidar a partir da década de 30 quando o então Presidente Franklin Roosevelt pôs em marcha o *New Deal*, com investimentos públicos na infraestrutura econômica e social e com a regulação estatal das atividades econômicas.

CONRADO HÜBNER MENDES sintetiza com perfeição a trajetória das novas entidades:

“A história das agências reguladoras nos Estados Unidos passou por quatro fases principais. O nascimento desse modelo de regulação deu-se em 1887, quando se verificou a premente necessidade de conferir uma resposta reguladora às disputas que estavam a ocorrer entre as empresas de transporte ferroviário e os empresários rurais. (...) Neste ano, criou-se então a ICC e um pouco mais tarde, a FTC, destinadas a controlar condutas anticompetitivas de empresas e

<sup>3</sup> Mario Chiti, *Princípio de sussidiarietà, pubblica amministrazione diritto amministrativo*, p. 110.

<sup>4</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 400.

corporações monopolistas. Numa segunda fase, localizada entre os anos 1930 e 1945, a economia norte-americana, abalada por uma forte crise, foi socorrida por uma irrupção de inúmeras agências administrativas que, como parte da política do New Deal, liderada pelo presidente Roosevelt, intervieram fortemente na economia. Tal intervenção, suprimindo os princípios básicos do Liberalismo e conferindo ampla autonomia às agências administrativas, foi motivo de um início de debate constitucional-jurisprudencial substancial. O terceiro momento, entre 1945 e 1965, foi marcado pela edição de uma lei geral de procedimento administrativo (APA – Administrative Procedural Act), que trouxe uma uniformidade no processo de tomada de decisões pelas agências, conferindo-lhes maior legitimidade. Entre os anos de 1965 e 1985 defrontou-se o sistema regulatório americano com um problema que desvirtuou as finalidades da regulação desvinculadas do poder político: a captura das agências reguladoras pelos agentes econômicos regulados. Explique-se: os agentes privados, com seu colossal poder econômico e grande poder de influência, diante de entes reguladores que dispunham de completa autonomia perante o poder político, não encontraram dificuldades para implantar um mecanismo de pressão que acabasse por quase que determinar o conteúdo da regulação que iriam sofrer. Os maiores prejudicados, por consequência, foram os consumidores. Finalmente em 1985, num processo que continua até os dias de hoje, o modelo começou a se redefinir para que consolide um modelo regulador independente, mas com os controles externos adequados para garantir essa independência.”<sup>5</sup>

Percebe-se desta forma que as agências reguladoras surgiram da inegável necessidade de mudanças no curso do sistema capitalista e da conseqüente alteração da postura do Estado nas relações econômico-sociais.

A presença das agências é tão marcante e numerosa no direito norte-americano que o direito administrativo é conhecido como direito das agências<sup>6</sup>. Tanto que a constituição americana define agência como “qualquer autoridade do governo dos Estados Unidos, que esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, excluindo-se o Congresso, Tribunais e os Governos”.

Encontramos várias classificações de agências no direito norte-americano, mas a classificação mais antiga que encontramos as dividia em 2 espécies: *regulatory agency*

<sup>5</sup> Carlos Ari Sundfeld (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, p. 99

<sup>6</sup> Eloísa Carbonelli apud Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública*, p. 143.

<sup>7</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parceria na Administração Pública*, p. 134.

e *non regulatory agency*. Como a própria denominação já denota, as agências reguladoras são aquelas com poderes normativo e decisório, enquanto que, as agências não reguladoras correspondem àquelas que prestam serviços públicos e sociais, com poderes limitados<sup>7</sup>. A despeito das agências salienta-se que exercem funções quase-legislativas e quase judiciais, o que à primeira vista parece ir na contra mão da regra da unicidade de jurisdição adotada pelos Estados Unidos da América. No entanto, esclarecedoras são as lições de Ernest GELHORN e RONALD M. LEVIN, que nos demonstram que a delegação destes poderes às agências é necessária para que o sistema regulatório seja efetivo, vez que essa efetividade é de interesse público. Ademais, demonstram que a questão já está pacificada pela jurisprudência<sup>8</sup>.

Consolidadas e legitimadas pela crise econômica dos anos 30, as agências vêm se aperfeiçoando e se multiplicando, integrando-se definitivamente na estrutura administrativa do Estado norte-americano. Entretanto, muitas são as indagações feitas a respeito dessas entidades.

### 2.3. O Cenário Brasileiro: O Estado Desenvolvimentista de 1930 a 1980

O Brasil viveu um cenário interessante no início da década de 30. Em 1930, com a tomada do poder por Getúlio Vargas e a quebra da tradicional política do “café com leite”, o País entrou em uma nova fase, adotando um novo modelo de Estado. O Estado estava disposto a financiar o desenvolvimento do país. Teve início, então, o “Estado Desenvolvimentista”, que caracterizava-se principalmente pela excessiva intervenção, tanto no plano das liberdades pessoais, quanto das liberdades econômicas.

Essa situação se consolidou com um outro golpe de Getúlio Vargas, qual seja, a implantação do Estado Novo, que era um modelo autoritário de governo. Neste período, percebe-se claramente a intervenção do estado, principalmente na economia, coma criação de órgãos como o DASP – Departamento de Administração do serviço público, corroborando a tese de que o Estado Novo – desenvolvimentista – era um estado burocrata. Ainda nessa época, Getúlio criou algumas autarquias com algum poder de regulamentação como o Instituto Nacional do Pinho e o Instituto Nacional do Sal<sup>9</sup>.

Alguns anos após, em 1950, Getúlio Vargas retorna ao poder. Seu segundo governo foi marcado pela continuidade que foi dado ao Estado Desenvolvimentista, desta vez com foco para uma fase industrial. Neste período se encontra o início da campanha nacionalista da Petrobrás e a criação do Banco Nacional de Desenvolvimento.

<sup>8</sup> Ernest Gellhorn; Ronald M. Levin; apud. João Antunes dos Santos Neto, *O Direito Administrativo nos Sistemas Romanísticos e do Common Law*, Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, São Paulo, ano 07, número 09, p. 169.

<sup>9</sup> Arnaldo Wald, Luiza Rangel de Moraes, Alexandre de M. Wald, *O Direito de Parceria e a Lei de Concessões*, p. 226.

Com o suicídio de Vargas em 1954 e com a eleição de Juscelino Kubitschek em 1955, um novo modelo de Estado se consolida. A economia nacional foi aberta para o capital estrangeiro e verificou-se uma diminuição considerável no que tange a intervenção econômica.

Como resultado dos esforços de JK, o Brasil viveu o primeiro ciclo de crescimento vertiginoso, ocorrido entre 1955 e 1959.

Com o fim do mandato de JK, já com Jânio Quadros na presidência, teve início à ruptura da base de sustentação do Estado, culminando, em 1964, com o golpe militar. Este advento levou ao poder dois grupos diferentes. O primeiro grupo a assumir o poder, liderado por Médici e Costa e Silva era a favor de uma maior abertura da economia, com o incentivo a livre iniciativa e ao ingresso de capital estrangeiro, política essa que resultou no segundo ciclo de crescimento vertiginoso. Logo após, em 1974, foi à vez do segundo grupo assumir o poder. Com o General Geisel na presidência o Brasil sofre uma mudança brusca nos rumos da economia, o Estado volta a intervir fortemente na economia e, mais uma vez, o governo estava bancando o desenvolvimento do Estado. Esse sistema teve fim, apenas quando se percebeu que o Estado não conseguia mais suportar o nível de desenvolvimento necessário para gerar desenvolvimento.

O intervencionismo estatal, com sinais de fraqueza há uma década, começa a ruir com os atos do Presidente Fernando Collor de Mello. É nessa época que começam os movimentos mais concretos no sentido da desestatização.

Mas foi em 1994, com Fernando Henrique Cardoso na presidência, que a desestatização começa a tomar contornos mais definidos. Logo, com o objetivo de diminuir a dívida pública e fornecer algum tipo de liberdade econômica, nasce o "Estado Regulador".

As agências reguladoras brasileiras inserem-se neste processo de instituição de um novo modelo de Estado no Brasil por intermédio do Plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração e da Reforma do Estado em novembro de 1995.

### **3. Da regulação**

#### **3.1. Distinção entre Regulação e Regulamentação**

A compreensão exata do papel exercido pelas agências reguladoras está vinculada à função reguladora (competência regulatória). Entretanto, para evitar o surgimento de qualquer dúvida e impropriedades técnicas é necessário traçar a distinção entre *regulação* e *regulamentação*.

“Regular significa estabelecer regras, independentemente de quem a dite, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio de órgãos da administração direta ou entidade 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.”<sup>10</sup>

A *regulação*, deste modo, pode ser vista como um tipo de função dotada de riqueza sensivelmente maior do que a mera *regulamentação*. Para melhor esclarecer o assunto podemos nos valer das análises de VITAL MOREIRA<sup>11</sup>. Conforme ensina o referido doutrinador, o termo *regulação* abrange três acepções jurídicas distintas.

Num primeiro sentido, mais amplo, a regulação seria toda a forma de intervenção do Estado no domínio econômico, independentemente dos instrumentos usados, bem como dos fins perseguidos. Ou seja, “cobriria todas as atividades do Estado em relação com a economia, incluindo o exercício de atividades empresariais (empresas públicas em sentido genérico) e as tarefas de condicionamento e disciplina da atividade privada”.

Num outro momento, a regulação, numa acepção menos abrangente, seria a intervenção estatal na economia por outros meios que não a participação direta na atividade econômica. Equivaleria à coordenação, ao condicionamento e a disciplina da atividade econômica privada pelo Estado. Melhor dizendo: indica toda e qualquer intervenção do Estado na atividade econômica exercida sobre os entes privados, excluindo-se a participação direta estatal.

Pelo terceiro significado, mais restrito, a regulação é apenas o condicionamento normativo da atividade econômica privada, por meio de lei ou de outro instrumento normativo. A regulação estaria reduzida à estatuição de normas de conduta da atividade econômica, deixando-se de lado as tarefas de implementação administrativa ou técnica dessas regras.

Destas três acepções, a segunda é a mais utilizada para esclarecer o que seria a regulação.

Ressalte-se que fundamento jurídico da denominada função reguladora, no ordenamento jurídico brasileiro, se encontra no artigo 174 da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que o Estado é o agente normativo regulador da atividade econômica.

<sup>10</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública*, p. 140/141.

<sup>11</sup> Vital Moreira, *Auto Regulação Profissional e Administração Pública*, p. 34/35.

Do exposto, resta claro que o fato de que a regulação estatal se dá por instrumentos normativos, tendo em vista que o próprio escopo da Administração Pública é, justamente, concretizar o mandamento legal.

A tarefa agora é analisar o que vem a ser o regulamento e as diferentes formas de sua exteriorização.

### 3.2. O Poder Regulamentar e as Espécies de Regulamento

A Administração Pública, no exercício de sua discricionariedade, tem o “poder-dever”<sup>12</sup> de editar normas complementares à execução da lei. Este poder possui cunho constitucional e é denominado Poder Regulamentar.

Na lição de JOSÉ CRETTELA JR., o Poder Regulamentar:

“É a faculdade que tem o Executivo, para tornar mais intangível a regra jurídica geral, de ditar outras regras jurídicas que facilitem a aplicação da lei, fazendo com que sejam fielmente executadas.”<sup>13</sup>

Para DIÓGENES GASPARINI:

“É a atribuição privativa do Chefe do Poder Executivo para expedir atos normativos, compatíveis com a lei e visando desenvolvê-la.”<sup>14</sup>

Outrossim, para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO o Poder Regulamentar:

“Insere-se, portanto, o poder regulamentar como uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo. Pode ser definido como o que cabe ao Chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução.”<sup>15</sup>

Portanto, já é possível ter-se em mente qual o traço característico dos regulamentos no direito brasileiro, qual seja, o de complementação dos ditames prefixados em lei, em seus sentidos formal e material, sendo vedada a inovação da ordem jurídica por meio de seus preceitos abstratos e gerais, por carecerem de legitimidade para tanto.

Nesta linha de raciocínio, importante demonstrar alguns conceitos doutrinários do que seria o regulamento, pois não há um conceito unânime sobre o tema.

<sup>12</sup> Importante ressaltar que entendemos que o poder regulamentar não se trata de faculdade, inclusive podendo incorrer em crime de responsabilidade por parte do Chefe do Poder Executivo.

<sup>13</sup> José Cretella Jr., *Manual de Direito Administrativo*, p. 151.

<sup>14</sup> Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, p. 109.

<sup>15</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 87.

Destarte, para HELY LOPES MEIRELLES:

“Regulamento é ato administrativo geral e normativo, expedido privativamente pelo Chefe do Executivo (federal, estadual ou municipal), através de decreto, com fim de explicar o modo e forma de execução da lei (regulamento de execução) ou prover situações não disciplinadas em lei (regulamento autônomo ou independente).”<sup>16</sup>

Segundo DIÓGENES GASPARINI :

“Regulamento é o ato administrativo normativo, editado, mediante decreto, privativamente pelo Chefe do Poder Executivo, segundo uma relação de compatibilidade com a lei para desenvolvê-la.”<sup>17</sup>

De acordo com CLÊMERTON MERLIN CLÈVE :

“No Brasil, o regulamento substancia comando normativo secundário despido de aptidão para inovar válida e originalmente o ordenamento jurídico.”<sup>18</sup>

Visto o que são os regulamentos, incumbe realizar breves apontamentos sobre a sua classificação, tendo em vista a importância destes para o presente estudo.

Encontramos na doutrina várias classificações para os regulamentos, umas levando em conta a relação destes com seus destinatários, algumas a abrangência de seus efeitos, entre outras. Entretanto, a classificação que é adotada com maior frequência e a que entendemos mais importante é a que divide os regulamentos em executivo e autônomo ou independente.

O regulamento de execução é aquele tradicionalmente conferido ao Chefe do Poder Executivo, destinado a dar fiel execução às leis, tal qual disposto no artigo 84, IV da Constituição Federal de 1988. Ele não pode ultrapassar os limites da lei, nem repetir ou desrespeitá-la, serve apenas para explicar o modo e a forma de execução da lei.

Desta forma, verifica-se que esta primeira espécie de regulamento presta-se a precisar o conteúdo dos conceitos que, de modo sintético ou de modo impreciso, foram referidos pela lei, e determinar o modo de agir da Administração Pública.

De outro lado, o regulamento autônomo é aquele que traz para o ordenamento jurídico normas que ainda não foram disciplinadas pela lei, ou seja, o Chefe do Executivo, ao editar um regulamento autônomo estará exercendo função legislativa.

<sup>16</sup> Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 119.

<sup>17</sup> Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, p. 111.

<sup>18</sup> Clémerton Merlin Clève, *Medidas Provisórias*, p. 34.

Logo, percebe-se, que esta espécie de regulamento não existe no ordenamento jurídico brasileiro, ele representa verdadeira afronta ao princípio da legalidade. Ademais, o fato do Poder Executivo exercer função normativa sem qualquer espécie de controle pelo Legislativo, fere o princípio constitucional da separação dos poderes, na medida em que o exercício autônomo e desmesurado da função regulamentar implica a inobservância da independência e harmonia entre os Poderes.

Embora o entendimento doutrinário majoritário é de que o regulamento autônomo não exista no ordenamento jurídico brasileiro, encontramos opiniões divergentes, conforme demonstra a lição de DIÓGENES GASPARINI:

“Embora não expressa, a autorização constitucional para a prática do ato normativo independente é de natureza constitucional. No sistema tripartido de funções, é a Constituição que arrola as matérias de competência privativa deste ou daquele Poder e que devem ser disciplinadas pelos seus titulares, com a utilização desta ou daquela espécie de ato. E o norte para um entendimento adequado e afirmador da existência dos regulamentos autônomos.”<sup>19</sup>

### 3.3. A Desregulação

A desregulação foi um dos instrumentos utilizados no processo de reforma do Estado e consiste na renúncia por parte das instituições governamentais de suas atribuições de controle da atividade econômica.

Para JUAN CARLOS CASSAGNE, a desregulação:

“Não é um fim em si mesma, senão um ponto de partida tendente a reinstaurar o princípio de liberdade e a transparência dos mercados, a partir do qual os particulares devem ajustar sua atuação à prática das liberdades, trabalhar e brigar efetivamente por seus direitos, sem aguardar tudo do Estado, cuja função tem que se limitar ao papel de árbitro imparcial que atua sobre os fatores econômicos, quando estes entrem em conflito e sua intervenção seja absolutamente necessária para o bem estar da comunidade.”<sup>20</sup>

A reforma do Estado envolve um processo de delimitação de seu papel regulador que, muitas vezes, era excessiva. Facilmente se excedia na regulação para proteger direitos sociais, para garantir padrões de qualidade dos bens e serviços e para assegurar o bom funcionamento do mercado em áreas monopolistas.

<sup>19</sup> Diógenes Gasparini, *Poder Regulamentar*, p.133.

<sup>20</sup> Juan Carlos Cassagne, *La Intervención Administrativa*, p.164.

Assim, em diversos Países foram sendo implementadas reformas do Estado, onde foi se assumindo um papel com a desregulação, como medida necessária para se atingir os fins regulatórios de cunho econômico e social.

Desta forma, tornava-se necessário ao mesmo tempo desregular e regular, ou seja, desregular para reduzir a intervenção do Estado e regular para viabilizar a privatização. Ademais, entendemos que a palavra desregulação pode até ser questionada, haja vista que, a exemplo da política de abertura de mercados, esta não supõe uma desregulação, posto que muitas vezes a liberalização de um setor exige a elaboração de uma regulação mais complexa e minuciosa do que a existente em um monopólio<sup>21</sup>.

As políticas de liberalização de mercados conferidas a determinados segmentos empresariais resultaram em uma reestruturação de setores, como nos setores de energia e telecomunicações. Como exemplo, tem-se o setor elétrico, na qual houve uma segregação dos serviços com a obrigatoriedade de separação das atividades. As atividades de geração e comercialização passam a ter caráter de atividade econômica, atuando em regime de concorrência. Já, os serviços de transmissão e distribuição em decorrência da própria atividade a elas inerentes, são serviços públicos, posto que ambos utilizam os sistemas e redes públicas e envolvem o usuário em geral.

Cabe deixar registrado que, o fenômeno da desregulação nos Estados Unidos muito se assemelha com o processo de regulação que vem sendo instaurado no Brasil. Conforme dito, as agências no Direito Administrativo norte-americano constituem toda a organização administrativa. Sendo assim, falar em desregulação nos Estados Unidos quer dizer diminuir a intervenção do Estado na atividade privada, ou seja, se assemelha com objetivo do novo modelo de Estado Regulador, qual seja, a diminuição da intervenção direta do Estado nas atividades privadas.

### 3.4. A Teoria da Captura

A intervenção do Estado justifica-se com a ocorrência de defeitos no mercado e na existência de desigualdade na distribuição da renda, ou seja, a regulação estatal pressupõe a regulação econômica e social.

Em havendo, portanto, deficiências de mercado e desigualdade na distribuição de rendas, a regulação estatal é necessária, sendo esta, conforme define MARÇAL JUSTEN FILHO:

“Um conjunto ordenado de políticas públicas que busca a realização de valores econômicos e não-econômicos, reputados como essenciais para determinados grupos ou para a coletividade em seu

---

<sup>21</sup> Marçal Justen Filho, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p.45.

conjunto. Essas políticas envolvem a adoção de medidas de cunho legislativo e de natureza administrativa, destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e a reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores prezados.<sup>22</sup>

Resta claro que as finalidades regulatórias devem estar relacionadas à realização dos valores fundamentais da Nação, e, portanto, não podem reduzir-se unicamente aos valores econômicos. A própria Constituição Federal Brasileira de 1988, ao tratar da Ordem Econômica e Financeira traz em seu artigo 170, como sendo um dos fundamentos da ordem econômica, a existência de uma **justiça social**, para garantir a possibilidade de todos contarem com o mínimo para satisfazer as suas necessidades fundamentais.

No que tange a regulação econômica, cumpre salientar que são nas falhas<sup>23</sup> de mercado que encontramos a justificativa para a regulação econômica, imprescindível para que não haja perigo de uma “captura”<sup>24</sup> do regulador.

Observamos, ademais, que as finalidades do Estado podem ser desviadas a decisões não eficientes, acarretando no favorecimento dos interesses dominantes dos grupos mais influentes no processo de decisão, em outras palavras, o órgão regulador passa a identificar como bem comum os interesses da indústria que é por ele regulada.

Em particular, os setores industriais afetados, incluindo acionistas, gestores e funcionários dos órgãos e entidades públicas, podem exercer influência sobre as atuações regulatórias, de maneira que seus interesses particulares se antepõem aos objetivos de eficiência e equidade. Desta forma, este mecanismo de “captura do regulador” consiste em conseguir que o órgão ou entidade reguladora, através de seus agentes, proponha o que as empresas querem<sup>25</sup>.

Conforme demonstrado, a chamada Teoria da Captura aponta problemas nas relações entre regulador e regulado, que resultam em decisões favoráveis ao próprio agente e não a coletividade. Assim, a captura surge como um dos principais problemas da regulação e, para que isso não ocorra, é necessário que haja uma reestruturação no sentido de aprimorar a função reguladora.

---

<sup>22</sup> Marçal Justen Filho, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p.40.

<sup>23</sup> As falhas de mercado quase sempre estão presentes nas economias e tendem a diminuir o nível de eficiência econômica nos mercados. Neste contexto, a intervenção regulatória se faz necessária para minimizar e/ou corrigir as falhas existentes.

<sup>24</sup> A expressão “captura”, muito utilizada pela doutrina, principalmente no âmbito do Direito Econômico, foi utilizada primordialmente por George J. Stigler (1971) em sua brilhante *“The Theory of Economic Regulation”*.

<sup>25</sup> É possível ainda ampliar o escopo do conceito de captura para incluir também as relações entre o órgão regulador e o governo. Isto tipicamente acontece quando a eficiência da indústria subordina-se a outros interesses do Governo, como por exemplo à busca da estabilidade econômica no curto prazo, ou necessidade de atender objetivos eleitorais imediatos.

### 3.5. A Regulação Econômica como um Aspecto da Relação entre Estado e Economia

A questão da regulação econômica, definida como a ação do Estado que tem por finalidade a limitação dos graus de liberdade que os agentes econômicos possuem no seu processo de tomada de decisões é, indiscutivelmente, uma das principais discussões das últimas décadas, ainda que, abordado pela sua antítese, isto é, como desregulação da atividade econômica<sup>26</sup>.

Com a reforma do Estado, este se retira do cenário econômico na qualidade de operador, mas a sua presença se faz sentir, fortemente, no controle de atos e diretrizes econômicas. CALIXTO SALOMÃO FILHO<sup>27</sup> leciona que a contribuição da regulação no contexto da atividade econômica, se bem aplicada, será a:

“(…) de um Estado que decide retirar-se da intervenção econômica direta (através da prestação de uma gama bastante variada de serviços) para sua função de organizador das relações sociais e econômicas e que, por outro lado, reconhece ser para tanto insuficiente o mero e passivo exercício de um poder de polícia sobre os mercados.”

Das concepções ideológicas do Estado, o bem comum é uma meta sempre presente, e nesse passo então, é que ainda incumbe ao poder público regular os negócios nas atividades econômicas. Eliminar essa possibilidade pode comprometer aquele ideal, como escreveu EROS ROBERTO GRAU:

“A destruição e mesmo o mero enfraquecimento do Estado conduzem destarte, inevitavelmente, à ausência de quem possa prover adequadamente o interesse público e, no quanto isso possa se verificar, o próprio interesse social.”<sup>28</sup>

O Estado é agente normativo e regulador da atividade econômica, devendo, por via de consequência, exercer, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, conforme dispõe o *caput* do artigo 174 da Constituição Federal.

Entretanto, a Carta Magna, apesar desses preceitos autorizadores da regulação estatal, adotou como regra a democracia econômica, pela qual vige a regra da livre iniciativa das forças produtivas, intervindo o Estado no mundo econômico apenas em caráter excepcional. Desta forma, a regra é a livre iniciativa (art. 1º), somente podendo atuar na

<sup>26</sup> Ronaldo Fiani, *Teoria da Regulação Econômica: Estado Atual e Perspectivas Futuras*, artigo a ser publicado na Editora da UFRJ, disponível em [www.ic.ufrj.br/grc/pdfs/teoria\\_economica.pdf](http://www.ic.ufrj.br/grc/pdfs/teoria_economica.pdf), 1998, p.01.

<sup>27</sup> Calixto Salomão Filho, *Regulação da Atividade Econômica*, p. 14.

<sup>28</sup> Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 56.

exploração da atividade econômica quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo (art. 174, *caput*).

A intervenção na atividade econômica ocorre quando, na forma da lei, o Estado atua como agente normativo e regulador, expedindo atos normativos diretivos (estabelecendo coativamente comportamentos dos agentes econômicos) ou indutivos (estimulando determinados comportamentos que interessam aos objetivos econômicos do poder público).

As instituições interventivas, segundo DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO<sup>29</sup>, podem ser classificadas em quatro modalidades: regulatória, concorrencial, monopolista e sancionatória.

Dá-se a intervenção regulatória quando o Estado regula os investimentos de capital estrangeiro, incentivando os reinvestimentos e regulando a remessa de lucros, com base no interesse nacional (art. 172); quando ordena o transporte aéreo, aquático e terrestre (art. 178); quando restringe a propriedade da empresa jornalística e de radiodifusão sonora ou de sons e imagens a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos (art. 222); quando restringe a participação de pessoa jurídica no capital social de empresa jornalística ou de radiodifusão, exceto a partidos políticos ou a sociedade cujo capital pertença exclusivamente a brasileiros (art. 222, §1º); quando regula a compra e venda e a revenda de combustíveis de petróleo, álcool carburante e outros combustíveis derivados de matérias-primas não renováveis (art. 238); e quando regula a produção e comércio de material bélico, para torna-la dependente da autorização e de fiscalização da União (art. 21, VI).

Já a intervenção concorrencial dá-se quando o Estado, suplementando a iniciativa privada, atua em nome da segurança nacional e do interesse coletivo, em atividades definidas em lei (art. 173). Essa atuação se dá por meio de empresas públicas e sociedades de economia mista.

A intervenção monopolística afasta completamente a iniciativa privada do setor entregue à atuação do poder público, como nos casos do serviço postal e do correio aéreo nacional (art. 21, X), das telecomunicações em geral (art. 21, XI), entre outros.

Por fim, a intervenção sancionatória, em que o Estado, como regulador da atividade econômica, sanciona os abusos do poder econômico, tendo como norte a função social da propriedade, com objetivo de evitar a dominação dos mercados (através de trusts, oligopólios e cartéis), de estimular a concorrência e de evitar o aumento arbitrário de lucros (art. 173, §4º).

Todas essas formas de regulação podem causar prejuízos econômicos aos agentes nela envolvidos diretamente e nos administradores de forma geral.

<sup>29</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de Direito Administrativo*, p. 357/363.

## 4. Das agências reguladoras

### 4.1. Conceito

O direito positivo brasileiro não contemplou qualquer definição do que venham a ser as agências reguladoras, desta forma, para suprir essa lacuna normativa, transferimos essa missão para os operadores do Direito.

Os conceitos doutrinários acerca do que venha a ser agência reguladora são os mais diversos e levam em conta elementos distintos, conforme a abordagem dada ao assunto.

Exemplo desta multiplicidade de definições pode ser encontrada no seguinte rol de lições doutrinárias.

MARÇAL JUSTEN FILHO, o qual realiza uma ampla abordagem do tema sob o prisma do direito comparado e do direito positivo brasileiro, propõe que agência reguladora independente é uma:

“(...) autarquia especial, criada por lei para intervenção estatal no domínio econômico, dotada de competência para regulação de setor específico, inclusive com poderes de natureza regulamentar e para arbitramento de conflito entre particulares, e sujeita a regime jurídico que assegure a sua autonomia em face da Administração Direta”.<sup>30</sup>

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, de outro lado, com base em alguns elementos trazidos pelas normas jurídicas brasileiras, as definiu como:

“(..) autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração ad nuntum.”<sup>31</sup>

Em sentido semelhante, MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO entende que as agências reguladoras são:

“Entidades que integram a Administração Pública indireta, criadas por lei para o exercício da autoridade inerente a função de intervir

<sup>30</sup> Marçal Justen Filho, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 344.

<sup>31</sup> Alexandre Santos de Aragão, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo*, p. 275.

na liberdade privada por meio de ponderação entre interesses em tensão, tendo, assim, personalidade de direito público, caracterizando-se como autarquia, por exigir autonomia em relação ao poder central, da espécie de autarquia especial, por ser dotada de independência, que se manifesta, principalmente, pela atribuição de mandatos fixos a uma direção colegiada.”<sup>32</sup>

Finalmente, PAULO ROBERTO FERREIRA MOTTA ensina que:

“Uma agência reguladora deve ser conceituada como um ente administrativo dotado de autonomia, sendo que a sua criação deve ser realizada por lei específica, com personalidade jurídica de direito público interno, patrimônio próprio e competências perfeitamente especificadas no texto legal criador daquela. A lei de criação, por sua vez, deve limitar, detalhadamente, toda a competência, delegada pelo legislador à agência reguladora. Os limites da delegação devem encontrar na lei criadora o *locus* de sua intensidade e dimensão, a fim de que possa o intérprete, com presteza e correção, verificar, no futuro, o campo normativo que continua no âmbito de sua competência do Parlamento e do Executivo.”<sup>33</sup>

No entanto, do que foi exposto, percebe-se que, à luz do direito positivo brasileiro e das lições doutrinárias colacionadas, as agências reguladoras são autarquias sob regime especial voltadas ao exercício da função reguladora estatal sobre o domínio econômico, as quais estão estruturadas com estabilidade funcional dos seus dirigentes, definitividade administrativa de suas decisões e receitas financeiras próprias.

## 4.2. Natureza Jurídica

No plano jurídico formal, as agências brasileiras nada mais são do que as velhas e conhecidas autarquias, pessoas jurídicas de direito público, agora com nova roupagem e dotadas de um grau maior de independência em relação ao seu poder central, daí a qualificação de especial que lhes é conferida.

Assim, importante é a investigação do que seria o aludido regime especial a que estão submetidas as autarquias sob regime especial denominadas agências reguladoras.

Conforme observado por CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO<sup>34</sup>, o regime especial das agências reguladoras está definido em quatro de todos os diplomas normativos que as instituíram.

<sup>32</sup> Marcos Juruena Villela Souto, *Direito Administrativo Regulatório*, p. 254.

<sup>33</sup> Paulo Roberto Ferreira Motta, *Agências Reguladoras*, p. 101.

<sup>34</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 160.

Segundo o artigo 8º, §2º, da Lei 9.472/1997, a especialidade do regime dos entes reguladores brasileiros estaria garantida pelas suas independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, estabilidade e determinabilidade dos mandatos de seus dirigentes, bem como sua autonomia financeira.

De outro lado, o artigo 1º, parágrafo único, da Lei 9.961/2000, prescreve que o regime especial se caracteriza pela autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos das autoridades reguladoras, pela autonomia de suas decisões técnicas e pelo mandato fixo de seus dirigentes.

Já a Lei 9.782/1999, em seu artigo 3º, parágrafo único, estabelece que o regime em exame está vislumbrado pela independência administrativa, pela estabilidade de seus dirigentes e pela autonomia financeira.

Por último, a Lei 10.233/2001, no artigo 21, § 2º, apregoa que o regime especial das autarquias é determinado pelas independências administrativa, financeira, funcional, bem como pela atribuição de mandato fixo aos seus dirigentes.

Percebe-se, desta maneira, que o regime especial das agências reguladoras estaria configurado pela atribuição de independência administrativa e financeira aos referidos entes; a concessão, aos seus dirigentes, de mandatos fixos e estáveis, além da definitividade administrativa das decisões técnicas exaradas.

Para melhor destacar as agências reguladoras das demais autarquias, entendemos necessário verifica-se qual o conceito tradicional de autarquia.

Nos termos do artigo 5º, I, do Decreto-Lei 200/67, autarquia é 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.

Assim, ante o cotejo dos traços característicos das autarquias tradicionalmente concebidas e daquelas ditas especiais, percebe-se que a diferença existente entre elas está na investidura de mandato fixo e estável aos dirigentes, bem assim, pela falta de ingerência hierárquica da Administração Central sobre os atos decisórios, ambas no que atine as agências reguladoras.

Visto que a natureza jurídica das agências reguladoras é de autarquia de regime especial, bem como as características que o configura, mister, agora, que se proceda a uma análise destas características que fazem das agências reguladoras autarquias especiais.

### **4.3. Características**

Antes de analisarmos as características das agências faz-se necessário uma breve exposição sobre a prestação de serviços públicos pelo Estado.

A prestação de serviços públicos é uma das funções do Estado, que poderá executá-los de modo centralizado ou descentralizado. No direito brasileiro, o serviço é público porque a lei atribuiu esse serviço ao Poder Público e, portanto, como dispõe o artigo 175 da Constituição Federal, este poderá prestá-lo diretamente (de modo centralizado) ou sob regime de concessão ou permissão (de modo descentralizado).

Como já visto, o atual processo de reforma pelo qual o Estado passa, ensejou a necessidade de conferir a entes privados a exploração de serviços públicos. Estes serviços, ao serem explorados pela iniciativa privada, devem ser fiscalizados e necessariamente regulados por entes que possuam prerrogativas suficientes para que se alcancem os objetivos elencados por JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA<sup>35</sup>:

- a) Proteger os direitos dos consumidores;
- b) Promover a competitividade entre os concessionários;
- c) Promover o livre acesso do usuário ao serviço com qualidade, continuidade, eficiência, igualdade, confiabilidade, e a não-discriminação entre usuários;
- d) Homologar tarifas justas e razoáveis;
- e) Atualizar constantemente o serviço;
- f) Controlar, fiscalizar sem que haja ingerência política nos órgãos técnicos encarregados de promover a fiscalização;
- g) Manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Esses objetivos só poderiam ser efetuados mediante a criação de agências reguladoras, que possuem a natureza jurídica de autarquias especiais e que integram a Administração Pública Indireta, sendo vinculadas ao Ministério competente para tratar da respectiva atividade.

CONRADO HÜBNER MENDES salienta que:

“Por opção política, decidiu-se conferir a tais entes uma maior liberdade decisória, imune a contingências políticas difusas e contraditórias. Com todas as restrições que são necessárias para a utilização deste termo, outorgou-se às agências uma certa independência.”<sup>36</sup>

<sup>35</sup> José Carlos de Oliveira, *O Estado Regulador nas Concessões de serviços Públicos*, Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 33, n° 129, jan – mar 1996, p. 101.

<sup>36</sup> Conrado Hübner Mendes, *Reforma do Estado e Agências Reguladoras. Direito Administrativo Econômico*, p. 123.

Desta forma, torna-se relevante, a análise dessa característica das agências reguladoras, qual seja, a sua independência, para que se compreenda o alcance e o limite de suas atuações.

A independência das agências deve ser entendida em compatibilidade com o regime constitucional brasileiro. Essa questão há que ser assinalada no que concerne aos três Poderes do Estado. Primeiramente, em relação ao Poder Judiciário nos utilizaremos à lição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

“Independência em relação ao Poder Judiciário praticamente não existe; a agência pode dirimir conflitos em última instância administrativa, mas isso não impede e não pode ter o condão de impedir o controle de suas decisões pelo Poder Judiciário.”<sup>37</sup>

Em relação ao Poder Legislativo, as agências reguladoras também não podem ser consideradas independentes, pois a própria Constituição Federal prevê no artigo 49, inciso X, sua sujeição ao controle pelo Congresso Nacional, e ao controle financeiro, contábil e orçamentário exercido pelo Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas, conforme previsto nos artigos 70 e seguintes da Carta Magna.

Porém, é na independência em relação ao Poder Executivo que encontramos o requisito fundamental para configuração da autonomia das agências, ponto este que foi destacado com extrema objetividade por CARLOS ARI SUNDFELD:

“(..) na realidade, o fator fundamental para garantir a autonomia da agência parece estar na estabilidade dos dirigentes. Na maior parte das agências atuais o modelo vem sendo o de estabelecer mandatos. O Presidente da República, no caso das agências federais, escolhe os dirigentes e os indica ao Senado Federal, que os sabatina e aprova (o mesmo sistema usado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal); uma vez nomeados, eles exercem mandato, não podendo ser exonerados ‘ad nuntum’; isso é o que garante efetivamente a autonomia”.<sup>38</sup>

Assim, a estabilidade de seus dirigentes no exercício do cargo é garantida pelo exercício de mandato fixo, que somente poderão perder nas hipóteses expressamente previstas, quais sejam, as concernentes aos crimes de improbidade administrativa, violação grave dos deveres funcionais e descumprimento do contrato de gestão. Ademais, está afastada a possibilidade de exoneração *ad nuntum* (imotivada) durante o período da investidura.

<sup>37</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública*, p. 131.

<sup>38</sup> Carlos Ari Sunfeld (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, p. 24/25.

Os dirigentes deverão ter reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, sendo escolhidos pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal.

Tal estabilidade conferida aos dirigentes suscitou muitas dúvidas e indagações, sendo que muitas das críticas foram embasadas na Súmula 25 do Supremo, que consolidou o entendimento de que “*A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de cargo de dirigente de autarquia*”.

Outrora, depois de editar a Súmula 25, a mesma suprema corte houve por bem reconhecer que haviam alguns detalhes a serem acrescentados na referida decisão. Assim, editaram a Súmula 47 que afirmava a possibilidade da existência de cargos com garantia de mandatos fixos não suprimíveis por decisão política do Presidente da República. Tais hipóteses, porém, teriam caráter excepcional. Portanto, a regra geral continuou sendo a constante na Súmula 25, mas agora com a ressalva de que, em situações especiais, seria possível haver exceções. Uma dessas exceções era a dos reitores universitários.

Entretanto, tal questão só foi superada com o advento do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1949, proposta pela AGERGS – Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul. Por maioria de votos, o julgamento da medida liminar da referida ADIN considerou constitucional o mandato fixo dos dirigentes da AGERGS.

Neste julgamento é oportuno destacar o voto do Ministro Nelson Jobim, que influenciou fortemente a corte. Em seu voto, demonstrou que, de acordo com o artigo 52, III, “F” da Constituição Federal, outros titulares e cargos que a lei designasse, poderiam ser submetidos à prévia aprovação do Senado Federal. Ademais, no que tange a exoneração *ad nuntum* afastou a aplicabilidade da Súmula nº 25, vez que não violaria as competências do Chefe do Poder Executivo, e que a exoneração seria admitida apenas por justa causa e mediante prévio procedimento administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa, ou se advier a mudança da lei criadora da agência independente.

Em resumo, a impossibilidade de exoneração *ad nuntum* dos dirigentes deve ser compreendida como sendo uma garantia que lhes foi conferida pela legislação específica, com o objetivo de assegurar a independência das agências reguladoras, não obstante as injunções políticas sofridas, tudo com o intuito primordial de conferir maior especialidade técnica aos setores regulados.

Ainda em relação aos dirigentes das agências, o legislador, ao disciplinar a duração de sua investidura no cargo, optou por não torná-los coincidente com o mandato do Chefe do Executivo.

Com isso, os dirigentes indicados por um Presidente da República seguem ocupando, durante o mandato do Presidente seguinte.

Sobre o assunto, transcreveremos o entendimento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“Questão importante é a de saber se a garantia dos mandatos por todo o prazo previsto pode ou não estender-se além de um mesmo período governamental. Parece-nos evidentíssimo que não. Isto seria o mesmo que ingressar a liberdade administrativa do futuro governo. Ora, é da essência da República a temporariedade dos mandatos, para que o povo, se o desejar, possa eleger novos governantes com orientações políticas e administrativas diversas do Governo precedente.”<sup>39</sup>

Entretanto, em que pesem os argumentos do ilustríssimo jurista, não podemos concordar com tal posição. Ora! Se temos como certo que um dos principais, senão o principal, objetivo da agência reguladora é o exercício de sua função sem a influência de interesses políticos, não há como sustentar que a existência de mandatos não coincidentes possam atrapalhar o desempenho eficiente e voltado para a satisfação dos interesses da coletividade, ao contrário, visa a continuidade administrativa e a preservação do administrador de tal ente contra ingerências políticas. Tomar posição contrária a esta seria o mesmo de dizer que as agências foram criadas para satisfazer os interesses políticos predominantes em certo tempo.

Esse também foi o entendimento esboçado pelo Ministro Victor Nunes que opinou pela impossibilidade de demissão *ad nuntum*, tendo em vista que a investidura de prazo certo, além de objetivar a proteção do servidor contra demissões arbitrárias ou imotivadas, visaria a garantir a “*continuidade de orientação e a independência de ação*” dos entes autônomos, permitindo desta forma que seus titulares fiquem protegidos contra as injunções do Chefe do Poder Executivo e “possam dar plena execução à política adotada pelo Poder Legislativo, ao instituir o órgão autônomo e deferir-lhe as atribuições”. Declara, então, que a garantia de independência do exercício de suas funções de dirigentes de órgãos autônomos se concretiza em face de qualquer ocupante da Chefia do Poder Executivo, mesmo contra aquele que tiver feito as nomeações.

Cabe também observarmos com se dá à criação e a extinção das agências reguladoras.

Sendo uma autarquia, as agências reguladoras devem ser criadas por lei ordinária específica, conforme exige o inciso XIX do artigo 37 da Constituição Federal, e por representar uma opção discricionária de descentralização de uma função da Administração, a iniciativa desta lei é privativa do Chefe do Poder Executivo.

As agências reguladoras, pelo princípio da simetria, só poderão ser extintas por Lei, cujo juízo de conveniência e oportunidade inclui-se no exercício do poder hierárqui-

---

<sup>39</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 162.

co de quem a instituiu. Assim, a iniciativa de Lei que vise a extinção de determinada agência, obrigatoriamente, terá que ser de iniciativa do Chefe do Poder Executivo.

#### 4.4. Os atos das agências

Os atos praticados pelas agências reguladoras são atos administrativos, independentemente de sua matéria pouco importando sua forma.

Ensina HELY LOPES MEIRELLES que:

“Ato Administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”.<sup>40</sup>

Ainda sobre o mesmo assunto o autor esclarece que:

“A Administração Pública realiza sua função executiva por meio de atos jurídicos, que recebem a denominação especial de atos administrativos. Tais atos, por sua natureza, conteúdo e forma, diferenciam-se dos que emanam do Legislativo (leis) e do Judiciário (decisões judiciais), quando desempenham suas atribuições específicas de legislação e de jurisdição”.<sup>41</sup>

Diante destas categorias de atos, podemos afirmar, sem dúvidas, que a atribuição, às agências reguladoras, de competência para a expedição de atos de conteúdo normativo é a que mais enseja dúvidas. Alega-se que tal atividade seria reservada à lei

De fato, a grande questão é a de identificar se a competência regulamentar das agências invade ou não a competência legislativa. Temos que, dada a natureza de ente administrativo, as normas das agências devem abranger apenas aspectos técnicos destinados a regular a atuação submetida à sua regulação.

Tudo isso sem inovar originalmente a ordem jurídica e atingir direitos ou interesses dos destinatários da regra, que estejam protegidos pela Lei.

#### 4.5. Responsabilidade das agências reguladoras por seus atos

Conforme já tivemos a oportunidade de nos manifestar, a regulação da atividade econômica e social pode acarretar prejuízos aos agentes nela envolvidos diretamente e nos administradores de forma geral, levando à fixação da responsabilidade civil do Estado.

<sup>40</sup> Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 145.

<sup>41</sup> Hely Lopes Meirelles, *op. cit.*, p. 144.

A influência do liberalismo econômico assemelhou o Estado ao indivíduo para que pudesse ser responsabilizado pelos atos culposos dos seus agentes. Segundo preconiza o artigo 159 do Código Civil, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Entretanto, não se pode assemelhar a Administração Pública, em razão de seus privilégios e poderes, aos particulares. Desta forma, preferiu-se afastar os princípios subjetivos da culpa civil e adotar princípios objetivos.

Para diferenciarmos a responsabilidade civil objetiva da subjetiva, vale transcrevermos o que CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO leciona:

“Há responsabilidade civil objetiva quando basta para caracterizá-la a simples relação causal entre um acontecimento e o efeito que produz. Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora de dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidades normais (culpa) legalmente exigíveis, de tal sorte que o direito em uma ou outra hipótese resulta transgredido”.<sup>42</sup>

Importante salientar que podemos observar três teorias que buscam identificar a responsabilidade objetiva do Estado, quais sejam, a teoria da culpa administrativa, teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral.

Na dinâmica da responsabilidade do Estado, é dominante a teoria do risco administrativo, que conduz à responsabilidade objetiva, nos termos do §6º do artigo 37 da Constituição:

“As pessoas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Entendemos que o termo “agentes”, utilizado no texto constitucional, abrange as autarquias, bem como as pessoas jurídicas de direito privado prestadora de serviços públicos. Lembramos que as agências reguladoras ingressam em nosso sistema jurídico não como autarquias comuns, mas como autarquias sob regime especial.

---

<sup>42</sup> Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p.847.

RUTH HELENA PIMENTEL, esclarece:

“No regime de concessão e permissão de serviços públicos, o Estado deve atuar de forma a regular, fiscalizar e controlar o serviço, o que se explica mais em razão da titularidade estatal sobre a atividade. O Poder Público estabelece as normas de organização e funcionamento dos serviços de acordo com as necessidades coletivas, e exerce a fiscalização e o controle sobre as atividades desenvolvidas pela entidade prestadora do serviço público delegado, com o que busca manter o oferecimento e o funcionamento dos serviços com maior eficiência, qualidade e a um custo razoável para o usuário”.<sup>43</sup>

Neste sentido é competência do Estado o fornecimento, fiscalização e controle dos serviços públicos. Contudo, como já evidenciado, o Estado está repassando parte destas atribuições às agências reguladoras.

Ademais, tendo em vista o regime especial destes entes, (autonomia administrativa, ausência de subordinação hierárquica, estabilidade de seus dirigentes, mandato fixo e autonomia financeira) devemos observar atentamente as palavras de MARIA SYLVIA DI PIETRO ao tratar da independência das agências:

“(...) isto significa que a lei, ao criar a agência reguladora, está tirando do Poder Executivo todas essas atribuições para colocá-las nas mãos da agência”.<sup>44</sup>

Assim, podemos afirmar que da mesma forma que o Estado possui responsabilidade por seus atos, as agências também terão responsabilidade pelos atos exercidos na sua função reguladora.

Da atividade reguladora exercida por estes entes, destarte, poderá surgir a responsabilidade civil por atos comissivos e omissivos. Estes, segundo RODRIGO SANTOS NEVES<sup>45</sup>, poderão ser observados da seguinte forma: responsabilidade da agência por danos causados em decorrência do planejamento e do fomento, responsabilidade por danos causados pelo desequilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos, responsabilidade pela falta de zelo pela concorrência e pela ausência de fiscalização.

Conquanto os danos possam ocorrer em todas as formas de intervenção, eles são mais frequentes nos domínios da intervenção regulatória da economia.

<sup>43</sup> Ruth Helena Pimentel, *Entidades Prestadoras de Serviços Públicos e Responsabilidade Extracontratual*, p. 209.

<sup>44</sup> Maria Sylvia Di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 406.

<sup>45</sup> Rodrigo dos Santos Neves, *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*, *Júris Sintese*, nº 36, ago/set. 2002.

Podemos tomar como exemplo a limitação do lucro como opção de política econômica, que pode ser praticada através de tabelamento ou regulamentação de preços, inclusive em defesa do consumidor (art. 170, V). Essa limitação, não pode ser predatória, de modo a impedir a recuperação dos custos e a obtenção de uma margem razoável de lucro, em ofensa ao princípio da lucratividade, que é alma do capitalismo.

Importa afirmar também que os valores indenizatórios pagos pelas agências, em decorrência de atos ilícitos (configurado o dolo e a culpa) praticados por seus servidores poderão ser recuperados mediante ação regressiva movida pela entidade contra o agente causador do dano.

Porém, se o prejuízo decorrer de ato lícito, a agência responde igualmente, mas não pode regredir contra o agente.

#### **4.6. Da inexistência de recursos para outros órgãos e o controle dos atos**

Por serem autônomas e independentes, as agências reguladoras, no âmbito da administração pública, dizem a última palavra nas matérias de sua competência. Das suas decisões não cabe recurso hierárquico, comum de ser utilizado no âmbito administrativo.

Nem é admissível o uso de recurso hierárquico, eis que, como ensina a doutrina, esse tipo de inconformismo só é cabível quando previsto em lei e, as leis que instituíram as agências não prevêm o uso desse tipo de recurso.

Isto por que, como já vimos, as agências são autarquias especiais, sem subordinação hierárquica, dotadas de independência e autonomia.

Entretanto, a Administração Direta pode exercer o chamado *controle autárquico*<sup>46</sup>, que tem como finalidade impedir que as autarquias se desvirtuem dos objetivos previstos em sua lei instituidora. Sendo assim, podemos considerá-lo como um controle finalístico o qual não devemos confundir com controle hierárquico.

Ademais, explica MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO que:

“A regra é a autonomia; a exceção é o controle; este não se presume; só pode ser exercido nos limites definidos em lei.”<sup>47</sup>

Portanto, apesar da sua independência e autonomia, os atos das agências estão submetidos ao controle:

<sup>46</sup> Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 326.

<sup>47</sup> Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 73.

Do Poder Executivo, no que tange a estarem ou não cumprindo com seus objetivos, de tal sorte que se houver desvio, o Ministério ao qual estiver vinculada a agência, pode instaurar procedimento administrativo para destituição de seus dirigentes.

Além disso, como qualquer agente do poder público, as agências ficam submetidas à fiscalização e controle do Poder Legislativo (artigo 49, X, da Constituição Federal), que pode e deve, a qualquer tempo, pedir explicações e justificativas acerca das decisões tomadas. Controle, que mais se justifica diante o fato dos seus dirigentes terem passado pela aprovação prévia do senado Federal.

Também, o Tribunal de Contas exerce um controle no que tange à gestão administrativa, como toda e qualquer autarquia. Todavia, o Tribunal de Contas da União tem examinado a validade dos atos mediante análise da razoabilidade do seu conteúdo e sob o prisma da eficiência, com fundamento no artigo 37 da Constituição Federal.

O Ministério Público, em face de suas amplas atribuições, pode exercer o controle dos atos de cunho regulatório. Porém ao fazê-lo deve usar das ações judiciais colocadas ao seu dispor. É lógico que antes de ir a juízo poderá instaurar o Inquérito Civil Público como ato preparatório da Ação Civil Pública.

Enfim, como todo ato administrativo, os atos das agências se sujeitam ao controle jurisdicional. Não importa a categoria do ato, será unicamente o Poder Judiciário, por força do princípio da universalidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), o competente para decidir, com definitividade toda e qualquer controvérsia que seja levada a seu conhecimento. Mesmo por que, o aperfeiçoamento do direito é consequência da inafastabilidade do controle exercido pelos Tribunais.

Vale transcrever a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO a respeito:

“Nada há de surpreendente, então em que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empeco existe a tal proceder, pois é meio – e, de resto, fundamental – pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito.”<sup>48</sup>

Não fogem a regra os atos normativos baixados pelas agências. O Poder Judiciário, à vista dos princípios legais que regem a atividade regulada, verificará se o ato normativo está ou não conforme os objetivos legais de modo a considerá-lo válido ou não, abrangendo o exame de compatibilidade vertical em relação às Leis e à Constituição Federal.

<sup>48</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p.825.

Ademais, entendemos importante lembrar que as leis instituidoras das agências reguladoras prevêem, mesmo que de forma tímida, a participação social no controle de suas atividades.

## **5. As agências reguladoras em espécie**

Neste capítulo faremos uma breve abordagem de cada uma das agências reguladoras criadas no Direito Brasileiro. Entretanto, importante salientar que o objetivo deste não é um estudo aprofundado de cada uma das agências, vez que, este demandaria um estudo longo e individualizado.

### **5.1. Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL**

A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL foi criada pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996 e regulamentada pelo Decreto 2.235/97, após um processo de reestruturação do setor elétrico que foi realizado através das Leis 8.031/90, 8.631/93, 9074/95 e dos Decretos nº 1.717/95 e 2.003/96.

Esta agência é uma autarquia vinculada ao Ministério de Minas e Energia, a qual compete o exercício das funções inerentes ao Poder Concedente dos serviços públicos de energia elétrica e do uso de potenciais de energia elétrica, tendo como base no artigo 13 da Lei 9.648/98, autorizando o Operador Nacional de Energia Elétrica Interligado – NOS, pessoa jurídica de direito privado de cunho associativo, integrada por concessionários, permissionários, autorizatários e consumidores livres, a coordenar e controlar as operações de geração e transmissão de energia elétrica nos sistemas interligados.

Sua estrutura é formada por 20 superintendências e 4 diretorias, que decidem sobre os assuntos de sua responsabilidade, de forma coletiva, além de um presidente.

Internacionalmente, a ANEEL tem um acordo de cooperação com a Associação de Energia dos Estados Unidos (USEA), com o objetivo de fazer parte do “Parceiros para Programas de Energia”, existente entre USEA e a Agência Norte-Americana para Desenvolvimento Internacional (USAID). Além disso, tem acordos de cooperação com outras agências reguladoras norte-americanas: Iowa Utilities Board, Florida Public Service Commission e Oregon Utilities Commission.

### **5.2. Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL**

A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL foi criada pela Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997 e regulamentada pelo Decreto nº 2.338/97 e pela resolução da ANATEL nº 270/01.

Do Ministério das Comunicações, a ANATEL herdou os poderes de outorga, regulamentação e fiscalização e um grande acervo técnico patrimonial.

Um Conselho Consultivo, formado por representantes do Poder Executivo, do Congresso Nacional, provedores e usuários de serviços e a sociedade como um todo, acompanha e monitora todas as suas iniciativas. Todas as regulamentações definidas pela ANATEL devem ser previamente submetidas a consulta pública. Além disso, existe um ouvidor, que deve apresentar, periodicamente, avaliações criteriosas dos resultados da agência. As reuniões do comitê geral são abertas ao público.

Os recursos do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (FISTEL) são a principal fonte da autonomia financeira da agência.

Dentre suas atribuições, destacam-se as seguintes:

- Implementar apolítica nacional de telecomunicações;
- Propor a instituição ou eliminação da prestação de modalidades de serviço no regime público;
- Propor o plano geral de metas para universalização dos serviços de telecomunicações;
- Compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviços de telecomunicações;
- Atuar na proteção e defesa dos usuários
- Atuar no controle, prevenção e repressão das infrações de ordem econômica, no âmbito das telecomunicações, ressalvadas as competências legais do CADE.
- Estabelecer restrições, limites ou condições a grupos empresariais para obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, de forma a garantir a competição e impedir a concentração econômica no mercado.
- Estabelecer a estrutura tarifária de cada modalidade de serviços prestados em regime público.

### **5.3. Agência Nacional do Petróleo – ANP**

A Agência Nacional do Petróleo – ANP foi criada pela Lei nº 9.478 de 06 de agosto de 1997, regulamentada pelo Decreto nº 2.455/98, nas diretrizes emanadas do Conselho Nacional de Política Energética – CNPE e em conformidade com os interesses do País.

É uma autarquia especial vinculada ao Ministério de Minas e Energia. A agência está sediada no Rio de Janeiro, e sua proposta é promover a regulamentação, os con-

tratos e a inspeção das atividades econômicas da indústria de petróleo. A ANP está envolvida em todas as atividades do setor; desde autorizar as operações de uma distribuidora de combustíveis - seja ela de álcool ou produtos derivados de petróleo e outros combustíveis automotores, o comércio, a construção, a operação e o aumento da capacidade de armazenamento, até definir as obrigações dos distribuidores.

#### **5.4. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA**

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA foi criada pela Lei nº 9.781 de 26 de janeiro de 1999 e regulamentada pelo decreto nº 3.029/99.

Na estrutura da Administração Pública Federal, a agência está vinculada ao Ministério da Saúde, sendo que este relacionamento é regulado por contrato de gestão.

A finalidade institucional da agência é promover a proteção da saúde da população através do controle sanitário da produção e do comércio de produtos (principalmente medicamentos) sujeitos a inspeção sanitária. Além disso, a agência controla portos, aeroportos e fronteiras, bem como é responsável, juntamente com o Ministério das Relações Exteriores, pelas questões internacionais e aquelas de relacionamento com instituições estrangeiras que tratam de assuntos de responsabilidade da agência.

#### **5.5. Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS**

A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS foi instituída pela Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000 e regulamentada pelo Decreto nº 3.327/00.

A agência é responsável nacionalmente pela regulamentação, controle e supervisão das atividades que asseguram a assistência complementar à saúde. A Agência Nacional de Saúde Suplementar estabelece:

- Critérios para processos de licenciamento de prestadores de serviços para companhia de seguros de saúde;
- Parâmetros, qualidade e planos de cobertura para serviços prestados por seguradoras de saúde;
- Normas para repasse financeiro dos programas de saúde pública;
- Normas para definir doenças e condições de saúde pré-existentes.

Além disso, decide sobre a criação da sub-segmentação dos planos de saúde, autoriza reajuste de preços dos serviços, e estabelece regimento fiscal e técnico para seguradoras de saúde.

Assim como outras agências brasileiras, seus diretores (o conselho é formado por 5 diretores incluindo 1 presidente) têm mandato fixado por lei e autonomia administrativa e gerencial.

### **5.6. Agência Nacional de Águas – ANA**

A Agência Nacional de Águas – ANA foi criada pela Lei nº 9.984 de 17 de julho de 2000 e regulamentada pelo Decreto nº 3.692/00, inserindo-se no Sistema Nacional de gerenciamento de Recursos Hídricos, cujo principal diploma é a Lei nº 9.433/97.

Sua proposta é assegurar o uso racional dos recursos hídricos, tentando prevenir a poluição de rios e outros mananciais aquáticos. Trata-se de uma autarquia especial, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, que entre outros assuntos esta envolvida com o problema das secas, especialmente na Região Nordeste.

O trabalho da Agência é coletar, distribuir e investir a receita obtida pela União, com o uso dos recursos hídricos pela população. Além disso, tem a responsabilidade de inspecionar a operação feita em reservatórios por parte de instituições públicas e privada de maneira a garantir a utilização diversificada da água, isto é, consumo humano, industrial e tratamento sanitário. A lei estabeleceu as regras de concessão para exploração das reservas de água da União.

### **5.7. Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT**

A Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT foi instituída pela Lei nº 10.233 de 5 de junho de 2001.

Vinculada ao Ministério dos Transportes, possui independência administrativa, autonomia financeira e funcional e mandato fixo de seus dirigentes. Constituem a esfera de atuação da ANTT:

- O transporte ferroviário de passageiros e cargas ao longo do Sistema Nacional de Viação;
- A exploração da infra-estrutura ferroviária e o arrendamento dos ativos operacionais correspondentes;
- O transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
- O transporte rodoviário de cargas;
- A exploração da infra-estrutura rodoviária federal;
- O transporte multimodal; e

- O transporte de cargas especiais e perigosas em rodovias e ferrovias.

A ANTT articular-se-á com as demais agências, para resolução das interfaces do transporte terrestre com os outros meios de transporte, visando à movimentação intermodal mais econômica e segura de pessoas e bens.

Além disso, harmonizará sua esfera de atuação com a de órgãos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios encarregados do gerenciamento de seus sistemas viários e das operações de transporte intermunicipal e urbano.

### **5.8. Agência Nacional de Transporte Aquaviários – ANTAQ**

A Agência Nacional de Transporte Aquaviários – ANTAQ foi instituída pela mesma lei que criou a ANTT, qual seja, Lei nº 10.233 de 5 de junho de 2001.

Vinculada ao Ministério dos Transportes, possui independência administrativa, autonomia financeira e funcional e mandato fixo de seus dirigentes. Constituem a esfera de atuação da ANTAQ:

- A navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso;
- Os portos organizados;
- Os terminais portuários privativos e;
- O transporte aquaviários de cargas especiais e perigosas.

A ANTAQ articular-se-á com as demais agências, para resolução das interfaces do transporte aquaviários com as outras modalidades de transporte, visando à movimentação intermodal mais econômica e segura de pessoas e bens.

A ANTAQ harmonizará sua esfera de atuação com a de órgãos dos Estados e dos Municípios encarregados do gerenciamento das operações de transporte aquaviários intermunicipal e urbano.

### **5.9. Agência Nacional de Cinema - ANCINE**

A Agência Nacional de Cinema – ANCINE foi criada pela Medida Provisória nº 2228-1 de 6 de setembro de 2001, ou seja, antes da promulgação da Emenda Constitucional 32/01. Desta forma, entendemos que, como as medidas provisórias tem força de lei, foi atendido o requisito do artigo 37, XIX da Constituição Federal que dispõe que as autarquias devem ser criadas por lei.

Entre as atribuições mais relevantes da ANCINE, todas a serem exercidas de acordo com a política traçada pelo Conselho Superior do Cinema, estão a regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica, além de estimular o desenvolvimento desta indústria, promover a integração das atividades governamentais a ela relacionadas, aumentar a competitividade, promover a auto-sustentabilidade e articulação de vários elos de sua cadeia produtiva, estimular a universalização do acesso às obras cinematográficas e videofonográficas, especialmente as nacionais e garantir a participação diversificada das obras estrangeiras no mercado brasileiro.

### 5.10. As Agências Reguladoras Estaduais

Em alguns estados, foram criadas agências que visam, da mesma forma que as nacionais, regular serviços delegados.

Além de suas funções específicas em relação aos serviços delegados dos estados, as agências estaduais podem firmar convênios com as agências nacionais, com o escopo de realizar os serviços de regulação dentro de seu território. Entretanto, vale ressaltar que a possibilidade de convênio depende da lei de constituição da agência. Portanto, cada uma tem suas regras para formalização de um convênio ou acordo de cooperação.

Em São Paulo, por exemplo, temos a Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE, instituída pela Lei Complementar Estadual nº 833 de 17 de outubro de 1997.

## 6. O poder normativo das agências reguladoras

### 6.1. A deslegalização

Surgido na França, o instituto da deslegalização ou delegificação traz em seu bojo a possibilidade de outras fontes normativas, estatais ou não, regular por atos próprios determinada matéria, ou seja, é a retirada do âmbito da lei propriamente dita o condão de reger determinada matéria.

A deslegalização consiste, nas palavras de DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO, na:

“(...) retirada pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (*domanaine de la loi*), passando ao domínio do regulamento (*domaine de l'ordonnance*)”.<sup>49</sup>

No Brasil, a Constituição Federal traz em vários dispositivos a possibilidade de deslegalização de matérias para entidades estatais e não estatais em favor de: entidades desportivas privadas (artigo 217, I), dos órgãos reguladores das prestações de serviços de

<sup>49</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do Direito Administrativo*, p. 166.

telecomunicações (artigo 21, XI) e da exploração de petróleo (artigo 177, §2º, III) e das universalidades em geral (artigo 207).

Em todas essas hipóteses, por sua sede constitucional, temos uma reserva inquestionavelmente legítima de poder normativo em favor de órgãos ou entidades estranhas ao Poder Legislativo. E mais, como essas esferas normativas autônomas fundamentam-se diretamente no Poder Constituinte, estão protegidas contra as ingerências que a elas venham a ser impostas, ressalvada, naturalmente, a incidência de normas da própria Constituição, e a possibilidade de balizamento e coordenação de caráter público – não técnico – pelo Poder Legislativo.

Com efeito, devemos observar que o Poder Legislativo, face a complexidade, dinamismo e tecnicização da sociedade, tem distinguido aspectos políticos dos de natureza preponderantemente técnica da regulação e, consciente das suas naturais limitações, transpassando a outros órgãos ou entidades, públicas ou privadas, a normatização de cunho marcadamente técnico.

A necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, é a razão de ser das agências reguladoras, ao que podemos acrescentar o fato da competência normativa integrar o próprio conceito de regulação.

Desta forma, como não observamos proibições, a deslegalização legal será sempre possível no ordenamento constitucional vigente, desde que a Constituição não a proíba expressamente.

Deve-se observar que o artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou a revogação de todas as normas delegadoras de competência normativa, *in verbis*:

“Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito esse prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem à órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente o que tange a:  
I – ação normativa”.

Importante ressaltar que o dispositivo transcrito se propõe aos abusos praticados pelo regime ditatorial que vigia até a promulgação da atual Carta, mas não se propõe a por termo a delegação legislativa, proposta por diversas vezes pela própria Constituição conforme supra exposto.

No caso das agências reguladoras, trata-se de uma delegação legislativa conhecida pela doutrina e jurisprudência americana como *'delegation standards'*, que ocorre quando o ato emanado pelo Poder Legislativo fixa parâmetros (standards) adequados e

satisfatórios para se pautar a atuação do órgão delegado, ou seja, é a fixação de limites à atuação do poder delegado.

Exemplos de deslegalizações legais, visto que os exemplos supracitados são de deslegalizações constitucionais, são os casos das Leis instituidoras das Agências reguladoras. Referidas Leis determinam o âmbito de atuação e os atos normativos produzidos pelas agências regerão o mercado de atuação específica de cada agência.

## 6.2. A competência normativa das agências reguladoras

Conforme conceito adotado de função reguladora, percebe-se que a existência do poder normativo é inerente à própria definição da referida atividade desempenhada pelo Estado, conforme atribuição do artigo 174 da Constituição Federal de 1988.

Entretanto, em que pese à necessidade do exercício da função normativa pelas agências reguladoras, como forma de desenvolvimento da função reguladora, o tema da atribuição da competência normativa aos referidos entes suscita inúmeras discussões face ao regime jurídico brasileiro e a sua pretensa inadequação ao modelo regulatório.

Ademais, esta tarefa é dificultada, por um lado, pelo conservadorismo de parte da doutrina, e, por outro lado, pela confusão da nomenclatura existente na matéria<sup>50</sup>: regulamentos interpretativos, autônomos, independentes, executivos, delegados, etc.

Vislumbra-se, de um lado, opiniões de doutrinadores como, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, LÚCIA VALLE FIGUEIREDO E ARIANNE BRITO RODRIGUES CAL, as quais entendem que somente as agências reguladoras com previsão constitucional exerceriam poderes regulamentares.

De fato, acaso se leia a Constituição Brasileira, no sentido tradicional e, destarte, se parta da premissa de que todas as hipóteses normativas de atribuição de Poderes Legislativos ao Poder Executivo (tais como as medidas provisórias e leis delegadas) devem ser interpretadas restritivamente, chegaremos a conclusão que somente a Agência Nacional de Telecomunicações e a Agência Nacional de Petróleo, contempladas no texto constitucional em seus artigos 21, XI e 177, §2º, III, seriam aptas a exercer poderes regulamentares.

Este posicionamento, no entanto, não está isento de críticas. MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>51</sup> nos ensina que esta solução não pode ser admitida, porque a previsão constitucional de exercício de poderes normativos pelas agências reguladoras, pelo simples fato de estarem contidas no texto constitucional, o que supostamente lhes daria uma roupagem especial, retira a competência do Poder Legislativo.

<sup>50</sup> Cabe salientar que, conforme já contemplado neste trabalho, que o ordenamento jurídico brasileiro, com o advento da Constituição Federal de 1988, só recepcionou os regulamentos de execução.

<sup>51</sup> Marçal Justen Filho, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 359/544.

Assim, ao invés de simplesmente negarmos a atribuição de poderes normativos às agências reguladoras, o que acabaria por lhes retirar a própria essência, deve-se buscar os instrumentos legitimadores que expliquem a natureza jurídica desta função.

A questão da natureza jurídica dos atos normativos dos agentes reguladores pode ser resolvida se partirmos do pressuposto de que as leis podem ser exaustivas ou não quanto a uma determinada matéria. Desta forma, existiriam lacunas caso nem todos os pressupostos do comando normativo estivessem em lei.

Quando a lei disciplinadora de determinada matéria deixa margem para maior autonomia do aplicador, há discricionariedade técnica. No entanto, deve-se relembrar, que a prévia existência de lei está contida à idéia de discricionariedade, ou seja, esta não existe sem aquela. Ademais, ao configurar a discricionariedade, a lei pode fazê-lo pela impossibilidade de selecionar abstrata e antecipadamente todas as alternativas disponíveis para resolver um certo problema.

Ainda, segundo o referido autor, o ato administrativo discricionário, desta maneira, há de ser compatível com a norma legal em seu conteúdo, espírito e finalidade, assim como a atuação do legislador em relação à Constituição Federal. Deste modo, podemos falar que a finalidade do ato administrativo discricionário é dar seguimento ao espírito da lei, e não inovar a ordem jurídica ou complementá-la em desconformidade aos seus preceitos.

Também pode haver discricionariedade quando se constatar a intenção do legislador de relegar a disciplina de uma determinada relação jurídica ou de um setor da realidade social a critérios técnico-científicos, de acordo com o progresso futuro.

Assim, MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>52</sup> define o seu posicionamento, no sentido de que a competência normativa abstrata das agências reguladoras é enquadrada como uma manifestação do poder discricionário.

Entende, o autor, que a discricionariedade pode ser o fundamento para a edição de normas gerais, tais como se passa no tocante ao regulamento, já que não pode haver delegação de poder legislativo às agências reguladoras.

Logo, a atribuição de poder regulamentar de caráter secundário às agências, já que o primário é de titularidade do Chefe do Poder Executivo, seria manifestada por meio de atos discricionários, cuja função essencial é a de complementação das normas legislativas, que lhes conferem esta competência, de modo a desenvolver os princípios, o espírito e o conteúdo dos referidos regramentos de origem legislativa.

---

<sup>52</sup> Marçal Justen Filho, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 418.

Importante também analisar os limites impostos a essa delegação normativa cometida às agências reguladoras.

MOREIRA NETO<sup>53</sup> leciona que essa atividade normativa das agências reguladoras sofre duas ordens de limitações, as limitações de ordem externa e as limitações de ordem interna.

As limitações de ordem externa são as mesmas a que se submetem qualquer ato normativo, ou seja, a norma editada pela agência reguladora deve estar contida e se harmonizar com o direito vigente.

Já, as limitações de ordem interna são os parâmetros formais e materiais que a própria norma delegante de competência normativa impõe.

Os parâmetros formais estabelecem os limites procedimentais e temporais a serem observados pelas agências reguladoras na elaboração das normas de sua competência.

Os parâmetros materiais fixam o conteúdo substantivo das normas produzidas pelas agências reguladoras, importando sua violação na desvalidação da norma produzida, por usurpação do poder.

Ainda no que tange aos limites internos da atividade normativa das agências reguladoras, há que se atentar para a razão pela qual as mesmas foram introduzidas na Administração Pública brasileira, que é subtrair da competência direta dos centros de decisão político-administrativas, que se baseiam em juízos de oportunidade e convivência, as decisões nas quais o fundamento deva obedecer a critérios técnico-científicos.

Novamente com DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO<sup>54</sup>:

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

Ultrapassar tais limites, ao acrescentar às normas reguladoras critérios político-administrativos onde não devam existir, caracteriza invasão de poderes que são próprios à esfera das decisões do Poder Legislativo, e propositadamente retirados.”

Portanto, a atividade normativa das agências reguladoras não pode ultrapassar os limites impostos pela legislação delegante da competência, bem como, deve pautar suas decisões em critérios estritamente técnico-científicos.

<sup>53</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do Direito Administrativo*, p. 167/168.

<sup>54</sup> Diogo Figueiredo Moreira Neto, *op. cit.*, p. 170.

### 6.3. O caráter não-exclusivo da competência do chefe do poder executivo

É imprescindível analisar o alcance do inciso IV do artigo 84 da Constituição Federal, que dispõe ser de competência privativa do Presidente da República expedir decretos e regulamentos para a fiel execução de leis. A interpretação desse dispositivo nos leva a uma questão bastante polêmica, qual seja, o caráter não exclusivo da competência do chefe do Poder Executivo em relação ao poder regulamentar.

Uma derradeira observação deve ser feita para nos prevenir de qualquer posição que, partindo de uma interpretação literal e isolada do artigo 84,

IV da Constituição Federal, entenda que o poder regulamentar só possa ser exercido pela Administração central do Estado, em última instância, pelo Chefe do Poder Executivo.

Segundo parece, não é possível nos esquivar a respeito: o comando do artigo 84, IV é absolutamente claro e inequívoco ao estabelecer que a competência presidencial é privativa. Ao dizê-lo, está a prever que não pode a lei subtrair-lhe tal competência.

No entanto, a regra do artigo 87, parágrafo único, II, da Constituição Federal, constituiu a demonstração cabal de que a competência do artigo 84, IV não é exclusiva do Presidente, vez que atribuiu aos Ministros de Estado a competência para expedição de regulamentos.

Outro dispositivo que nos faz chegar à mesma conclusão é o inciso V, do artigo 49 da Constituição, quando prevê a competência do Congresso Nacional para “sustar os atos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”. Percebe-se que o legislador referiu-se ao “Poder Executivo” e não apenas ao Presidente da República.

Devemos, ademais, ter em mente que a Constituição Federal deve sempre ser interpretada levando-se em conta as características históricas, políticas e ideológicas.

Observamos, também, que, dentre os princípios e regras de interpretação constitucional, que decorrem da premissa fundamental da supremacia das normas constitucionais, está a regra da unidade da constituição, que significa que a interpretação da constituição deve se dar de modo a evitar contradições entre suas normas<sup>55</sup>.

Concluimos, destarte, que outras autoridades são legitimadas a estatuir normas jurídicas hierarquicamente inferiores e subordinadas a lei. Importante, neste contexto, salientar que não cabe aos particulares invocar, por exemplo, a regra do artigo 84, IV, para deixar de cumprir regulamentação editada por outra autoridade que não o Presidente da República, com o argumento de que apenas este teria tal competência.

<sup>55</sup> Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional Administrativo*, p. 64.

#### 6.4. Princípio da legalidade e regulação

Assim como boa parte dos assuntos jurídicos, o princípio da legalidade possibilita diversas formas de abordagem. Hoje, não se fala mais em uma única legalidade e, sim, em várias, já que para cada ramo do Direito que se lhe queira aplicar, existirá um sentido diverso.

Ratificando a assertiva, basta verificar que, no âmbito do Direito Penal, o princípio da legalidade está previsto no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal de 1988 e, representa as idéias de proibir a retroatividade da lei penal, de vedar a criação de crimes e penas pelo costume, de proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas, bem como proibir incriminações vazias e indeterminadas.

Já, na seara do Direito Tributário, o princípio da legalidade vem contido no artigo 150, I, da Lei Fundamental brasileira e exprime a necessidade de que, no Brasil, *“ninguém possa ser obrigado a pagar um tributo ou a cumprir um dever instrumental tributário que não tenham sido criados por meio de lei da pessoa política competente”*.

E, finalmente, a legalidade verificada no campo do Direito Administrativo, trazida pelo *caput* do artigo 37 da Constituição Federal onde estabelece, enfaticamente, que: *“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade (...)”*.

Desta forma, percebe-se que o princípio da legalidade comporta inúmeras tratativas, vez que se aplica a todos os ramos do Direito positivo brasileiro.

Contudo, não podemos perder de vista que a viga-mestra do princípio em análise está no artigo 5º, II da Constituição, que determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei.

Percebemos, então, que o princípio da legalidade está diretamente ligado ao vocábulo *lei*. O legislador, seguindo a tradição das constituições anteriores, preferiu não se utilizar de outros termos. Com isso, o princípio da legalidade garante aos particulares que suas liberdades não serão perturbadas senão em decorrência de mandamento advindo do Poder Legislativo.

Conforme demonstrado, nosso ordenamento preferiu não tolerar que o Poder Executivo, valendo-se dos regulamentos pudesse inovar a ordem jurídica e conseqüentemente interferir na liberdade e na propriedade dos administrados.

Essa questão nos remete novamente ao artigo 84, IV da Constituição Federal, que confere competência regulamentar do Chefe do Poder Executivo para a produção de regulamentos para a “fiel execução” da lei, ou seja, esse dispositivo nos revela que a função regulamentar, no Brasil, é limitada à produção dos chamados regulamentos executivos, não admitindo aqueles que criam obrigações em revelia da existência de lei.

O professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO elucida bem a questão:

“Nos termos do artigo 5.º, II, ”ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Aí não se diz “em virtude de” decreto, regulamento, resolução, portaria ou quejandos. Diz-se “em virtude de lei”. Logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá o que for para coartar a liberdade dos administrados, salvo se em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar”.<sup>56</sup>

Pois bem, fica demonstrado que toda atividade regulamentar só tem validade se subordinada a lei, e que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos apenas para cumprir dispositivos legais.

Ademais, importante ressaltar a diferença do princípio da legalidade em relação aos particulares e a Administração Pública. Enquanto aos particulares é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, à Administração Pública só é lícito agir de acordo com o que a lei expressamente autoriza, ou seja, a Administração só pode agir se devidamente autorizada por lei.

Importantes são as palavras de DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO que demonstra com maestria a importância dos dispositivos legais supra citados :

“(..) a regra do art. 5.º, II, bem como o disposto nos arts. 37 e 84, IV, da Carta Magna do País possuem relevo transcendente, pois assumem função chave no sistema jurídico. Correspondem a verdadeira pedra angular de nosso Direito Público, na medida em que respondem pelo critério de preservação de um ponto nodular da ordem jurídica brasileira. Deles depende a manutenção, sob o ponto de vista jurídico, de instituições concebidas para garantir o indivíduo contra eventuais desmandos do Estado”.<sup>57</sup>

Tem-se, desta forma, que o princípio da legalidade garante o particular contra os possíveis desmandos do Poder Executivo e do próprio Judiciário, vez que o disposto no artigo 5º, II, é reputado como fundamento de direitos individuais e, assim, por ser o natural desdobramento de direitos políticos da representação popular na constituição dos poderes, reprime o absolutismo do poder estatal e condiciona a atividade da Administração Pública. Portanto, a obediência suprema dos particulares, pois é, para com o Legislativo, sendo que os outros Poderes só competem na medida em que atuam na vontade da lei.

<sup>56</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 86.

<sup>57</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do Direito Administrativo*, p. 316.

Destarte, retira-se do exposto que o princípio da legalidade, dogma consagrado pela Constituição Federal e imprescindível para a existência do Estado, garante às pessoas que suas liberdades e o seu patrimônio não serão perturbados, a não ser em decorrência de mandamento advindo do Poder legislativo, que é órgão que representa a vontade dos cidadãos.

## 7. A análise de atos regulatórios pelo CADE<sup>58</sup>

O tema da possibilidade de análise dos atos regulatórios pelo CADE envolve, primeiramente, a questão da aplicabilidade da Lei 8.884/94 em relação aos setores regulados.

Os princípios da ordem econômica, presentes no artigo 170 da Constituição Federal, alcançam todos os setores da economia e têm como destinatários tanto os agentes privados como os agentes públicos. Não por outra razão, a própria Lei 8.884/94, em seu artigo 15, estabelece que seu texto é aplicável a todas as pessoas físicas e jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica.

De mais a mais, os artigos 20 e 54 da Lei da Concorrência que tratam, respectivamente, da competência repressiva e preventiva do CADE, são genéricos e não fazem distinção quanto a situações advindas de um ou outro setor da economia, o que confirma que abrangem a economia como um todo.

Considerando-se, por consequência, a Lei de Concorrência aplicável às agências reguladoras, é preciso saber como o CADE se relaciona com estes entes no que toca, especificamente, à possibilidade de revisão ou supressão de atos regulatórios.

A Lei de Concorrência prevê em seu artigo 7º, X, que o CADE poderá requisitar dos agentes públicos as medidas necessárias ao cumprimento da Lei. No entanto, duas situações precisam ser diferenciadas. Primeiro, a hipótese do texto de uma lei qualquer estabelecer determinada situação que gera distorções concorrenciais e, outra, em que se estabelecem restrições por meio de regulamentos administrativos – veiculados pela regulação setorial. Interessa-nos, aqui, a segunda hipótese. Não admitir a possibilidade de censura, pelo CADE, destes atos infralegais contrários à legislação da concorrência representa atribuir um valor indevido à competência regulamentar das agências.

Ora, se as leis setoriais não adotam a isenção antitruste, já que reconhecem a competência do CADE, por que não poderia um ato infralegal contrário a Lei 8.884/94 ser suspenso ou de alguma forma censurado pelo Conselho.

---

<sup>58</sup> Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo Brasileiro*, p. 617, nota de rodapé nº. 96, esclarece eu o CADE é autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, constitui órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional. É composto por um presidente e seis conselheiros, todos de notável saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação de seus nomes pelo Senado Federal, para um mandato de dois anos, permitida uma recondução. Junto ao CADE funciona uma procuradoria, com incumbência de prestar assessoria jurídica à autarquia e defende-la em juízo, além de um representante do Ministério Público federal, que, nessa qualidade, deve officiar nos processos sujeito a a apreciação do Conselho.

É admissível que as agências instrumentalizem poderes normativos, atribuídos por lei, para o alcance das finalidades almejadas, mas, reconhecer que o exercício do poder regulamentar seja exercido ao arrepio da Lei de Defesa da Concorrência significa legitimar a derrogação tácita deste diploma.

Assim, parece bastante razoável que, utilizando-se critérios proporcionalidade e de intervenção mínima na vida privada, o CADE use os meios necessários para reprimir a prática de tais atos. Entretanto, esta atuação do CADE deve ser muito ponderada, não sendo possível interpretar o arcabouço normativo setorial de maneira a provocar distorções e arbitrariedades.

Ao lado do controle administrativo pelo CADE dos atos das agências, outro importante mecanismo de defesa da concorrência constitui-se na possibilidade de contestação judicial de posturas regulatórias que contrariem o direito antitruste. Tal demanda judicial estaria baseada na atribuição do CADE de zelar pela observância da Lei 8.884/94 (art. 7º, I). Entretanto, o ideal seria, primeiramente, a atribuição pacífica com o ente setorial, para, só depois, cogitar o acesso ao Judiciário. Esta tarefa depende também de melhor aparelhamento do CADE para acompanhar, permanentemente, os mercados regulados.

Outra importante questão é saber se o CADE pode preencher as lacunas regulamentares eventualmente deixadas pelas agências, ou mesmo, substituir normas omissas ou contraditórias que tragam riscos à ordem concorrencial. A jurisprudência do CADE, sobre esta questão, tem admitido uma “competência residual” em matéria de regulação.

Na representação<sup>59</sup> movida por CEBRACAN contra RODONAL, o CADE entendeu que haveria competência residual para a aplicação do Direito da Concorrência quando a regulamentação fosse deficiente. Embora longa, vale citar parte do interessante voto vogal do ex-conselheiro ANTÔNIO FONSECA:

“Institucionalmente o setor de transportes é regulamentado, no entanto o regulamento federal é precário e desatualizado. O órgão regulador do Ministério dos Transportes (Departamento de Transportes Terrestres) não goza de independência de atuação nem tem reputação na regulamentação no regime de livre mercado. Os regulamentos, isto é, alguns decretos sobre o assunto, são anteriores à Constituição de 1988, tempo em que a ordem econômica era marcadamente centralizadora, com forte presença do Estado como agente explorador ou protetor da produção de certos bens ou serviços, considerados relevantes à segurança nacional. A situação é propícia à formação de grupos, com forte poder de influência junto ao Governo, que podem operar das mais variadas formas, incluindo a

<sup>59</sup> Representação 07/93.

divisão de mercados, em detrimento de outros agentes. Há, portanto, um problema de regulamentação que gera também uma questão de concorrência. Diante desse quadro, a jurisprudência atual do CADE é no sentido de que existe uma competência residual da agência de concorrência, sempre que o regulamento é inexistente ou falho e/ou a autoridade fiscalizadora se revela inerte ou relapsa na supervisão e aplicação (enforcement) do regulamento. Isto afasta o motivo do arquivamento ostentado pelo titular da SDE/MJ. A atuação dos órgãos de defesa da concorrência tem um duplo propósito: punir os agentes que eventualmente, se beneficiando do caos regulamentar, se vejam envolvidos em práticas restritivas da concorrência e pressionar o órgão regulador para adotar as medidas adequadas a fim de sanar os vícios da regulamentação”.

Sendo assim, diante de regulamentações que podem trazer graves prejuízos à concorrência e, por conseguinte, aos interesses da coletividade, bem como no caso de inexistir regulamentação necessária à realização desta finalidade, tem-se por admissível o preenchimento destas imperfeições pelo CADE – que deverá atuar somente em hipóteses excepcionais e diante de problemas concretos que lhe são trazidos.

Do contrario, havendo clara e irrestrita atribuição de regulamentação pelo CADE, todo o modelo de regulação setorial estaria posto em jogo.

## 8. Controle do Tribunal de Contas

O controle exercido sobre as agências, pela entidade de fiscalização superior denominada Tribunal de Contas, é também conhecido como controle externo da regulação.

O controle na fiscalização contábil, financeira e orçamentária das agências dar-se-á pela atuação direta do Tribunal de Contas para averiguar a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos emanados pela agência no exercício das atribuições e competências constitucionais e legais pertinentes, conforme expressa o artigo 70 da Constituição Federal.

Sobre essa fiscalização ensina IVES GANDRA MARTINS que:

“Legalidade, legitimidade e economicidade são, portanto, os parâmetros da execução orçamentária, cabendo rígida fiscalização de tais pressupostos, na operacionalidade das proposições aprovadas pelo Congresso.”<sup>60</sup>

Assim, aos atos auditados pelo Tribunal de Contas, não basta só atenderem aos preceitos legais, mas também têm que ser legítimos e trazer economicidade para a agência.

<sup>60</sup> Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, 4º volume, p. 06.

Além deste controle realizado pela auditoria do Tribunal de Contas, estas Cortes também podem, conforme previsto no §2º do artigo 74 da Constituição Federal, ser provocadas por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato considerados parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades por quem entenda que a agência está descumprindo preceito constitucional ou legal obrigatório.

O direito de representação perante as Cortes de Contas é também um dos instrumentos postos à disposição dos cidadãos para impedir que a agência exorbite nas suas atribuições, denunciando conduta ilegal ou irregular, conforme estabelece o preceito anteriormente citado.

Observa-se que o papel do Tribunal de Contas é fundamental para que o regime regulatório se sustente, pois se deve garantir a transparência sobre os processos regulatórios, vez que a independência pode levar a comportamentos indesejados por parte daqueles que delegaram os poderes para as agências. Podemos apontar como exemplo a captura do agente regulador pelo regulado, ou mesmo por grupos específicos de consumidores (normalmente grandes consumidores), em detrimento de princípios regulatórios de equidade e eficiência.

O Controle do Tribunal de Contas tem-se mostrado bastante eficiente e com relevantes contribuições para o aperfeiçoamento do sistema, procurando identificar e recomendar práticas regulatórias que possam alavancar o desempenho dos entes estatais envolvidos bem como buscar criar um histórico de políticas de regulação que sirva de base para tomadas de decisões.

Assim, entendemos que o papel do Tribunal de Contas deve ser mantido e intensificado, no que diz respeito ao controle externo do regime regulatório, vez que ainda existem possibilidades de captura do regulador.

## **9. A proposta de alteração no regime jurídico das agências reguladoras**

As agências reguladoras federais foram criadas no governo Fernando Henrique Cardoso, inspiradas na experiência internacional, como entes públicos dotados de autonomia em relação ao Poder Executivo. Para sua criação nestes moldes, foi importante a atuação do Congresso e do Conselho da Reforma do Estado, órgão consultivo ligado ao Presidente da República.

Com o advento do governo Lula, iniciou-se um debate sobre o grau de autonomia destas agências. Neste contexto, ganha especial relevância o Projeto de Lei nº 3.337/04.

O Projeto de Lei nº 3.337/04, dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras, modificando diversos dispositivos, desde a legislação específica de cada agência, bem como outras leis que já buscavam unificar a gestão dessas autarquias especiais.

O projeto determina modificações nas seguintes agências: Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional de Petróleo (ANP), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Cinema (ANCINE).

Vejam a seguir demonstrar as modificações introduzidas que entendemos fundamentais:

Sobre a competência das agências a principal modificação introduzida é a devolução aos Ministérios das tarefas de formulação das diretrizes das diversas políticas envolvidas e execução das ações próprias do poder de outorga de concessões, permissões e autorizações para a exploração e prestação de serviços públicos ou de exercer atividade econômica mediante concessão ou permissão, bem como a definição dos planos de outorga, elaboração de editais, julgar as licitações, celebração e renovação de contratos, decretação de caducidade e etc. No entanto, o projeto de lei admite que a possibilidade de cada ministério delegar essas atribuições à agência, exigindo, principalmente quanto aos atos próprios da licitação e contratação, a manifestação formal das agências.

O processo de decisão das agências reguladoras, no que diz respeito à atividade de regulação setorial, torna-se colegiado. As Diretorias Colegiadas ou Conselhos Diretores das Agências Reguladoras deliberarão por maioria absoluta dos votos de seus membros, dentre eles o Diretor-Presidente, Diretor-Geral ou Presidente que, na sua ausência, deverá ser representado por seu substituto, definido em regimento próprio.

No entanto, para as demais questões, é facultado à agência adotar processo de decisão monocrática, em cada uma de suas diretorias, cabendo recurso à Diretoria Colegiada ou Conselho Diretor, desde que interposto pela parte interessada ou por, pelo menos, dois membros da Diretoria. O processo decisório poderá comportar ainda audiência pública, ou outros meios de participação dos interessados, disponibilizando estudos, dados e material técnico.

Os dirigentes das agências mantêm o mandato fixo. Ademais, mantêm o atual sistema de mandatos escalonados dos dirigentes e a forma de não coincidência destes com o do Presidente da República, permanecendo inalteradas as atuais condições para a demissão e substituição dos dirigentes, vedada a demissão *ad nuntum*. O projeto uniformiza a duração dos mandatos em quatro anos, permitida uma única recondução.

A grande inovação é a exclusão da necessidade do Presidente da República designar os Presidentes, Diretores-Gerais ou Diretor-Presidente das agências, embora mantida a necessidade de aprovação pelo Senado.

O controle social das agências reguladoras independentes é um avanço imprescindível para a legitimidade e eficiência na ação regulatória. Além da consulta

pública, são instituídos e ampliados os mecanismos de controle através da apresentação de relatórios anuais de suas atividades e da criação de Ouvidorias em todas as agências reguladoras.

O projeto de lei determina ainda que todas as agências celebrem contratos de gestão e de desempenho com o titular do Ministério a que estiver vinculada.

Ficam também unificados os mecanismos de interação entre as agências e os órgãos de concorrência: Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

E, ainda, às agências reguladoras caberá monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, auxiliando os órgãos de defesa da concorrência na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência. Aos órgãos de defesa da concorrência fica a responsabilidade pela aplicação da legislação de defesa da concorrência, analisando atos de concentração e instaurando e instruindo averiguações preliminares e processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica. O CADE emitirá decisão final sobre os atos de concentração e conduta anticoncorrenciais.

## 10. Conclusão

Percebe-se pelo exposto que o Brasil mudou substancialmente a forma de atuação do Estado na década de 90. Acompanhando uma tendência que se verificou em vários países, o Brasil estruturou inúmeras reformas visando diminuir a área de atuação do Estado, pois este não conseguia manter um nível desejável de investimento que pudesse gerar desenvolvimento.

Feitas estas breves considerações podemos concluir que:

1. As agências reguladoras brasileiras foram criadas a partir de 1996, na esteira do processo de privatizações e reformas do Estado, tendo sua concepção profundamente influenciada pela doutrina estrangeira.
2. As agências reguladoras foram criadas por leis de iniciativa do Poder Executivo, com natureza autárquica, com autonomia administrativa, financeira e técnica, o que lhe dá a qualificação de autarquia especial.
3. Atualmente as principais agências reguladoras federais são: a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), a Agência Nacional de Petróleo (ANP), a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a Agência Nacional de Águas (ANA), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária

(ANVISA), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e a Agência Nacional do Cinema (ANCINE).

4. As agências reguladoras são dirigidas por órgãos colegiados compostos por brasileiros nomeados pelo Presidente da República, mediante prévia aprovação do Senado.

5. Os dirigentes das agências reguladoras possuem mandato fixo e está afastada a exoneração imotivada (*ad nuntum*). Ademais, entendemos que o mandato dos dirigentes não precisa coincidir com o mandato do Chefe do Executivo, uma vez que as decisões tomadas pelas agências não devem ser influenciadas por interesses políticos.

6. As normas estatuídas pelos entes reguladores possuem natureza jurídica de atos discricionários e, como tal, buscam seus fundamentos de validade e seus próprios limites na lei que instituiu as agências, sendo totalmente vedado às referidas autarquias veicular qualquer inovação dos conteúdos legais, bem como a deturpação de sentido da norma legal.

7. O artigo 84, IV da Constituição Federal não deve ser interpretado de forma isolada, porque, se o for, concluiremos pela inconstitucionalidade do poder regulamentar conferido às agências reguladoras.

8. A atuação das agências reguladoras sujeita-se a controles exercido pelo Executivo, pelo Legislativo e pelo Judiciário.

De qualquer modo, a constitucionalização do modelo regulatório requererá, por parte dos tribunais brasileiros, verdadeira atitude de construção jurisprudencial, e a compreensão do texto constitucional como de maneira aberta e adaptável às novas necessidades da sociedade contemporânea.

Ademais, desenvolvemos este trabalho porque acreditamos que regular as atividades privatizadas é atender o bem comum.

## BIBLIOGRAFIA:

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 2000.

- BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras, Constituição Federal e Transformação do Estado e Legitimidade da Democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: n° 229, p. 285-311. julho/set, 2002.
- CAL, Arianne Brito Rodrigues. *As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *La Intervención Administrativa*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.
- CHITI, Mario. *Princípio de sussidiarietà, pubblica amministrazione*, San Marino: Maggioli Editore, 1997.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*, São Paulo: Max Limonad, 1999.
- CRETTELA JR., José. *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- CUÉLLAR, Leila. *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*, São Paulo: Dialética, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15ª edição, São Paulo: Atlas, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Parcerias na Administração Pública*. 4ª edição, São Paulo: Atlas, 1999.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 2000.
- GARCIA, Maria. As Agências Reguladoras e a Reforma do Estado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v.10, n° 40, p. 122-136. jul/set. 2002.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Poder Regulamentar*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, São Paulo: Dialética, 2002.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*, São Paulo: Malheiros, 2002.
- MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva, 1998.

- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 7ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELLO, Vanessa Vieira de. *Regime Jurídico da Competência Regulamentar*, São Paulo: Dialética, 2001.
- MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e Agências Reguladoras*, São Paulo: Malheiros, 2001.
- MORAES, Alexandre. Agências Reguladoras. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 791, ano 90, p. 739-756, set. 2001.
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2002.
- MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra: Livraria Medina, 1997.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras*, Barueri: Manole, 2003.
- NUNES, Rizzato. *Manual de Monografia Jurídica*. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002.
- NUNES, Simone Lahorgue. *Os Fundamentos e os Limites do Poder Regulamentar no Âmbito do Mercado Financeiro*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- PEREIRA, Tadeu Rabelo. *Regime Jurídico das Empresas Estatais que Exploram a Atividade Econômica*, São Paulo: Síntese, 2001.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica*, São Paulo: Malheiros, 2001.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
- WALD, Arnold. MORAES, Luiza Rangel. WALD, Alexandre de M. *O Direito de Parceria e a Lei de Concessões*. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004.