

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICAS DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Roberta Bedinotti Figliano

Agência Reguladora

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

**São Paulo
2015**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICAS DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Roberta Bedinotti Figliano

Agência Reguladora

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

Monografia apresentada à Banca Examinadora como exigência para obtenção do título de Especialista em Direito, área de concentração Direito Administrativo - pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Profa. Mestre Flávia Giorgini Fusco Cammarosano

São Paulo
2015

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICAS DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Roberta Bedinotti Figliano

Agência Reguladora

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

Banca Examinadora:

Flávia Giorgini Fusco Cammarosano
(Professora Orientadora)

Professor

Professor

São Paulo
2015

Aos meus pais.

À Agência Reguladora de Saneamento e
Energia do Estado de São Paulo (ARSESP).

Agradeço a todos aqueles que contribuíram para a realização desta monografia, em especial à Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (ARSESP), que me proporcionou essa especialização com muito incentivo e aos meus Professores da Especialização, que contribuíram grandemente para a minha formação atual.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é mostrar a razão pela qual foram criadas as agências reguladoras e a sua importância atual. Para tanto foi necessário demonstrar a posição do Estado na economia ao longo do tempo até chegar ao Programa Nacional de Desestatização, que culminou com a privatização de empresas estatais e a concessão e a permissão de serviços públicos. É aqui que surge no Brasil o Estado regulador. Para a concretização da regulação, foram criadas agências reguladoras. O trabalho apresenta um conceito de regulação e também os seus objetos, as formas de realização, a distinção com a regulamentação e como a Constituição Federal de 1988 trata do assunto. As agências reguladoras possuem funções e características peculiares, o que resulta na sua autonomia e independência com relação ao Poder Executivo. A criação das agências reguladoras foi uma necessidade do momento e o retrocesso não é mais possível. Entretanto, ainda existem grandes desafios a serem transpostos. Para a realização do presente trabalho foram feitas pesquisas em doutrina, jurisprudência e sites.

Palavras-chaves: Intervenção do Estado na economia. Estado regulador. Agência reguladora. Autarquia. Características.

Agência Reguladora

Roberta Bedinotti Figliano

ABSTRACT

This work aims to show the context in which regulatory agencies were established in Brazil and thus the importance of such an initiative nowadays. To achieve this target a survey on government position on this economic issue was carried out. Because of the Privatization National Program, many State companies were privatized as concessionary or subsidiary of public services. Regulation emerges this way in Brazil, operated by many Regulatory Agencies. This work presents regulatory concepts and its objects, how to do it, compared to others legal instruments, under the point of view of 1988 Federal Constitution. Regulatory Agencies have peculiar state characteristics, that give them autonomy and independence related to Governments. Regulatory agencies were implemented in Brazil, in order to satisfy the needs in a given moment, but they have proved that there is no comeback to the previous scenario. However, there are still many challenges to be faced up. The ideas and concepts shown in this work are supported by searching real cases, doctrine, jurisprudence and others at the Internet.

Keywords: State intervention on the Economy; Regulatory State; Regulatory Agency; Autarchy.

Agência Reguladora

Roberta Bedinotti Figliano

SUMÁRIO

1	
INTRODUÇÃO.....	01
2 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA.....	03
2.1 Estado liberal.....	03
2.2 Estado intervencionista.....	04
2.3 Estado neoliberal.....	05
2.4 Intervenção do Estado brasileiro na economia.....	06
3 PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO (PND).....	09
4 SERVIÇO PÚBLICO.....	14
5 ESTADO REGULADOR.....	18
6 SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	20
6.1 No âmbito internacional.....	20
6.2. No Brasil.....	21
7 REGULAÇÃO.....	23
7.1 Conceito de regulação.....	23
7.2 Objetivos da regulação.....	25
7.3 Possibilidades de regulação.....	25
7.4 Regular e regulamentar.....	26
8 A REGULAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88.....	28
9 AGÊNCIA REGULADORA NO BRASIL.....	30
10 CONCEITO DE AGÊNCIA REGULADORA.....	34

11 AS ATUAIS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	38
12 FUNÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	40
12.1 Função judicante das agências reguladoras.....	40
12.2 Função normativa das agências reguladoras.....	42
12.3 Função executiva da agência reguladora.....	48
13 AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	50
14 INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	52
15 RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO.....	54
16 NOMEAÇÃO DOS DIRIGENTES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	56
17 QUARENTENA DOS DIRIGENTES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	60
18 TECNICIDADE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	61
19 CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	62
19.1 Controle exercido pelo Poder Legislativo.....	62
19.2 Controle exercido pelo Poder Judiciário.....	63
20 RELACIONAMENTO ENTRE AGÊNCIA REGULADORA, GOVERNO E SOCIEDADE.....	67
21 SEGURANÇA NA REGULAÇÃO.....	69
22 ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR).....	70
23 CAPTURA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	72
24 INCONSTITUCIONALIDADE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	73
24.1 Estabilidade dos dirigentes.....	73
24.2 Mandato dos dirigentes.....	74
24.3 Subordinação hierárquica.....	74

24.4 Poder judicante das agências reguladoras.....	75
25 LEI GERAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	76
26 PESQUISA SOBRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	77
27 CONCLUSÃO.....	79
28 REFERÊNCIAS.....	81

1 INTRODUÇÃO

O objetivo desta monografia é retratar a intervenção estatal na economia, situando a necessidade do Estado Regulador a partir dos anos 90.

Com relação à economia, o Estado foi liberal, intervencionista e neoliberal. É no neoliberalismo que surgem as privatizações e a o Estado é redefinido como um Estado regulador.

O Brasil não ficou fora das privatizações que estavam acontecendo no mundo. Na década de 90, com a edição da Medida Provisória nº 155, de 15 de março de 1990, mais tarde convertida na Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, foi instituído pelo Governo Federal o Programa Nacional de Desestatização (PND).

Num primeiro momento, o objetivo do Programa Nacional de Desestatização (PND) foi a privatização das empresas estatais. Mais tarde, o conceito de desestatização foi ampliado para abranger, além da privatização, a concessão e a permissão de serviço público (Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997).

Com a desestatização o Estado passou a ser mínimo, deixando de ser um Estado empresário.

Surge, então, o Estado regulador que atuará na regulação sobre os monopólios, sobre a competitividade de mercado e sobre a fiscalização de serviço público.

Para a realização da regulação, são criadas as chamadas agências reguladoras, cuja natureza jurídica é de autarquia em regime especial.

As agências reguladoras foram criadas para atrair investimentos para o país. Mais tarde o alvo foi a eficiência e a modernização do Estado.

As principais características das agências reguladoras são: a) mandato fixo dos dirigentes; b) receita própria derivada da taxa de regulação; c) tecnicidade das agências reguladoras; d) normatização de matérias técnicas de sua competência; e) poder de resolver conflitos entre regulador, usuários e entre o Poder Público.

As agências reguladoras possuem a função de fiscalização, sanção e de proceder a revisão de tarifas.

A nomeação de dirigentes das agências reguladoras envolve o Poder Legislativo e o Poder Executivo, sendo que a sua saída deve cumprir o que se chama de “quarentena”.

Em que pese as peculiaridades, as agências reguladoras estão submetidas a controle de seus atos administrativos. Não se trata de subordinação hierárquica.

Não se pode esquecer que, infelizmente, pode ocorrer a captura das agências reguladoras.

Existem ainda alegações no sentido de inconstitucionalidade das agências reguladoras no tocante aos seguintes pontos: a) estabilidade dos dirigentes; b) mandato dos dirigentes; c) subordinação hierárquica; e d) poder judicante das agências reguladoras.

2 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

De uma maneira geral, o Estado intervém na economia de duas formas.

A primeira forma é aquela que buscou o interesse público, o interesse da sociedade como um todo. Nesse período são criadas as empresas públicas, as sociedades de economia mista, em razão da tamanha importância da atividade a ser desenvolvida para a coletividade é considerada como pública. A característica importante e a fixação de regras pelo Estado.

A segunda forma de intervenção estatal é aquela que se inicia no Brasil nos anos 90, consistente na atuação do Estado como ente regulador na ordem econômica. A característica importante é, conforme ensina Floriano de Azevedo Marques Neto o caráter de mediação, “a permeabilidade do ente regulador aos interesses dos regulados, sejam operadores econômicos, sejam usuários, sejam mesmo os próprios interesses estatais enredados no setor regulado”¹. Há interlocução, interação entre partes da regulação.

No entender da Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro, a intervenção do Estado na economia passou por três períodos: o período do liberalismo econômico, o período intervencionista e o período neoliberal².

2.1 Estado liberal

O Estado liberal surgiu na Inglaterra quando a burguesia buscava ser a classe dominante face ao proletariado. Sua característica é a não intervenção do Estado nas atividades particulares, salvo nos casos de prejuízos aos cidadãos. O mercado operava livremente:

Sob o ângulo da atividade econômica privada os principais fundamentos do Estado liberal-burguês eram a propriedade, pela qual se assegurava a titularidade, o gozo e a fruição dos bens, e os contratos, veículos de circulação destes bens. Sobre ambos a Administração Pública não competia impor qualquer restrição, salvo se necessária para que os direitos de outros cidadãos não fossem prejudicados. Acreditava-se que o mercado seria muito mais benéfico

¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 31.

² Nesse sentido: *Direito regulatório: temas polêmicos*, p.23.

para o conjunto da sociedade se agisse livremente, não devendo ser funcionalizado por qualquer finalidade coletiva.³

Ensina Lucas de Souza Lehfeld que, sob o aspecto econômico, o Estado liberal foi deixado “nas mãos da burguesia, classe dominante, que detinha nesse momento todas as condições de livremente conduzir a economia, sem a ingerência direta do poder público”⁴. A burguesia tinha seus interesses protegidos com o Estado liberal.

Referido doutrinador, citando João Bosco Leopoldino da Fonseca, continua explicando que:

A partir dessa concepção defende-se, então, a teoria em que a economia está sujeita às leis naturais que a levam a uma situação, fatalmente, de equilíbrio entre os integrantes do mercado, com resultados frutíferos para toda a sociedade, que será rica se os seus integrantes também o forem. O “trabalho de cada indivíduo contribui para o seu próprio enriquecimento, e o proveito da sociedade está na razão direta do bem individual. O governante não deve interferir, de forma alguma, nesse processo natural de desenvolvimento do mercado”.⁵

No período do liberalismo econômico, o Estado podia delegar a prestação de serviço público ao particular e estabelecia as regras para o cumprimento do contrato de concessão, além de realizar a sua fiscalização. Com relação ao particular, como já afirmado, não havia qualquer interferência econômica do Estado, pois havia a auto-regulação de mercado⁶.

Entretanto na medida em que a economia crescia, os problemas sociais foram surgindo, como “desemprego, exploração excessiva do trabalho, pobreza e concentração populacional”⁷. Foram necessárias mudanças.

2.2 Estado intervencionista

No segundo período, que é o intervencionista, o Estado diretamente é o prestador do serviço público. Cria-se, portanto, empresas estatais para tal mister.

³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 53.

⁴ *Controles das Agências Reguladoras*, p.52.

⁵ *Ibidem*, p. 52.

⁶ Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p.23.

⁷ LEHFELD, Lucas de Souza. *Controle das Agências Reguladoras*. Editora Atlas, 2008, São Paulo, p. 53.

É nesse período que surge o Estado do Bem-Estar (*Welfare State*), cujo objetivo era diminuir os problemas sociais que surgiram após a Primeira Guerra Mundial, como por exemplo, o desemprego, a exploração do trabalho, a pobreza, a inflação⁸.

No Estado social há intervenção estatal na economia, com a criação de empresas estatais. O papel do Estado é de empresário. No âmbito privado, o papel do Estado será o de incentivar a concorrência, conforme explica Lucas de Souza Lehfeld:

Para tanto, o Estado passou a atuar como empresário, utilizando-se de entidades da Administração Pública indireta, como as empresas estatais e as sociedades de economia mista, para intervir na economia, concorrendo com a iniciativa privada. Por outro lado, também de se valeu da criação de normas, especialmente constitucionais, para assegurar os objetivos de uma política econômica que atribuiu à iniciativa privada a propriedade e a atividade econômica, sem esquecer de regular e incentivar a economia com o objetivo de suprir as deficiências do mercado (para o seu bom funcionamento) e estabelecer mecanismos de concorrência.⁹

É evidente que chegaria um momento em que o Estado ficaria inchado e não conseguiria prestar o serviço de forma contínua, eficiente e com qualidade. Constatou-se, então, a necessidade de diminuir o tamanho do Estado. A forma encontrada foi a privatização e a desregulação. Surge aí um novo período de intervenção estatal na economia.

2.3 Estado neoliberal

No período neoliberal (anos 70 e 80) surgem as privatizações no Brasil. Estas foram inspiradas nas privatizações inglesas decretadas pela Primeira-Ministra da Inglaterra, Margaret Thatcher.

Ensina Lucas de Souza Lehfeld que no neoliberalismo o Estado vai se voltar às atividades essenciais da coletividade:

Na realidade o neoliberalismo conduz a uma modificação do papel do Estado, que deixa de ser fomentador da atividade econômica e passa a ser regulador, preocupando-se de forma direta apenas com relação àquelas atividades essenciais, inerentes à sua criação, como segurança, saúde, habitação, educação (exemplos: previdência

⁸ Nesse sentido: LEHFELD, Lucas de Souza. *Controle das Agências Reguladoras*. Editora Atlas, 2008, São Paulo, p. 57.

⁹ *Ibidem*, p. 58.

social, assistência social e gratuidade da saúde e educação). Esse é o denominado *Estado mínimo* (...)¹⁰

É importante frisar que o Estado não vai desaparecer do cenário econômico. Seu papel será redefinido como sendo Estado Regulador, não mais atuando no mercado como empresário, mas sim fixando as regras em busca de um equilíbrio.

Como bem colocou Floriano de Azevedo Marques Neto, o equilíbrio buscado pelo Estado, com o seu novo papel de regulador consistirá em balancear o interesse privado e o interesse público:

A ação estatal passa a depender do equilíbrio entre os interesses privados (competição, respeito aos direitos dos usuários, admissão da exploração lucrativa da atividade econômica) com as metas e objetivos de interesse público (universalização, redução de desigualdades, modicidade de preços e tarifas, maiores investimentos, etc.).¹¹

2.4 Intervenção do Estado brasileiro na economia

Pode-se dizer que no Brasil a intervenção estatal na economia foi bastante forte e que “a organização administrativa foi estruturada para esse fim intervencionista”¹².

O Professor Sérgio Guerra elenca fatos históricos sobre a economia do Estado brasileiro¹³, os quais são interessantes mencioná-los.

Na Primeira Guerra Mundial (1914 a 1918), os produtos alimentícios eram comercializados com preço elevados e era muito difícil a importação de produtos de fábricas.

Na Grande Depressão (1929 e 1933) o café deixou de ser exportado, o que gerou uma enorme crise econômica, visto que era o principal produto na época. Por esta razão, houve uma forte intervenção do Estado.

No governo do Presidente da República Getúlio Vargas (1930) foram criadas diversas autarquias “que regulavam a produção e o comércio de alguns produtos,

¹⁰ *Controle das Agências Reguladoras*, p. 61.

¹¹ *Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico*, p. 34

¹² Guerra, Sérgio. *Agências Reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 47.

¹³ Nesse sentido: *ibidem*, p. 47 a 60.

bem como estruturavam programas, visando direcionar atividades econômicas”¹⁴. Foram criadas também empresas estatais, como por exemplo, a Companhia Vale do Rio Doce.

Na sequência, entre o período de 1946 e 1950, a política do Presidente da República na época, General Eurico Gaspar Dutra, era “reduzir a intervenção do Estado na economia, com vistas à adoção de uma política econômica liberalizante, facilitando o acúmulo de capital à custa de baixos salários e expansão das empresas estrangeiras”¹⁵.

Em 1951 Getúlio Vargas volta a ser o Presidente do Brasil e na ocasião retoma a sua política de desenvolvimento, agora, especialmente no setor industrial. Voltaram a ser criadas autarquias e empresas estatais.

Em 1955, no governo do Presidente da República Juscelino Kubitschek a economia cresceu muito com a vinda ao Brasil de grupos multinacionais.

O General Ernesto Geisel, quando assumiu a Presidência, sob o regime militar, “resgatou o modelo de intensa intervenção sustentado por meio de grandes empréstimos estrangeiros às empresas estatais”¹⁶.

No governo do General João Baptista de Oliveira Figueiredo (1979-1984) foi iniciado o Programa Nacional de Desburocratização e as privatizações no Brasil. Mais tarde viria o Programa Nacional de Desestatização.

Atualmente, nos termos do artigo 173 da Constituição Federal, “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

Entretanto, a Constituição Federal, no seu artigo 174 dispõe há a função de normatização e de regulação para o Estado: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização,

¹⁴ Guerra, Sérgio. *Agências Reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 49.

¹⁵ *Ibidem*, p. 50.

¹⁶ *Ibidem*, p. 55.

incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

3 PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO (PND)

A intervenção direta do Estado na economia brasileira se deu por volta dos anos 30, quando o país iniciava o seu desenvolvimento industrial, necessitando para tanto de uma infraestrutura, que coube ao Estado fornecer ao setor privado, conforme explicam Valter Saurin e Breno Augusto D. Pereira:

No Brasil, a intervenção do Estado na economia tem sido circunstancial e não uma ação planejada. Historicamente, é a revolução de 30 que marca o início da estratégia das elites empresariais de passar ao Estado a parte mais pesada e mais onerosa do processo de industrialização do país. De acordo com os planos da época, caberia ao Estado desenvolver a estrutura viária, o setor energético, a indústria base, dotando o país da infra-estrutura essencial a industrialização privada. Essa política é colocada em prática completando-se ao final da década de 50. Isto levou a criação de grandes empresas estatais, principalmente na siderurgia.¹⁷

É com a criação de empresas estatais que o Estado vai “promover a industrialização e o crescimento econômico”¹⁸.

Demonstram Octavio A. F. Tourinho e Ricardo L. L. Vianna que a estatização foi necessária num determinado período histórico brasileiro, qual seja, para o desenvolvimento do país:

A estatização na economia brasileira se aprofundou em um período histórico em que a intervenção estatal nos setores de infra-estrutura, insumos básicos e serviços públicos era vista não apenas como benéfica, mas como necessária para a consolidação da produção ou da prestação de serviços naqueles setores.¹⁹

Para Valter Saurin e Breno Augusto D. Pereira a estatização da economia levou o país a um grande endividamento, cujas causas principais foram:

(a). Excessiva contenção dos preços e tarifas públicas, que visavam baixar o ritmo inflacionário, principalmente a partir de 1975, sendo que esta política só obteve êxitos em curtos espaços de tempo, representando um fracasso a médio e longo prazos, porque, mesmo contendo as tarifas públicas, a inflação continuou se elevando.

¹⁷ SAURIN, Valter; PEREIRA, Breno Augusto D. *O Programa Nacional de Desestatização: aspectos relevantes da política de privatização*. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/adm/article/view/7986/7374>>. Acesso em 27 de fevereiro de 2015.

¹⁸ SAURIN, Valter; PEREIRA, Breno Augusto D. *O Programa Nacional de Desestatização: aspectos relevantes da política de privatização*. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/adm/article/view/7986/7374>>. Acesso em 27 de fevereiro de 2015.

¹⁹ TOURINHO, Octavio A. F.; VIANNA, Ricardo L. L. *Motivação e estruturação do Programa Nacional de Desestatização*. Texto para discussão nº 324. Outubro de 2013. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0324.pdf>. Acesso em 27 de fevereiro de 2015.

(b). O governo incentivou diversas estatais a captarem recursos externos para darem continuidade aos seus programas de investimentos, pelo menos até 1982, mas os recursos externos eram utilizados pelo governo para equilibrar o balanço de pagamentos, o que provocou uma elevação do endividamento das respectivas empresas.²⁰

Assim, surgiu o Programa Nacional de Desburocratização (Decreto Federal nº 83.470, de 18 de julho de 1979), cujo objetivo era, dentre outros, nos termos do artigo 3º, alínea “g”,

impedir o crescimento desnecessário da máquina administrativa federal, mediante o estímulo à execução indireta, utilizando-se, sempre que praticável, o contrato com empresas privadas capacitadas e o convênio com órgãos estaduais e municipais

Mais tarde, veio o Programa Nacional de Desestatização, criado com a edição da Medida Provisória nº 155, de 15 de março de 1990, mais tarde convertida na Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990. Posteriormente esta lei foi revogada pela Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.

Sobre os objetivos do Programa Nacional de Desestatização (PND), Valter Saurin e Breno Augusto D. Pereira entendem que são:

(...) a eliminação da ineficiência da gestão estatal e das dificuldades de financiamento do setor público, através da redução do escopo de sua atuação; a redefinição do papel do Estado, que se deve voltar para atividades que são sua responsabilidade precípua; e a reestruturação industrial.²¹

O artigo 1º, da Lei nº 8.031/90²² elencou os objetivos do Programa Nacional de Desestatização (PND). Na sequência, a Lei nº 9.491/97 traçou semelhantes metas que já estavam definidas na legislação anterior²³.

²⁰ SAURIN, Valter; PEREIRA, Breno Augusto D. *O Programa Nacional de Desestatização: aspectos relevantes da política de privatização*. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/adm/article/view/7986/7374>>. Acesso em 27 de fevereiro de 2015.

²¹ TOURINHO, Octavio A. F.; VIANNA, Ricardo L. L. *Motivação e estruturação do Programa Nacional de Desestatização*. Texto para discussão nº 324. Outubro de 2013. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0324.pdf>. Acesso em 27 de fevereiro de 2015.

²² “Art. 1º. É instituído o Programa Nacional de Desestatização, com os seguintes objetivos fundamentais:

- I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;
- II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público;
- III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;
- IV - contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia;
- V - permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

Mas o que vem a ser desestatização?

Doutrinariamente, Ricardo Rocha Viola citando Marcos Jordão Teixeira do Amaral Filho diferencia desestatização, privatização e desregulamentação. Seguem seus ensinamentos:

Marcos Jordão Teixeira do Amaral Filho apud Cláudia Maria Borges Costa Pinto (2009, p.1):

“... propõe uma diferenciação entre as expressões “desestatização”, “privatização” e “desregulamentação”.

Para ele **“o conceito de desestatização possui um caráter ideológico, no sentido de ter-se tornado um fim perseguido pela sociedade contemporânea. Constitui, de outro lado, um amplo movimento da sociedade e contemporânea em direção a mais democracia e maior autonomia para decidir seus próprios destinos, sem a tutela onipresente do Estado. Com esse significado, possui um sentido mais amplo que contém as noções de privatização e desregulamentação. Enquanto a desestatização, como fim perseguido, situa-se no terreno ideológico deste final de século, privatização e desregulamentação situam-se no campo da realidade concreta, objetiva pelo direito, consubstanciado nos atos e leis decorrentes.”** – e continua – **“(…) desregulamentação significa a eliminação total ou parcial das regras relativas ao mercado e às atividades econômicas (...) e privatização é o termo empregado (...) simplesmente para designar a transferência das empresas de propriedade do Estado e as atividades por ele exercidas para o setor privado, obedecidas às mais variadas formas de transferência de capital aos particulares”.** (grifos da autora)²⁴

Analisando a Lei nº 8.031/90, pode-se concluir que, num primeiro momento a preocupação era realizar a privatização. Nos termos do artigo 2º, parágrafo 1º, da referida lei,

VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.”

²³ “Art. 1º O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais:

- I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;
- II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;
- III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;
- IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infraestrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;
- V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;
- VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.”

²⁴ VIOLA, Ricardo Rocha. *Breve análise acerca do PND – Programa Nacional de Desestatização*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10630>. Acesso em 10 de dezembro de 2013.

Considera-se privatização a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade.

Na época em que foi criado o Programa Nacional de Desestatização (PND), a privatização era o que estava ocorrendo em diversos países e o Brasil também seguiu a tendência mundial.

Sobre as razões de se adotar a privatização, Arianne Brito Rodrigues Cal entende que o principal motivo foi a falta de eficiência do Estado-empresário. Referida doutrinadora tece as seguintes considerações sobre o assunto:

Como não podia deixar de ser, o Estado Brasileiro aderiu a “onda” das privatizações, e isto fez com que se questionasse acerca dos motivos que levaram o governo brasileiro a aderir ao processo privatizatório. Muito se especulou a esse respeito e as respostas para a questão foram várias, desde a estabilidade dos servidores no serviço público à total falta de eficiência que envolve os serviços prestados pelo Estado. Acreditamos, contudo, que a solução encontrada para a instituição do programa de privatização ocorreu, principalmente, em virtude da constatação da ineficiência do Estado acionista controlador de empresas, o qual, por descaso, péssima administração e falta de investimentos internos nas empresas, deixou-as se deteriorar, fato que trouxe um enorme dano ao patrimônio público.²⁵

Sete anos mais tarde, foi editada a Lei nº 9.491/91, que em seu artigo 2º, parágrafo 1º, alíneas “a”, “b” e “c”, ampliou o conceito do que seria a desestatização:

§ 1º Considera-se desestatização:

- a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade;
- b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade.
- c) a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei.

Verifica-se, portanto, que nos termos da Lei nº 9.491/97 a desestatização é gênero, da qual privatização, concessão e permissão de serviços públicos são espécies. Esse inclusive é o entendimento de Marcos Juruena Villela Souto, citado por Ricardo Rocha Viola:

²⁵ *As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro*, p. 160.

Em importante obra sobre o tema em estudo, Marcos Juruena Villela Souto (2000, p. 9) propõe o seguinte conceito para desestatização:

“É a retirada da presença do Estado de atividades reservadas constitucionalmente à iniciativa privada (princípio da livre iniciativa) ou de setores em que ele possa atuar com maior eficiência (princípio da economicidade)”.

Para Juruena desestatização é gênero, do qual são espécies a privatização, a concessão, a permissão, a terceirização e a gestão associada de funções públicas. Privatização corresponderia à alienação de direitos assecuratórios da “preponderância nas deliberações sociais e do poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade”. Concessão seria o contrato administrativo de delegação de gestão e execução de atividade-fim qualificada legalmente como serviço público. Permissão seria ato administrativo precário também envolvendo serviços públicos. Terceirização seria a modalidade de contratação administrativa por meio de licitação envolvendo as atividades-meio do Estado. (2000, p. 9 e 10)²⁶

Ensina a Professora Dinorá Adelaide Mussetti Grotti que o sentido amplo de privatização no direito brasileiro “abrange todas as medidas tomadas com o fim de reduzir a presença do Estado, compreendendo” a desmonopolização, a concessão de serviços públicos, a terceirização a desregulação e a desestatização ou desnacionalização²⁷.

A desestatização trouxe um novo papel do Estado na economia, que deixou de intervir de forma direta, passando a agir de forma indireta, tornando-se assim um Estado mínimo:

Esta nova visão do papel do Estado adota a descentralização como estratégia; impõe a diminuição de seu tamanho, envolvendo as questões de privatização, terceirização e publicização; a recuperação de sua capacidade financeira e administrativa; a necessidade de fortalecimento de sua função reguladora, fiscalizadora e fomentadora; e o desmonte do Estado prestador, produtor, interventor e protecionista; o aumento da governabilidade.²⁸

O Estado transferiu para a iniciativa privada o que era possível para ela executar, visto que a desestatização era imperiosa na época e o Estado-empresário não tinha mais condições de se sustentar.

²⁶ VIOLA, Ricardo Rocha. *Breve análise acerca do PND – Programa Nacional de Desestatização*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10630>. Acesso em 10 de dezembro de 2013.

²⁷ *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 150.

²⁸ *Ibidem*, p. 150.

4 SERVIÇO PÚBLICO

Ensina a Professora Dinorá Adelaide Mussetti Grotti que existem três critérios para delimitar o conceito de serviço público: a) orgânico ou subjetivo; b) material; e c) formal²⁹.

Continua a Professora que o critério subjetivo “abrange toda e qualquer atividade desempenhada pelo Poder Público, prescindindo de qualquer outra característica. Basta haver uma atuação que tenha por prestador uma pessoa pública para estar-se diante de um serviço público”³⁰.

Entretanto, com o passar do tempo, surgiram os concessionários, ou seja, pessoa jurídica de direito privado, o que fez com que este critério sofresse alteração. Criou-se, então, o critério objetivo, na qual “uma atividade é serviço público não porque prestada através de um complexo de meios públicos, mas em razão da natureza da atividade ou tarefa”³¹. Aqui, leva-se em conta a atividade que é exercida, independentemente do prestador do serviço.

Por sua vez, o critério formal conceitua serviço público “como um procedimento técnico que se traduz em um regime peculiar, o processo de direito público, e identifica procedimento de serviço público e regime jurídico-administrativo”³².

É importante esclarecer que os critérios definidores do serviço público sofreram críticas, falando-se inclusive em crise da noção de serviço público. Na verdade, como bem explicado pela Professora Dinorá Adelaide Mussetti Grotti, quando avalia a alegação de crise do conceito de serviço público,

Uma atenta observação do problema permite afirmar, segundo Escola, que o que veio ocorrendo, na realidade, foi uma variação conceitual dos elementos da noção de serviço público, em razão da “diversificação e incremento das necessidades e exigências de interesse público, produto da evolução e do progresso político, social e econômico, assim como a das prestações que o Estado teve que assumir sob a forma de serviços públicos, e o regime jurídico aplicado a elas”.³³

²⁹ Nesse sentido: *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 43.

³⁰ *Ibidem*, p. 43.

³¹ *Ibidem*, p. 46.

³² *Ibidem*, p. 46.

³³ *Ibidem*, p. 58.

Portanto, tudo vai depender do momento histórico para conceituar serviço público.

Nos dias atuais, vale citar o conceito atual de serviço público elaborado pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.³⁴

Também é importante transcrever o conceito elaborado por Hely Lopes Meirelles, de que serviço público “é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estaduais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.”³⁵

Atualmente, a Constituição Federal diz quais são os serviços públicos que devem ser prestados pela União (artigo 21), Estados-membros (artigo 25, parágrafo 1º) e municípios (artigo 30).

Nos termos do artigo 175 da Constituição Federal, a prestação de serviço público deve ser prestada diretamente pelo Poder Público, podendo ocorrer a concessão e a permissão³⁶, ambas disciplinadas na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

A concessão e a permissão são formas de transferência da prestação do serviço público ao particular. Frise-se que a titularidade permanece com o Estado, sendo que a transferência ao particular é apenas da execução do serviço público.

Ensina o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello que concessão de serviços públicos é

“o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do

³⁴ *Curso de Direito Administrativo*, p. 687.

³⁵ *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 364.

³⁶ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.”³⁷

Em continuação às lições do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, permissão de serviço público é o

“ato unilateral e precário, *intuitu personae*, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários.”³⁸

É evidente que a prestação do serviço público por terceiro não é feita da forma como o particular pretende e sem se reportar a alguém. Há a fiscalização do Poder Concedente com a cooperação dos usuários, conforme estabelece o artigo 3º, da Lei nº 8.987/95³⁹.

Aliás, as regras da concessão e permissão estão disciplinadas na Lei nº 8.987/95 e outras normas legais sobre a matéria, bem como nas cláusulas do contrato respectivo⁴⁰.

Sobre a relação serviços públicos e atividades econômicas, Carlos Eduardo Vieira de Carvalho e Alexandre Santos de Aragão entendem que o serviço público não deixa de ser uma atividade econômica em sentido amplo ou uma atividade econômica qualificada como serviço público:

O serviço público é visto como atividade econômica em sentido amplo, passível que é de exploração lucrativa. Abrange setores associados a uma infra-estrutura que reúnem características de essencialidade para o desenvolvimento dos países e para a qualidade de vida de seus cidadãos (e.g. transportes, energia elétrica, saneamento básico, telecomunicações).⁴¹

Ao contrário do que ocorre em outros direitos positivos, a nossa Constituição estabelece uma nítida distinção entre serviço público e atividade econômica. Na verdade, contudo, não podemos torcer a realidade a ponto de sustentar que os serviços públicos não sejam atividades econômicas – atividades econômicas qualificadas como serviços públicos -, qualificação esta que visa a permitir a prestação direta pelo Estado ou uma forte regulação e ingerência estatal na

³⁷ *Curso de Direito Administrativo*, p. 717.

³⁸ *Ibidem*, p. 775.

³⁹ “Art. 3º As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.”

⁴⁰ “Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.”

⁴¹ *Regulação de Serviços Públicos na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira*, p. 150.

atividade quando gerida por particulares delegatários. O serviço público, revela-se, então, como uma das mais intensas formas de intervenção do Estado na economia.⁴²

É importante esclarecer que a atividade econômica em seu sentido amplo não pode ser vista pura e simplesmente como lucro monetário, mas também devem ser levados em consideração os benefícios que trará a um país (como por exemplo, a infraestrutura) e o bem-estar da população.

Assim, o serviço público pode ser considerado uma atividade econômica em sentido lato, pois há contraprestação monetária pela sua fruição ou pela disposição do serviço ao cidadão, embora com a política da modicidade tarifária. Além disso, há o próprio desenvolvimento do país, com uma melhor infraestrutura, atraindo com isso investimentos em cada setor. Também não se pode esquecer que a sociedade terá à disposição diversos serviços essenciais indispensáveis para o seu bem-estar e, por que não dizer, para a saúde, como é o caso do saneamento básico.

Nos termos do artigo 173 da Constituição Federal, o Estado somente poderá exercer atividade econômica “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei”⁴³. Pode-se entender aqui que o legislador se refere a atividade econômica em sentido estrito.

Portanto, há participação mínima do Estado na atividade econômica, como bem ressaltou Sérgio Guerra:

Esse novo papel do Estado está subsumido ao princípio da subsidiariedade, pela qual a iniciativa privada tem primazia sobre a iniciativa estatal. Vale dizer, o Estado deve abster-se de exercer qualquer atividade que compete à livre iniciativa, cabendo a este o fomento, a coordenação e a fiscalização das atividades desenvolvidas pelo particular.⁴⁴

Conclui-se que o conceito de serviço público é dinâmico, variando de acordo com a situação social e econômica de um país e que, nos termos da Constituição Federal, o Estado somente vai exercer atividade econômica em sentido estrito nos casos definidos na Lei Maior. Reserva-se, portanto, a fiscalização e a regulação ao Estado.

⁴² *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, p. 123.

⁴³ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

⁴⁴ *Introdução ao Direito das Agências Reguladoras*, p. 6.

5 ESTADO REGULADOR

No Brasil a regulação como hoje é exercida teve início em razão do Programa Nacional de Desestatização (PND).

A economia depende de ações do Estado para que seja equilibrada. Nas hipóteses em que há livre iniciativa, deve-se buscar a concorrência. Nos casos em que os serviços públicos são prestados por particulares, deverá haver fiscalização na sua prestação.

O Professor Sérgio Guerra ensina que o Estado tem o poder-dever de intervir na economia e corrigir as falhas de mercado, protegendo valores que estão na Constituição Federal:

Com efeito, de acordo com os princípios e valores previstos em nossa Carta Constitucional, o Estado tem o poder-dever de intervir no mercado, regulando as atividades econômicas com vistas a combater as falhas de mercado, de modo a evitar que o abuso do poder econômico ponha em risco a realização de outras garantias e valores constitucionalmente protegidos.⁴⁵

Assim, por ser um poder-dever, não há faculdade do Estado e sim uma obrigação que deve se cumprida para que os fins sejam atingidos.

A regulação deve buscar o equilíbrio. E, esse equilíbrio é buscado de duas formas: a) através de um diálogo com os entes regulados; e b) através da estabilidade que deve existir na regulação⁴⁶. Tudo isso com total transparência.

Não se deve esquecer que a regulação deve buscar também a justiça social:

Mas falar em Estado Regulador não significa referência apenas ao aspecto de sua intervenção indireta no domínio econômico (regulação econômica), mas também na ordem social, permitindo-se falar também em regulação social. (...). Não há dúvida, portanto, que a função reguladora abrange a regulação econômica e a regulação social.⁴⁷

⁴⁵ *Introdução ao Direito das Agências Reguladoras*, p. 9

⁴⁶ Nesse sentido: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 49.

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 25.

Segundo o Professor Alexandre Santos de Aragão a regulação pode abranger três campos: sobre os monopólios, sobre competição de mercado, e sobre a fiscalização do serviço público:

A regulação, sob quaisquer destas formas, possui três principais searas: (a) a regulação dos monopólios, quando a competição é restrita ou inviável, evitando que eles lesem a economia popular, controlando os preços e a qualidade dos serviços ou produtos; (b) regulação para a competição, como forma de assegurar a livre concorrência no setor privado e, o seu direcionamento na senda deste; e (c) regulação dos serviços públicos, assegurando a sua universalização, qualidade e preço justo.⁴⁸

A previsão do Estado Regulador no direito brasileiro está no artigo 174, *caput*, da Constituição Federal,

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

É importante esclarecer que o Estado Regulador não “extinguiu” o Estado Democrático e o Estado Social. O que ocorreu foi uma necessidade de se adotar uma nova fórmula de intervenção na economia, que difere do Estado Democrático e do Estado Social⁴⁹.

⁴⁸ *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, p. 27.

⁴⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 6.

6 SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

6.1 No âmbito internacional

Ensina a Professora Dinorá Adelaide Mussetti Grotti⁵⁰ que a figura denominada de agência reguladora surgiu aproximadamente em 1834, na Inglaterra, com a Revolução Industrial. A ideia era a autonomia do ente administrativo. Influenciados pelos ingleses, os americanos, no ano de 1887, adotaram a ideia das agências reguladoras.

Nos Estados Unidos existem as “independent regulatory agencies” (ou “independent regulatory comission”) e as “executive agencies”.

As agências reguladoras brasileiras equivalem a “independent regulatory agencies” dos Estados Unidos.

É na edição da lei geral de processo administrativo, chamada de *Administrative Procedural Act* (APA), em 1946, que as agências americanas foram delineadas.

Citando mais uma vez as lições da Professora Dinorá Adelaide Mussetti Grotti⁵¹, pode-se dizer que as *agencies* nos Estados Unidos passaram por quatro fases:

a) Primeira fase: ocorrida em 1887, em razão de tarifas excessivas do transporte ferroviário, e os fazendeiros do oeste do país que queriam legislar sobre o tema. A matéria foi regulada. Criou-se, então a ICC – *Interstate Commerce Commission* (que foi extinta em 1995), que não distinguia das demais agências. Em 1889 foi assegurada a autonomia da referida agência ao prescrever que os membros não poderiam ser demitidos *ad nutum*, ou seja, estava garantida o exercício da função do membro até o término do mandato.

A ICC – *Interstate Commerce Commission* foi a primeira agência dos Estados Unidos.

b) Segunda fase: ocorrida entre 1930 e 1945. Nesse período houve uma grande intervenção das agências na economia. Nos anos de 1930 e 1940 foram criadas diversas agências que atuaram em diversos setores da economia americana. É o

⁵⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Agências Reguladoras: uma visão crítica e atual. *Boletim de Direito Administrativo*, p. 883 a 890, ago. 2005.

⁵¹ *Ibidem*.

período do New Deal, instituído pelo Presidente Roosevelt. Nesta fase, as agências reguladoras americanas tiveram um grande prestígio no país.

c) Terceira fase: ocorrida no período de 1945 a 1965. Nesse período foi criada uma lei geral de procedimento administrativo, a APA – *Administrative Procedural Act*. Com essa norma, os processos decisórios das agências foram uniformizados.

d) Quarta fase: ocorrida no período de 1965 a 1985. Nesse período a grande influência das empresas dos setores regulados quase que determinam o conteúdo da regulação. É o que se denomina “captura das agências”. Por esse motivo, as agências reguladoras foram severamente criticadas.

A partir do ano de 1985 até os dias atuais, houve a consolidação da independência das agências, porém com controles externos.

6.2. No Brasil

O Brasil copiou o modelo de países estrangeiros de agências reguladoras, principalmente dos Estados Unidos, como explica a Professora Dinorá Adelaide Mussetti Grotti:

Por influência do direito alienígena, precipuamente do direito norte-americano, a partir de 1996 são criadas as agências setoriais de regulação, dotadas de autonomia e especialização, com a natureza jurídica de autarquias com regime especial, vinculadas a uma particular concepção político-ideológica, que visa a impedir influências políticas sobre a regulação e disciplina de certas atividades administrativas.⁵²

No ano de 1995, foi elaborado pela Presidência da República o documento chamado de “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”⁵³, cujo objetivo era nortear a reforma do Estado. Neste documento, fala-se em função reguladora do Estado brasileiro e em “agências autônomas”:

Reformar o aparelho do Estado significa garantir a esse aparelho maior governança, ou seja, maior capacidade de governar, maior condição de implementar as leis e políticas públicas. Significa tornar muito mais eficientes as atividades exclusivas de Estado, através da transformação das autarquias em “agências autônomas”, e tornar também muito mais eficientes os serviços sociais competitivos ao transformá-los em organizações públicas não-estatais de um tipo especial: as “organizações sociais”.

⁵² O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988, p. 156.

⁵³ Disponível em <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>> Acesso em 12 de março de 2015.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado prevê que as agências autônomas, como o próprio nome informa, tenha liberdade na sua própria administração. Além disso, na escolha do dirigente deverá ser considerado primordialmente e de forma rigorosa o profissionalismo do indicado ao cargo:

Transformar as autarquias e fundações que possuem poder de Estado em agências autônomas, administradas segundo um contrato de gestão; o dirigente escolhido pelo Ministro segundo critérios rigorosamente profissionais, mas não necessariamente dentro do Estado, terá ampla liberdade para administrar recursos humanos, materiais e financeiros colocados à sua disposição, desde que atinja os objetivos qualitativos e quantitativos (indicadores de desempenho) previamente acordados.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado ainda dispõe que as agências autônomas devem alvejar o resultado e que serão aparelhadas para tanto:

A modernização da gestão se fará através de implantação de laboratórios especialmente nas autarquias voltadas para as atividades exclusivas do Estado, visando iniciar o processo de transformação em agências autônomas, ou seja, em agências voltadas para resultados, dotadas de flexibilidade administrativa e ampla autonomia de gestão.

Na década de 90 começaram a surgir no Brasil as agências reguladoras, porém a regulação não surgiu com elas.

7 REGULAÇÃO

7.1 Conceito de regulação

A regulação foi introduzida no Brasil a partir do Programa Nacional de Desestatização, conforme explica a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

No direito brasileiro, o vocábulo *regulação* surgiu com o movimento de Reforma do Estado, especialmente quando, em decorrência da privatização de empresas estatais e da introdução da idéia de competição entre concessionárias na prestação de serviços públicos, entendeu-se necessário “regular” as atividades objeto de concessão a empresas privadas, para assegurar a regularidade na prestação dos serviços e o funcionamento equilibrado da concorrência.⁵⁴

Na regulação o Estado é quem fixa as regras porque ele intervém na economia visando o fim público. As regras (que pressupõem um controle) são destinadas a um determinado setor para o equilíbrio de determinado sistema.

Para a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “é possível definir-se a regulação econômica como o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade privada pelo Estado, com a finalidade de estabelecer o funcionamento equilibrado do mercado.”⁵⁵ Acrescenta a referida Professora que o conceito de regulação no âmbito jurídico abrange a regulação econômica e a regulação social, podendo ser conceituada como “o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público.”⁵⁶

O Professor Alexandre Santos de Aragão conceitua a regulação estatal da economia da seguinte forma:

a regulação estatal da economia como o conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e os orientando em direções socialmente desejáveis.⁵⁷

Para Gesner Oliveira, Bruno Werneck e Eduardo Luiz Machado,

⁵⁴ *Direito regulatório: temas polêmicos*, p. 20.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 21

⁵⁶ *Ibidem*, p. 22

⁵⁷ *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, p. 40.

A regulação pode ser definida como a imposição de regras que disciplinam a atuação dos agentes econômicos em um dado mercado. E as agências reguladoras podem ser definidas como instituições dotadas do poder de formular regras que disciplinam a conduta dos agentes econômicos, com vistas a aperfeiçoar o desempenho do setor regulado, contribuindo para o desenvolvimento do país.⁵⁸

O conceito de regulação elaborado pelo doutrinador Paulo Todescan Lessa Mattos engloba o aspecto econômico e social da regulação

(...) a *regulação* pode ser entendida como *técnicas administrativas de correção de “falhas de mercado”* e *técnicas administrativas de estabilização e desenvolvimento econômico*, identificadas pela teoria econômica, incluindo no segundo conjunto a correção de problemas distributivos e o planejamento econômico, ou *técnicas administrativas de promoção de valores sociais e culturais* não relacionados diretamente ao funcionamento do sistema econômico, mas com efeitos também sobre a organização de mercados.⁵⁹

Conforme entendimento de Ricardo Marcondes Martins, “o regulador age sobre o sistema orgânico, e não sobre si mesmo”, portanto, a “*regulação administrativa*: é uma atividade estatal voltada aos particulares, à esfera de liberdade destes, e não à atuação do Estado. É, pois, em poucas palavras, uma *atividade externa*.”⁶⁰

Assim, a regulação somente é possível quando dirigida a particulares. E, no caso da regulação nos serviços públicos, ela somente é admissível quando a sua prestação ocorrer de forma indireta, ou seja, através da concessão, permissão e autorização.

Em sentido lato, pode-se dizer que o campo de atuação da regulação econômica refere-se a:

- a) prestação de serviço público;
- b) monopólios constitucionais (exemplo, exploração mineral, de petróleo);
- c) serviços públicos compartilhados, não exclusivos do Estado;
- d) atividade privada regulamentada. É regulamentada em razão do interesse público da atividade. Exemplo: planos de saúde; e

⁵⁸ *Agências Reguladoras: A Experiência Internacional e a Avaliação da Proposta de Lei Geral Brasileira*. Disponível em <<http://www.portaldaindustria.com.br/cni/publicacoes-e-estatisticas/publicacoes/2012/09/1,8335/agencias-reguladoras-a-experiencia-internacional-e-a-avaliacao-da-proposta-de-lei-geral-brasileira.html>> Acesso em 11 de fevereiro de 2015, p. 22.

⁵⁹ *O Novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*, p. 42.

⁶⁰ *Regulação Administrativa à Luz da Constituição Federal*, p. 115

e) atividade privada não sujeita a regulação setorial. Aqui será aplicada a regulação concorrencial.

Conclui-se que a regulação tem função corretiva da atividade de mercado, consistindo na elaboração de regras dirigidas aos agentes econômicos. O norte dessas regras é o equilíbrio de mercado e o interesse público.

7.2 Objetivos da regulação

Há duas teorias sobre a regulação: a Escola de Interesse Público e a Escola Neoclássica da Regulação.

Na Escola de Interesse Público, como o próprio nome diz, busca o interesse público no seu sentido amplo.

Na Escola Neoclássica da Regulação ou Escola Econômica da Regulação o que se busca é a eficiência do mercado.

O Professor Ricardo Marcondes Martins ensina que há três formas de regulação estatal:

A regulação administrativa refere-se à atividade econômica: é a interferência da Administração Pública sobre a atividade econômica. Como já antecipado (supra, II/6.4.4), essa interferência pode dar-se por três formas: pela restrição ao direito fundamental à liberdade econômica; pela indução ao exercício ou não exercício desse direito; pela exploração estatal da atividade econômica. Noutras palavras: a regulação pode dar-se por direção ou ordenação; por indução ou fomento; por participação ou exploração direta.⁶¹

Nas ciências econômicas, Adam Smith apresentou uma metáfora que configura a manutenção do equilíbrio do mercado através de uma “mão invisível.” Entretanto, ela é falha. Por esse motivo, entra a regulação do Estado para manter o equilíbrio de mercado.

É com a regulação que as “falhas de mercado” serão corrigidas, que o desenvolvimento econômico aparecerá, e, sob o aspecto social, haverá a busca de valores sociais e culturais.

7.3 Possibilidades de regulação

⁶¹ *Regulação Administrativa à Luz da Constituição Federal*, p. 240.

O Professor Alexandre Santos de Aragão enumera quais são as possibilidades de regulação da economia:

Condensando o exposto até o momento, podemos enumerar como possibilidades de regulação *lato sensu* da economia, (a) a regulação estatal, feita pelas regras emitidas por órgãos e entidades do próprio Estado, mesmo que deles participem representantes de organismos intermédios da sociedade; (b) a regulação pública não estatal, feita por entidades da própria sociedade, mas por delegação ou por incorporação das suas normas ao ordenamento jurídico estatal; (c) autorregulação, levada a cabo autonomamente por instituições privadas, geralmente associativas (autorregulação associativa), sem qualquer delegação ou chancela estatal; (d) a desregulação, consistente na ausência de regulação institucionalizada, pública ou privada, ficando os agentes sujeitos apenas ao livre desenvolvimento do mercado.⁶²

Assim, a regulação pode ser realizada por particular através de delegação do Estado, como por exemplo, os conselhos profissionais, o Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS. Neste caso, as normas serão editadas pelo particular e terá força coercitiva sobre os regulados.

É importante esclarecer que a regulação efetuada por particular não é igual a regulação efetuada por entidades estatais. Pode-se citar que o poder de polícia é dado somente a entidades estatais, sendo indelegável.

Verifica-se, portanto, que a regulação não é realizada única e exclusivamente tarefa do Estado.

7.4 Regular e regulamentar

Regular e regulamentar são conceitos distintos.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua regulamento como sendo

*Ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública.*⁶³

A Constituição Federal prevê o regulamento no artigo 84, inciso VI, “a”, da seguinte forma:

⁶² *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, p. 35.

⁶³ *Curso de Direito Administrativo*, p. 347.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

- a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
- b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

O regulamento depende da lei, ou seja, ele é subordinado à lei. Isso pode ser comprovado no inciso IV, do artigo 84, da Constituição Federal, que prevê como competência privativa do Presidente da República “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

A autora Carolina Gabas Stuchi entende que a regulamentação está dentro da regulação e que as agências reguladoras não emitem regulamentos, portanto, não há violação ao artigo 84, IV, da Constituição Federal (competência privativa do Presidente da República).⁶⁴

O Professor Ricardo Marcondes Martins ensina que:

Retoma-se: regulação administrativa nada tem a ver com *regulamentação*; refere-se à edição de normas administrativas concretas. Pode ser que as ponderações concretas, resultantes da *regulação*, importem a enunciação de regras abstratas (regras de procedência condicionada), quer dizer, o exercício de função normativa. São, porém, inconfundíveis: função normativa da Administração e função administrativa reguladora.⁶⁵

Embora as normas referentes à regulação e as regulamentações são emanadas do Poder Executivo, ambas são distintas, possuindo cada uma delas características próprias.

⁶⁴ Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 95.

⁶⁵ *Regulação Administrativa à Luz da Constituição Federal*, p. 113.

8 A REGULAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88

A regulação na Constituição Federal está prevista no seu artigo 174, *caput*:

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

Note-se que a Constituição Federal não fala em agência reguladora, mas em agente regulador da atividade econômica.

Entretanto, há outros dispositivos na Constituição Federal que tratam de regulação, como o artigo 21, inciso XI, e artigo 177, parágrafo 2º, inciso II. Eles mencionam o termo “órgão regulador”, servindo do fundamento legal para a instituição de agência reguladora.

Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;”

Art. 177. Constituem monopólio da União:

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

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;

O artigo 21, inciso XI, da Constituição Federal trata da regulação do serviço público, e o artigo 177, parágrafo 2º, da Constituição Federal, trata da regulação sobre os monopólios.

Vale esclarecer que, embora a Constituição Federal preveja apenas a criação da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações e da ANP – Agência Nacional do Petróleo, outras poderão ser criadas, desde que mediante lei específica. Esse é o entendimento da Professora Dinorá Adelaide Musetti Grotti:

no meu modo de ver, não há nenhum empecilho no fato da autarquia surgir por legislação infraconstitucional. A Constituição não fala agência reguladora, fala órgão regulador.⁶⁶

É importante mencionar, ainda, que a Constituição Federal, no seu artigo 170⁶⁷, trouxe os princípios da ordem econômica, os quais devem ser levados em consideração quando for realizar a regulação, tanto econômica quanto social.

⁶⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Agências Reguladoras: uma visão crítica e atual. *Boletim de Direito Administrativo*, p. 883 a 890, ago. 2005.

⁶⁷ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
I - soberania nacional;
II - propriedade privada;
III - função social da propriedade;
IV - livre concorrência;
V - defesa do consumidor;
VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
VIII - busca do pleno emprego;
IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.
Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

9 AGÊNCIA REGULADORA NO BRASIL

Em primeiro lugar, é importante esclarecer que a regulação não é novidade no Direito Brasileiro.

Antes dos anos 90, havia diversos entes reguladores no Brasil, mas não com as características das atuais. Podem ser citados como exemplos de entes reguladores, o Comissariado de Alimentação Pública (criado em 1919), o Instituto de Defesa Permanente do Café (criado em 1923), o Banco Central do Brasil (criado em 1964).

As agências reguladoras como conhecemos hoje são frutos do Programa Nacional de Desestatização, ou seja, de uma necessária reforma do Estado que foi iniciado na década de 90, conforme ensina Floriano de Azevedo Marques Neto:

O surgimento das agências entre nós não decorre (como chega a sustentar felinamente parte da doutrina) de um modismo ou uma mudança perfunctória na estrutura da Administração Pública. Foi fruto, isto sim, de uma profunda mudança na relação do aparelho estatal com a sociedade, particularmente com a ordem econômica.⁶⁸

A Professora Dinorá Adelaide Musetti Grotti aponta como motivo para a criação das agências reguladoras no Brasil a segurança econômica para os investidores estrangeiros:

(...) Em síntese, foram criadas por exigência dos investidores estrangeiros, pois no Brasil houve a abertura para o capital estrangeiro para prestação dos serviços por concessionárias particulares e não mais estatais, e nesse contexto de mudança, os investidores queriam uma garantia de que haveria uma continuidade da política econômica traçada pelo Governo.⁶⁹

Ressalte-se que havia a tendência internacional e a necessidade de atrair investimentos para o Brasil.

A escolha pelo modelo de agência regulação foi política. O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado⁷⁰ fala em transformação da autarquia em “agências autônomas”, conforme anteriormente exposto neste trabalho.

⁶⁸ *Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico*, p. 23.

⁶⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Agências Reguladoras: uma visão crítica e atual. *Boletim de Direito Administrativo*, p. 883 a 890, ago. 2005.

⁷⁰ Disponível em <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>> Acesso em 12 de março de 2015.

Num primeiro momento, a criação das agências reguladoras foi necessária atrair investimentos e corrigir o mercado. Passado essa primeira fase, foi necessária a melhor eficiência do Estado e a sua modernização.

O Professor Floriano de Azevedo Marques Neto⁷¹ entende que a utilização da palavra “agencies”, utilizada nos Estados Unidos e trazida para o Brasil, não foi das melhores. Primeiro, porque nem nos Estados Unidos o termo é claro e explicativo. Segundo, porque é difícil o encache no direito brasileiro, pois a) a palavra “agência” já foi utilizada em outras ocasiões para atividades sem qualquer relação com a regulação, b) rejeição por alguns doutrinadores por ser um termo do direito estrangeiro, entendendo que poderia ser aplicado no direito brasileiro; c) a Constituição Federal não fala em “agência reguladora”, mas sim em “órgão regulador”. O Professor prefere utilizar o termo “Autoridades Reguladoras Independentes”.

Em que pese as considerações retro, hoje no Brasil utiliza-se o termo “agências reguladoras” para designar os órgão reguladores surgidos na década de 90.

As agências reguladoras atuais, conforme lição da Professora Dinorá Adelaide Musetti Grotti, se distanciou de seus objetivos iniciais, que eram a regularização dos monopólios e a universalização dos serviços públicos:

Nós verificamos, também, várias fases de criação dessas agências reguladoras no Brasil. Em um primeiro momento, junto com a privatização que ocorreu, nos verificamos que surgiram a Aneel, Anatel e Antt. Atribuições dessas agências: a rigor, é fácil de entender, pois elas surgiram por exigência dos investidores estrangeiros, que queriam uma continuidade da política econômica. Assim, elas surgem para uma regularização dos monopólios, pois é introduzida a competição, inclusive, na prestação dos serviços públicos e, também, como regulação social, ou seja, para disciplinar a universalização dos serviços públicos. Depois, houve a criação de várias agências distanciadas deste contexto inicial.

(...) Mas como eu dizia, a verdade é que se desvirtuaram aqueles referenciais para a criação das agências; então, nós temos agências que disciplinam atividades que são consideradas serviços públicos, ou atividades econômicas, atividades de fomento, poder de polícia e, desta forma, perdeu-se um pouco, vamos dizer, o porquê, a ligação

⁷¹ *Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico*, p. 53.

do surgimento destas agências e do momento em que elas surgiram.⁷²

No mesmo sentido é a visão do Professor Alexandre Santos de Aragão. Ele ensina que as primeiras agências reguladoras brasileiras foram criadas para a regulação de serviços públicos que foram desestatizados. Após, houve a criação de agências reguladoras para a regulação de atividades econômicas em sentido estrito:

Admitimos, portanto, que as agências reguladoras foram, em um primeiro momento, adotadas no Brasil em decorrência da desestatização de serviços públicos, o que está muito longe de significar que sejam por essência um instrumento de desregulação ou da desestatização, até mesmo porque logo começaram a ser criadas agências reguladoras, não mais de serviços públicos, mas de atividades econômicas strictu sensu, que propiciaram um aumento da intervenção estatal sem precedentes nestes setores (por exemplo, a regulação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS sobre os planos de saúde privados).

Sendo assim, podemos constar que, passados alguns anos da criação das primeiras agências reguladoras, revela-se que a busca deste modelo organizativo destina-se a regular, antes do que especificamente serviços públicos desestatizados, as atividades que em geral possuem uma especial sensibilidade para a coletividade; atividades a respeito das quais os interesses são fortes, múltiplos e conflitantes, notadamente as que possuem elevado potencial de comoção da opinião pública, entre as quais se incluem, obviamente, os serviços públicos.⁷³

Não se pode esquecer que o objetivo da agência reguladora independente da fase em que está é o interesse público.

O que difere as agências reguladoras criadas antes dos anos 90 e as atuais, segundo Paulo Todescan Lessa Mattos, são os seguintes pontos:

(i) o desenho institucional e os procedimentos decisórios das *agências reguladoras* diferem dos órgãos reguladores até então existentes no Brasil; e (ii) os mecanismos administrativos previstos para regulação de mercados e os pressupostos teóricos que estão na base da criação das *agências reguladoras* diferem dos mecanismos e pressupostos que orientam a atuação dos demais órgãos reguladores que encontramos no direito brasileiro, em cada momento da história econômica do País.⁷⁴

⁷² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Agências Reguladoras: uma visão crítica e atual. *Boletim de Direito Administrativo*, p. 883 a 890, ago. 2005.

⁷³ *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, p. 274.

⁷⁴ *O Novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*, p. 144.

As novas agências reguladoras possuem características novas como o amplo poder normativo, de fiscalização e de aplicação de sanção, de resolução de conflitos, maior independência política frente ao Poder Executivo, decisões técnicas decorrentes da especialização em relação a determinado assunto.⁷⁵

Em suma, a diferença está na maior autonomia e independência que as agências reguladoras criadas a partir da década de 90 possuem.

⁷⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Agências Reguladoras: uma visão crítica e atual. *Boletim de Direito Administrativo*, p. 883 a 890, ago. 2005.

10 CONCEITO DE AGÊNCIA REGULADORA

Alexandre Santos de Aragão conceitua agência reguladora da seguinte forma:

(...) podemos conceituar as agências reguladoras independentes brasileiras como sendo as **autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias** (cf. Capítulo I) 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 nutum*.**⁷⁶

Por ser autarquia, a agência reguladora configura uma descentralização administrativa. Porém, é autarquia em regime especial, ou seja, possui maior autonomia administrativa se comparada à autarquia comum.

A autarquia não é um novo modelo organizacional da Administração Pública. Inclusive o Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, já trazia o seu conceito legal no artigo 5º, inciso I, como sendo “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”. Abrindo um pequeno parênteses, este conceito legal é considerado falho, pois não diz que a personalidade jurídica deve ser de direito público, ou seja, a autarquia deve ser necessariamente pessoa pública administrativa.

O Professor Alexandre Santos de Aragão⁷⁷ explica que o motivo pelo qual as agências reguladoras terem sido classificadas como autarquias em regime especial, referem-se à necessidade de se ter maior autonomia e agilidade no exercício de suas funções. Entretanto, é imprescindível que a lei de criação da agência reguladora preveja essa maior autonomia e independência. O fato da agência reguladora ter a natureza jurídica de autarquia em regime especial não significa que será autônoma e independência. Frise-se, vai depender do que a lei prever.

⁷⁶ *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, p. 281.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 279.

O legislador optou por classificar a agência reguladora como autarquia porque estas possuem função coercitiva⁷⁸. Ademais, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado⁷⁹ previa a transformação das autarquias em agências autônomas, como já mencionado neste trabalho.

Hely Lopes Meirelles acrescenta que a necessidade da escolha da agência reguladora ser uma autarquia diz respeito à autonomia e independência em relação à Administração direta, consistente no mandato fixo de seus dirigentes, na receita própria que possui, no poder de normatizar as matérias técnicas de sua competência:

Como se disse, todas essas agências foram criadas como *autarquias sob regime especial*, considerando-se o *regime especial* como um conjunto de privilégios específicos que a lei outorga à entidade para a consecução de seus fins. No caso das *agências reguladoras* até agora criadas no âmbito da Administração Federal esses privilégios caracterizam-se basicamente pela *independência administrativa*, fundamentada na estabilidade de seus dirigentes (mandato fixo), *autonomia financeira* (renda própria e liberdade de sua ampliação) e *poder normativo* (regulamentação das matérias de sua competência). Entendeu-se indispensável a outorga de amplos poderes a essas autarquias, tendo em vista a enorme relevância dos serviços por elas regulados e fiscalizados, como também o envolvimento de poderosos grupos econômicos (nacionais e estrangeiros) nesses atividades.⁸⁰

Convém frisar que as agências reguladoras só podem ser criadas através de lei. Entretanto, a ANCINE – Agência Nacional de Cinema foi criada por uma Medida Provisória, qual seja, a Medida Provisória nº 2.228, de 6 de setembro de 2001.

Embora possuindo autonomia em relação à Administração Central, elas sempre estão vinculadas a algum órgão do Poder Executivo. As agências reguladoras federais aos Ministérios e as estaduais às Secretarias de Estado ou outro definido em lei. Não se trata de subordinação, controle hierárquico. O que existe uma supervisão para verificar se ela está desenvolvendo as suas atividades de acordo com os fins para a qual foi criada.

É importante saber qual o objetivo pelo qual uma agência reguladora foi criada.

⁷⁸ SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 278.

⁷⁹ Disponível em <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>> Acesso em 12 de março de 2015.

⁸⁰ *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 391.

O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que as agências reguladoras são criadas para controlar:

- a) os serviços públicos propriamente dito, como é o caso da ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica;
- b) as atividades de fomento e fiscalização de atividade privada, como por exemplo, a ANCINE – Agência Nacional de Cinema;
- c) as atividades exercitáveis para promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, como é o caso da ANP – Agência Nacional do Petróleo;
- d) as atividades que o Estado também protagoniza e que são facultadas aos particulares, como por exemplo, a ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária; e
- e) o uso de bem público, como é o caso da ANA – Agência Nacional de Águas.⁸¹

Para Floriano de Azevedo Marques Neto,

as agências representam, no direito brasileiro, os melhores exemplos da mudança de paradigma do papel do Estado (que passa ao papel de Estado regulador) e da Administração Pública (que passa a ter um papel muito mais de arbitrar conflitos e negociar com a sociedade a consecução de objetivos de interesse geral do que de ser agente do poder impositivo).⁸²

O Professor Alexandre Santos de Aragão citando Marcos Augusto Perez trouxe uma importante contribuição sobre a essência das agências reguladoras, informando que “as agências reguladoras são, em essência, organismos típicos do ‘estado de bem-estar’, voltados a monitorar a intervenção da Administração no domínio econômico, atividade que realizam através do poder regulamentar que lhes é atribuído, mas também através de função contenciosa e de fiscalização”.⁸³

Por serem autarquias em regime especial, as agências reguladoras se submetem ao regime jurídico de direito público. Portanto, por exemplo, para contratar pessoal deve realizar concurso público; para aquisição de bens ou contratação de prestação de

⁸¹ *Curso de Direito Administrativo*, p. 174.

⁸² *Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico*, p. 58.

⁸³ *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, p. 273.

serviços deve licitar; suas contas são submetidas ao Tribunal de Contas. Além disso, deve haver observância aos princípios elencados no artigo 37 da Constituição Federal e outras normas.

A relação entre regulação e políticas públicas é explicada por Marcos Juruena Villela Souto:

O mecanismo, em apertadíssima síntese, envolve o recebimento do poder político pela autoridade eleita, com as instruções de atendimento do interesse geral (mediante o acolhimento de um determinado programa político no processo eleitoral); o agente político formula a política pública que, para atender o interesse geral, deve ser executada com eficiência; aí entra a atividade regulatória, expedindo diretrizes para a eficiente implementação da política pública sufragada. Esse o limite da função regulatória, traduzindo em comandos técnicos e orientação normativa, executiva ou judicante, para a implementação de uma política pública. Não há, pois, discricionariedade ampla na atuação dos agentes econômicos, mas mera integração técnica do comando legal que reflete uma decisão política.⁸⁴

Note-se que as políticas públicas serão implementadas pelas agências reguladoras.

Cada agência reguladora vai ter a sua competência e sua estrutura definida em lei.

São as agências reguladoras que equilibrarão os interesses dos consumidores, do governo e dos agentes regulados.

No Brasil, as agências reguladoras criadas a partir dos anos 90 foram importantes, na medida em que houve uma reestruturação do serviço público a ser regulado por elas. Embora o Estado deixe de prestar o serviço público, ele não o abandona, pois vai interferir, controlar esse serviço.

⁸⁴ *Direito Administrativo Regulatório*, p.37.

11 AS ATUAIS AGÊNCIAS REGULADORAS

Não apenas a União, mas Estados-membros e municípios podem criar agências reguladoras.

As primeiras agências reguladoras criadas, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP), até hoje são extremamente importantes para a melhoria da infraestrutura brasileira.

Atualmente temos as seguintes agências reguladoras criadas por lei federal:

- a) Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), criada pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996;
- b) Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), criada pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997;
- c) Agência Nacional do Petróleo (ANP), criada pela Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997;
- d) Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999;
- e) Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000;
- f) Agência Nacional de Águas (ANA), criada pela Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000;
- g) Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), criada pela Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001;
- h) Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), criada pela Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001;
- i) Agência Nacional de Cinema (ANCINE), criada pela Medida Provisória nº 2.228, de 6 de setembro de 2001;
- j) Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), criada pela Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005.

Como já afirmado, os Estados-membros também possuem competência para criarem as agências reguladoras. Na sua maioria elas são multissetoriais, ou seja, regulam diversas atividades. No Estado de São Paulo tem-se a Agência Reguladora

de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (ARSESP) e a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP).

No Brasil também há a possibilidade de criação de agências municipais. As que estão na região sudeste são:

- a) Agência Reguladora do Serviço de Água, Esgotos e Resíduos de Guaratinguetá (ARSAEG);
- b) Agência Reguladora de Serviços Delegados do Município da Estância Turística de Itu (AR-ITU);
- c) Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí (ARES – PCJ);
- d) Agência Reguladora dos Serviços de Água e Esgotos de Mauá/SP (ARSAE);
- e) Agência Reguladora de Serviços Públicos de Porto Ferreira (ARPF).

12 FUNÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras possuem:

- a) função judicante: decidindo conflitos entre regulados e usuários ou entre o Poder Público;
- b) função normativa: edição de normas abstratas a serem observadas; e
- c) função executiva: consistente no poder de fiscalização, poder de sanção e na revisão de tarifas, por exemplo.

12.1 Função judicante das agências reguladoras

O poder judicante que as agências reguladoras possuem tem a finalidade de resolver os conflitos entre os regulados e usuários ou entre o Poder Público.

O fundamento para a existência da função judicante é a *expertise* que as agências reguladoras possuem. Além disso, o conflito compromete a regulação, que necessita de uma uniformidade e consistência na aplicação e interpretação de normas regulatórias.

Na resolução de conflitos, devem estar presentes a independência da agência reguladora, a imparcialidade dos dirigentes, a transparência da decisão e o tratamento paritário das partes envolvidas.

Na função judicante, os dirigentes das agências reguladoras analisarão o conflito com base nas normas regulatórias e proferirá uma decisão. Para tanto é aberto um processo administrativo em que todas as garantias processuais são asseguradas, inclusive o contraditório e a ampla defesa.

Aqui a decisão não tem força de coisa julgada material. É perfeitamente passível de revisão pelo Poder Judiciário, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal⁸⁵.

Cada agência reguladora disciplinará o procedimento que deverá ser seguido para que a função de resolução de conflitos seja realizada a contento, sempre tendo como nortes as regras gerais do processo administrativo.

⁸⁵ “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

A função de resolução de conflitos que as agências reguladoras possuem não é igual a que possui o Poder Judiciário. O Judiciário julgará a questão que lhe é posta, com base nas provas e nas alegações levadas pelas partes. No caso da agência reguladora, ela decide mais que conflito entre as partes, mas também sobre os setores envolvidos⁸⁶.

Alexandre Santos de Aragão citando Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que os processos decisórios das agências reguladoras devem caracterizar-se pela “possibilidade de admissão dos administrados e de terceiros ao debate e negociação, abrindo espaço jurídico ao ajuste de interesses entre Administração e administrados e uma nova alternativa à via contenciosa”⁸⁷.

A função judicante deve estar prevista na lei de criação de cada agência reguladora. Entretanto, a Lei nº 8.987/95 prevê no artigo 23, inciso XV, que é cláusula essencial do contrato de concessão aquelas relativas “ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais”.

Para a resolução de conflito, a agência reguladora pode se valer da mediação. Na mediação, uma pessoa imparcial efetua um diálogo com as pessoas envolvidas, podendo estes chegar a uma solução ou não. É importante esclarecer que o mediador não dá a sua opinião técnica sobre o assunto e não pode induzir um acordo. Será uma decisão espontânea dos envolvidos.

A possibilidade de se recorrer à arbitragem depende de lei, em razão da indisponibilidade do interesse público. A título exemplificativo, a Agência Nacional do Petróleo, possui autorização para utilizar a arbitragem, conforme artigo 20, da Lei nº 9.478/97⁸⁸.

Alexandre Santos de Aragão faz um alerta:

O que devemos observar é que, quando não houver a expressa previsão legal da flexibilização do exercício dos poderes das agências reguladoras, a adoção de mecanismos consensuais ou alternativos, apesar de não poder ser afastada *a priori*, deve,

⁸⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 339.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 341.

⁸⁸ “Art. 20. O regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento.”

inclusive em razão dos riscos de captura das agências (cf. Item 11.8), ser vista com redobrada cautela, admitida apenas quando, diante do caso concreto, estes se revelarem claramente mais consentâneos com os valores e finalidades tuteladas pela agência.⁸⁹

A função judicante é muito importante, pois é através dela que as demandas no Poder Judiciário referentes às questões regulatórias poderão ser diminuídas, a decisão proferida pela agência reguladora trará mais segurança aos envolvidos, uma vez que a matéria a ser deliberada é técnica, sendo decidida por especialistas no assunto.

12.2 Função normativa das agências reguladoras

A questão do poder normativo que as agências reguladoras possuem não é pacífica dentre os doutrinadores.

Convém mencionar que alguns doutrinadores que defendem o poder normativo das agências reguladoras fundamentam o seu entendimento na existência de regulamento autônomo no Brasil, ou seja, a competência regulamentar não seria exclusiva do chefe do Poder Executivo.

Outros doutrinadores defendem que não é possível existir no Brasil o regulamento autônomo, porque fere o princípio da separação dos poderes.

A função normativa é típica do Poder Legislativo (princípio da separação dos poderes de Montesquieu). Porém, o Poder Executivo poderá de forma atípica legislar (sistema de freios e contrapesos).

Nos termos da Constituição Federal os órgãos administrativos terão função normativa na hipótese do artigo 25 do ADCT, dos artigos 87, parágrafo único, II, 207, 21, XI, 177, parágrafo 2º, III.

Em que pese os entendimentos sobre a questão, o Poder Legislativo pode delegar o exercício do poder normativo para as agências reguladoras, desde que haja lei de iniciativa do Poder Executivo. O Poder Legislativo fixa os termos gerais e as agências fazem as especificações. Ademais, em razão do princípio da eficiência, previsto constitucionalmente, é possível a delegação direta de competência ao órgão, no caso do presente estudo, à agência reguladora.

⁸⁹ *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, p. 343.

A agência reguladora trabalha com questões técnicas e, por este motivo, ninguém é melhor do que ela para mostrar os conceitos, disciplinar comportamentos em virtude da tecnicidade. É o que entende a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Como último aspecto, é importante ressaltar a possibilidade que se reconhece às agências, do mesmo modo que sempre se reconheceu a inúmeros órgãos e entidades administrativas no direito brasileiro (como o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central, o Conselho Nacional de Educação e tantos outros) de, por meio de atos normativos, interpretar ou explicitar conceitos indeterminados, especialmente de natureza técnica, contidos em lei e regulamentos. Trata-se de conceitos que se inserem na idéia de especialização das agências, exigindo definição mais precisa, porém sem inovar na ordem jurídica.

O que as agências não podem fazer, porque falta o indispensável fundamento constitucional, é baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando direitos individuais, substituindo-se ao legislador. Esse óbice constitui-se no mínimo indispensável para preservar o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica.⁹⁰

O alerta é para que a agência reguladora não inove no mundo jurídico, porque isso é matéria de lei, nos termos do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal⁹¹.

Os conceitos e normas técnicas não podem ter cunho político. Isso porque, a regulação exige conhecimentos técnicos e especializados, para o atingimento da eficiência.

Entende Hely Lopes Meirelles que os atos normativos das agências reguladoras devem estar em consonância com a lei e decretos:

Tem-se debatido sobre o poder normativo conferido às *agências*. Esse poder normativo há de se cingir aos termos de suas leis instituidoras, aos preceitos legais e decretos regulamentares expedidos pelo Executivo. Suas funções normativas estão absolutamente subordinadas à lei formal e aos referidos decretos regulamentares. Assim, o poder outorgado às agências, neste campo, visa a atender à necessidade de uma normatividade essencialmente técnica, com um mínimo de influência política.⁹²

É importante consignar que o legislador não tem condições de criar normas técnicas sobre diversos assuntos que são regulados pelas agências reguladoras:

⁹⁰ *Direito regulatório: temas polêmicos*, p. 49.

⁹¹ “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”

⁹² *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 392.

O legislador não tem, necessariamente, o conhecimento técnico nem a proximidade dos fatos ao editar a norma, que, por isso, deve se manter num plano de generalidade, para abrigar todas as situações; não é, assim, viável que adentre em detalhes; ademais, as normas sobre o funcionamento de mercados tendem a ser normas técnicas, econômicas e financeiras, que mudam com a evolução tecnológica ou comercial; se a lei cuidasse de cada detalhe, estaria constantemente desatualizada e provocaria a frequente necessidade de movimentação do Poder Legislativo.⁹³

Sérgio Guerra ensina que as agências reguladoras no exercício de poder normativo, possui uma função normativa secundária (a primária é somente do Poder Legislativo) e, portanto, deve observar as normas hierarquicamente superiores⁹⁴. Portanto, as agências reguladoras não podem inovar no mundo jurídico, não podem contrariar as leis e o direito. Elas terão os *standarts* para complementar, exercendo a sua função normativa⁹⁵.

No mesmo sentido é o entendimento do Professor Alexandre Santos de Aragão entende que:

Podemos ver, com efeito, que, apesar da maior ou menor magnitude de poder normativo legalmente outorgado nas suas esferas de atuação, todas as agências reguladoras – umas mais outras menos – possuem competências normativas calcadas em *standarts*, ou seja, em palavras dotadas de baixa densidade normativa, às vezes meramente habilitadoras, devendo exercer estas competências na busca da realização das finalidades públicas – também genéricas – fixadas nas suas respectivas leis.⁹⁶

O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁹⁷ ensina que a Administração Pública pode firmar relações de supremacia geral sobre os administrados e relações de supremacia especial.

A supremacia geral decorre da lei.

A supremacia especial advém de um vínculo especial com o Estado, como por exemplo, ser concessionário, estar em um hospital. Não decorre da lei, admitindo,

⁹³ Nesse sentido: SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 46.

⁹⁴ Introdução ao Direito das Agências Reguladoras, p. 42.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 43: “Vale dizer, sustentamos que as normas editadas pelas Agências Reguladoras devem obedecer aos preceitos legais, ainda que esses preceitos só contenham *standards* (e assim deve ser) a serem complementados pelas Agências Reguladoras.”

⁹⁶ Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico, p. 441.

⁹⁷ *Curso de Direito Administrativo*, p. 840.

assim, regulamentos para disciplinar esta relação. Esta norma não é abstrata. Aqui entra a relação com as agências reguladoras.

Sobre a função normativa da agência reguladora, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, que é admissível se diz respeito a aspectos técnicos e nos caos em que a relação for decorrente de supremacia especial:

Dado o princípio constitucional da legalidade, e conseqüentemente vedação a que atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica (v. Capítulo II, ns. 7 a 10), resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades não de se cifrar a aspectos estritamente técnicos, que estes, sim, podem, na forma da lei, providir de providências subalternas, conforme se menciona no Capítulo VI, ns. 35-38, ao tratar dos regulamentos. Afora isto, nos casos em que suas disposições se voltem para concessionários ou permissionários de serviço público, é claro que podem, igualmente, expedir as normas e determinações de alçada do poder concedente (cf. Capítulo XII, ns. 40-44) ou para quem esteja incluso no âmbito doméstico da Administração. Em suma: cabe-lhes expedir normas que se encontrem abrangidas pelo campo da chamada “supremacia especial” (cf. Capítulo XIV, ns. 12 a 15).⁹⁸

Complementando os ensinamentos do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, vale transcrever trecho de sua obra, onde mostra a impossibilidade de criação de lei para todas as condutas:

É igualmente reconhecível que nas situações referidas, ou em muitas delas, seria *impossível, impróprio e inadequado* que todas as convenientes disposições a serem expedidas devessem ou mesmo pudessem estar previamente assentadas em lei e unicamente em lei, com exclusão de qualquer outra fonte normativa. Exigência dessa ordem, simplesmente estaria a pretender do Legislativo uma tarefa inviável, qual seja, a de produzir uma miríade de regras, ademais extremamente particularizadas, dependentes de situações peculiares, e muitas vezes cambiantes, cuja falta, insuficiência ou inadaptação literalmente paralisariam as atividades públicas ou instaurariam o caos. Deveras, não se vê como o Legislativo, afora perceptivos gerais, poderia estatuir todas as disposições minuciosamente regedoras do funcionamento das mais variadas Faculdades, Museus, Bibliotecas, Teatros, Hospitais, Asilos e outros estabelecimentos, bem como o regime condicionador ou repressor das condutas de quaisquer pessoas que com eles mantivessem os contatos necessários ao desfrute das utilidades que proporcionam, sem criarem uma autêntica balbúrdia e em instaurarem uma série de contrassensos ou de regras visivelmente inadaptadas às circunstâncias; e isto, mesmo na suposição de que fosse materialmente possível.⁹⁹

⁹⁸ *Curso de Direito Administrativo*, p. 176.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 842.

Os regulamentos técnicos ou de complementação é importante porque determinadas matérias dependem de uma operacionalização técnica. A técnica evolui rápido e o aprimoramento é importante para o Poder Público, em especial para a regulação. Este tipo de regulamento não é norma editada pelo Chefe do Poder Executivo, podendo ser editado pelo órgão técnico.

Um problema colocado por Paulo Todescan Lessa Mattos sobre o poder normativo é o seguinte: quando a agência reguladora normatiza, essa decisão, que é colegiada, foi realizada por pessoas não eleitas pelo povo. Ademais, essa decisão é autônoma em relação à Administração direta¹⁰⁰. Assim, segundo o doutrinador, há três posicionamentos: a) não há autorização na Constituição Federal autorizando a agência reguladora a normatizar; b) a função normativa da agência reguladora é vedada pela Constituição Federal, pois o Poder Legislativo não pode delegar a sua competência; c) o problema da separação dos Poderes não é relevante, visto que deve haver participação pública da população.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o poder normativo das agências reguladoras, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.954 Acre, cujo objeto era a declaração de inconstitucionalidade de lei estadual que disciplinou o comércio de artigos de conveniência em farmácias e drogarias.

O Ministro Marco Aurélio fez as seguintes considerações em seu voto:

Quanto ao argumento de proibição por meio da Resolução RDC nº 328, de 1999, com a redação dada pela Resolução RDC nº 173, de 2003, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, verifica-se inovação infralegal na ordem jurídica que não pode ser oposta ao exercício legislativo dos estados, sob pena de afronta ao princípio da legalidade. A circunstância de a Lei federal nº 9.782, de 1999, mediante a qual foi criada a aludida Agência, ter instituído espaço de atuação regulatória em favor da autarquia não a torna titular de atribuição tipicamente legislativa, de modo a poder expedir atos de hierarquia eventualmente superior às leis estaduais.

É importante também transcrever trecho do voto da Ministra Rosa Weber:

Acrescento que às agências não compete legislar, e sim promover a normatização dos setores cuja regulação lhes foi legalmente incumbida. Poder normativo, repita-se não é poder legislativo. A abertura ou indeterminação dos conceitos empregados nos textos normativos não pode ser interpretada como atribuição ilimitada de

¹⁰⁰ O *Novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*, p. 207.

competências discricionárias, sob pena de elevar o agente regulador à condição de superego da sociedade.

O campo no qual o agente regulador atua com liberdade tem suas margens definidas pelos conteúdos que podem ser inequivocamente extraídos, senão da letra da lei, pelo menos do propósito claro e manifesto do legislador. Para ser legítima, a atuação normativa do regulador deve ser capaz de ser justificada como a integração de uma evidente escolha legislativa. Em outras palavras, a orientação seguida pelo Administrador deve necessariamente traduzir uma escolha previamente realizada pelo Legislador, que lhe confere autoridade, e não uma interpretação possível, entre tantas outras, de conceitos jurídicos indeterminados.

Isso em absoluto significa reduzir a regulação setorial ao preenchimento de lacunas e muito menos à execução mecânica da lei. Dotada de inquestionáveis relevância e responsabilidade, a função regulatória só é dignificada pelo reconhecimento de que não é inferior nem exterior à legislação. Exercida em um espaço que se revela qualitativamente diferente daquele em que exercida a competência legiferante, a competência regulatória é, no entanto, conformada pela ordem constitucional e legal vigente.

O poder normativo atribuído às agências reguladoras pelas respectivas leis instituidoras consiste em instrumento para que dele lance mão o agente regulador de um determinado setor econômico ou social na implementação das diretrizes, finalidades, objetivos e princípios expressos na Constituição e na legislação setorial. No domínio da regulação setorial, a edição de ato normativo geral e abstrato (poder normativo) destina-se à especificação de direitos e obrigações dos particulares. Não permite a Constituição, no entanto, lhes seja emprestada força legislativa suficiente para criá-los ou extingui-los. O poder normativo atribuído às agências reguladoras vocaciona-se a *“traduzir, por critérios técnicos, os comandos previstos na Carta Magna e na legislação infraconstitucional acerca do subsistema regulado”*.

A norma regulatória deve ser compatibilizar com a ordem legal, integrar a espécie normativa primária, adaptando e especificando o seu conteúdo, e não substituí-la ou inovar na criação de direitos e obrigações. Seu domínio próprio é o do preenchimento dos espaços normativos deixados em aberto pela legislação, e não o da criação de novos espaços. Hierarquicamente subordinado à lei, o poder normativo atribuído às agências reguladoras não lhes faculta inovar *ab ovo* na ordem jurídica, mormente para *“impor restrições à liberdade, igualdade e propriedade ou determinar alteração do estado das pessoas”*.

Vale ressaltar, ainda, que, sendo uma das justificativas centrais para a emergência da regulação setorial por agências independentes o elevado grau de segurança jurídica exigido pela complexidade das relações sociais no mundo contemporâneo, admitir alto grau de discricionariedade do agente regulador ou baixa vinculação da regulação nos limites impostos pela lei contraria a sua própria finalidade institucional, passando, as agências reguladoras, de agentes estabilizadores a fatores de instabilidade jurídica.

Somente ao legislador é dado, no Estado democrático de direito, limitar o âmbito de eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, de modo a conformá-las com os demais postulados constitucionais e, ainda assim, desde que preservado o seu núcleo essencial. Das linhas gerais do mandato genérico conferido pelo legislador a um órgão regulador para normatizar, fiscalizar e controlar a oferta de um determinado produto, não é lícito deduzir uma atribuição implícita de poderes para atuar de modo a limitar sobremaneira o direito fundamental da livre iniciativa.

Verifica-se que a função normativa é extremamente importante para que as agências reguladoras atinjam o objetivo para a qual foram criadas. Entretanto, devem ser considerados os seguintes aspectos: a) as normas emanadas das agências reguladoras não podem inovar no mundo jurídico; b) devem ser técnicas, envolvendo inclusive conceitos indeterminados; c) devem observar as leis e decretos.

12.3 Função executiva da agência reguladora

A função executiva diz respeito a todos os atos que as agências reguladoras praticam para exercer as suas competências que são previstas em lei. Dentre elas, pode-se citar a fiscalização, a sanção e a revisão de tarifas.

O Professor Alexandre Santos de Aragão ensina que a função fiscalizadora está prevista na lei de criação de todas as agências reguladoras e que o seu fundamento varia de acordo com a finalidade pela qual a agência reguladora foi criada:

O fundamento da atividade fiscalizatória poderá, no entanto, variar segundo a agência seja (a) reguladora de serviços públicos, caso em que será um dever inerente do Poder Concedente, (b) reguladora da exploração privada de monopólio ou bem público, quando o fundamento da fiscalização é contratual, ou (c) reguladora de atividade econômica privada, em que a natureza da fiscalização é oriunda do poder de polícia exercido pela agência, poder este que pode ser clássico ou econômico (cf. Itens 4.11 e 4.13).¹⁰¹

Entretanto, a fiscalização é importante na medida em que o Poder Público saberá de como o fiscalizado estará atuando e, conforme o caso, aplicar a sanção cabível.

Em razão do princípio da legalidade e da tipicidade, deve haver previsão legal da sanção:

¹⁰¹ *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, p. 337.

Entendemos que a aplicação de sanções deve estar apoiada em algum dispositivo legal, ainda que genérico, ficando a graduação e a especificação das penalidades a serem normatizadas pela agência.¹⁰²

Sobre a possibilidade de fiscalizar e impor sanções, ensina Heraldo Garcia Vitta, que é em razão da supremacia especial:

Nessa condição, a Administração pode (**conteúdo** da supremacia especial): (a) editar **atos normativos**, destinados a regular a **relação jurídica** (normas internas, os regulamentos do serviço); (b) dar **ordens individuais** aos particulares; (c) **vigiar** as condutas deles, quanto ao cumprimento das normas internas; (d) **impor sanções** administrativas, se o comportamento for danoso aos serviços públicos.¹⁰³

Outra atribuição importante das agências reguladoras é proceder a revisão e reajuste de tarifas.

¹⁰² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 338.

¹⁰³ VITTA, Heraldo Garcia. A competência sancionadora das agências reguladoras no direito brasileiro: breves comentários. *Boletim de Direito Administrativo*, set. 2013.

13 AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras exercem função de Estado e não de Governo. Por exercerem atividade típica de Estado, as agências reguladoras devem gozar de independência para o pleno exercício de sua função. A relação com o Governo deve ser mínima.

Sérgio Guerra citando Vital Moreira aponta os motivos da autonomia das agências reguladoras:

A primeira seria a separação entre a política e a economia, de modo que a economia não permaneça nas mãos do Governo; a segunda seria a garantia de estabilidade e segurança no quadro regulatório (inamovibilidade do mandato dos reguladores), de modo a não depender do ciclo eleitoral, mantendo a confiança dos agentes regulados quanto à estabilidade do ambiente regulatório. Segue sustentando, como razão para a autonomia, o favorecimento do profissionalismo e a neutralidade política, mediante o recrutamento de especialistas profissionais, em vez de correligionários políticos dos governantes. Tem-se, ainda, a separação do Estado-empresário do Estado regulador, com o indispensável tratamento isonômico entre os operadores públicos e privados. Destaca-se a “blindagem” contra a captura regulatória, mediante a criação de reguladores afastados das constrições próprias da luta partidária e do ciclo eleitoral, proporcionando melhores condições de resistência às pressões dos regulados e, por fim, a garantia do autofinanciamento, de modo que a entidade reguladora potencialize a sua autonomia em relação ao Governo e aos regulados.¹⁰⁴

No Brasil as agências reguladoras possuem natureza jurídica de autarquia em regime especial, ou seja, “o legislador conferiu privilégios específicos ou maior grau de autonomia a tal ponto que ela possa ser considerada dotada de independência”¹⁰⁵.

As agências reguladoras possuem autonomia financeira e orçamentária.

A autonomia financeira se materializa através da taxa de regulação ou da taxa de fiscalização. Elas deverão estar previstas em lei. Os recursos são próprios e não vêm do ente federativo.

Não pode haver desvio de destinação da taxa regulatória, ainda que seja para uma atividade relevante.

¹⁰⁴ *Agências Reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*, p. 119.

¹⁰⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 57.

Se houver um superávit, uma não utilização do total arrecadado da taxa de regulação, ela não vai perder as suas características e permanecerá vinculada, conforme determina o parágrafo único do artigo 8º, da Lei Complementar nº 101/2000, mais conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal¹⁰⁶.

A autonomia orçamentária diz respeito a elaboração do próprio orçamento, embora o orçamento do ente federativo seja uno. A agência reguladora elabora o seu próprio orçamento.

¹⁰⁶ “Parágrafo único. Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso.”

14 INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Até que ponto as agências reguladoras são independentes? O limite está na lei de criação de cada agência reguladora, visto que vigora para as agências reguladoras o princípio da legalidade, ou seja, à Administração Pública é possível fazer o que a lei permite.

Convém mencionar que a autonomia e a independências não é absoluta, devendo a agência reguladora possuir uma vinculação com o Poder Executivo de controle de suas atividades, e não de subordinação hierárquica. Essa é a lição da Professora Dinorá Adelaide Musetti Grotti:

Quando se fala em independência das agências, é lógico que não existe uma autonomia, uma independência absoluta. Não há, e nem poderia haver pela CF, tanto que toda autarquia tem um vínculo, um controle, uma tutela com a Administração Central.¹⁰⁷

As agências reguladoras também devem ser independentes com relação ao poder político, para não se transformar num prolongamento deste. Caso isso ocorra, ela perderá a sua independência.

Não deve haver interferência política, mas implementação da política pública no setor regulado. É importante ressaltar que as agências devem obediência às leis, aos princípios e às políticas públicas definidas pelo Chefe do Poder Executivo.

A independência da agência reguladora, que é fruto da não subordinação ao Poder Executivo, vai gerar a segurança, que é tão importante para a regulação:

Por fim, a circunstância de agirem sem subordinação ao Executivo (daí a “independência”). Com isso, busca-se assegurar uma regulação imparcial, decisões mais técnicas, dotadas de maior proteção contra as ingerências meramente políticas, que poderiam prejudicar o funcionamento ideal de um modelo competitivo. São exigências dos investidores internacionais, para dar credibilidade às políticas estatais de privatização da exploração dos serviços públicos.¹⁰⁸

A independência das agências reguladoras está configurada: a) por sua criação de dar através de lei e não por qualquer outro ato normativo; b) no mandato fixo e não

¹⁰⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Agências Reguladoras: uma visão crítica e atual. *Boletim de Direito Administrativo*, p. 883 a 890, ago. 2005.

¹⁰⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003, p. 157.

coincidentes dos dirigentes; c) decisão ser através de um colegiado; d) na autonomia financeira da agência, pois o recurso não vem de fonte do tesouro, mas de taxa pagas em razão do serviço público; c) na impossibilidade de recurso hierárquico das decisões proferidas pelas agências reguladoras.

Sabe-se que é necessária independência das agências reguladoras. Mas caso ela não exista, segundo o Professor Alexandre Santos de Aragão, é possível rescindir o contrato de concessão:

Nestes casos, o particular, mormente se admitido no ordenamento setorial mediante contrato (cf. Itens 5.3 e 5.4), via de regra de concessão, tem direito a uma regulação independente, mas não de que esta seja exercida por determinada entidade e pela disciplina vigente originariamente. Porém, se a nova entidade não possuir as necessárias garantias de independência, pertencer a outro Ente Federativo ou se retornar aos vínculos hierárquicos da Administração Direta, poderá o particular, segundo MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, invocar a Teoria da Imprevisão, por ocorrência de fato príncipe, para rescindir o contrato.¹⁰⁹

Continua o Professor Alexandre Santos de Aragão ensinado que pode haver rescisão do contrato de concessão se houver alteração da estrutura ou extinção da agência reguladora:

Destarte, a alteração por lei da estrutura do órgão ou entidade independente, ou mesmo a sua extinção, podem até levar à rescisão da concessão, mas são, em princípio, admissíveis. O que se exige da lei revocatória é que, sob pena de ser considerada inconstitucional por desvio de poder legislativo, atenda aos princípios da Administração Pública, notadamente os da finalidade e impessoalidade. Assim, por exemplo, as entidades reguladoras independentes não podem ser extintas ou ter o número de seus membros aumentados pura e simplesmente em razão destes terem sido nomeados pelo governante anterior.¹¹⁰

Por fim, ressalte-se que, embora as agências reguladoras tenham independências, elas não estão isentas de controle.

¹⁰⁹ *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, p. 359.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 360.

15 RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO

Recurso hierárquico impróprio é aquele dirigido para “*autoridade encartada em outra pessoa jurídica*”¹¹¹. A sua existência depende de previsão expressa em lei.

A doutrina não é unânime quanto à supervisão da agência reguladora pelo Ministério a que está vinculada e pelo Chefe do Poder Executivo¹¹².

A razão de inexistir o recurso hierárquico impróprio contra as decisões das agências reguladoras é o afastamento de qualquer influência política na tomada de decisões técnicas.

Afirma Alexandre Santos de Aragão que “nenhuma lei prevê a existência de recurso administrativo hierárquico impróprio contra as decisões das agências reguladoras”¹¹³

Sobre a possibilidade de recurso hierárquico impróprio contra atos da agência reguladora, o entendimento do Professor Sérgio Guerra é o seguinte:

Destarte, não deve ser admitido recurso hierárquico impróprio contra decisões finais das Agências Reguladoras (cuja lei de criação disponha que suas decisões se deem em último grau), quando exercerem funções executivas, normativas e judicantes dentro dos limites de suas competências preponderantemente técnicas. Contudo, se as Agências Reguladoras usurparem competência legal dos Ministérios e atuarem em flagrante contraste às normas legais, pode-se admitir recurso hierárquico impróprio.¹¹⁴

Entretanto o referido autor cita o entendimento de Arnold Wald sobre o tema, na qual convém transcrever:

Arnold Wald, com arrimo em Manoel Gonçalves Ferreira Filho, sustenta que devem ser evitados os abusos ou excessos de poder praticados pelas Agências Reguladoras, especialmente quando agirem em desacordo com a política pública do governo, uma vez que o papel inerente a todo o Estado é o controle das atividades individuais em vista do interesse geral.¹¹⁵

Contra as decisões proferidas pelas agências reguladoras não cabe recurso hierárquico impróprio, salvo se houver previsão legal nesse sentido.

¹¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 151.

¹¹² Guerra, Sérgio. *Agências Reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 126.

¹¹³ *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, p. 372.

¹¹⁴ *Agências Reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*, p. 129.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 128.

Isso ressalta a independência que as agências reguladoras possuem.

Entretanto, o Professor Alexandre Santos de Aragão, menciona na sua obra um Parecer Normativo, da Advocacia-Geral da União, que foi aprovado pelo Presidente da República, em que há o entendimento de revisão das decisões das agências reguladoras pelos Ministérios, conforme transcrito abaixo:

Nesse sentido, nos parece injurídico o Parecer Normativo n. AC – 051, da Advocacia-Geral da União – AGU, aprovado pelo Presidente da República, que, apesar dos seus escassos efeitos práticos até o momento, de fato estabelece a possibilidade de os Ministérios reverem os atos das agências reguladoras de ofício ou mediante pedido/recurso da parte interessada sempre que a agência ultrapassar os limites das suas competências ou violar as políticas públicas estabelecidas pela Administração Central, juízo este que fica, contudo, a cargo do Executivo central por meio da AGU, como analisaremos mais detidamente adiante.¹¹⁶

No entendimento do referido professor o parecer não deve prevalecer pelos seguintes motivos:

1) não é o fato de uma entidade alegadamente violar a competência de outra que legitima que seja a própria entidade parte da disputa (a União, por sua Advocacia) o juiz da sua solução; 2) contraria as leis das agências reguladoras que lhes assegura a posição de última instância administrativa; 3) o recurso hierárquico impróprio não pode ser genericamente extraído da supervisão ministerial ou, muito menos, do regime presidencialista, sendo imprescindível a sua previsão legal expressa e específica; 4) ao julgar a ADIN nº 1.949-0, que versava justamente sobre as agências reguladoras, o STF expressamente afirmou que o Direito brasileiro não acolheu uma visão imperial ou napoleônica do presidencialismo; 5) é justamente nos E.U.A., berço do presidencialismo, que as agências mais possuem autonomia frente ao Executivo central; 6) a AGU pode uniformizar a interpretação da Administração Pública federal, desde que não desvirtue o arcabouço organizacional legal de entidades da Administração Indireta e não comprometa a possibilidade de decisão jurídica em conflito com a União e os órgãos de sua Administração Direta, aí inclusa a AGU.¹¹⁷

O Parecer afeta a independência das agências reguladoras.

¹¹⁶ *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, p. 271.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 398.

16 NOMEAÇÃO DOS DIRIGENTES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Há um procedimento legal a ser seguido para que seja nomeado o dirigente da agência reguladora. O artigo 5º, da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, dispõe que os dirigentes das agências reguladoras serão nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal¹¹⁸.

Os dirigentes cumprem mandato, cujo prazo é fixado na lei de criação de cada agência reguladora, conforme disciplina o artigo 6º, da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000¹¹⁹.

Por outro lado, os cargos de direção das agências são comissionados¹²⁰. A característica principal do cargo em comissão é a admissão e a demissão *ad nutum*.

Porém, a lei prevê uma particularidade, que é o mandato do cargo em comissão. Assim, os dirigentes somente poderão perder o cargo em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou em virtude de processo administrativo disciplinar, sem prejuízo de outras situações a serem previstas na lei de criação de cada agência reguladora (artigo 9º, da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000¹²¹). Isso é importante porque aumenta a independência e a autonomia do órgão regulador e cria mais liberdade para regular.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.949 – 0 – RS, apresentada pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul, através do Relator Ministro Dias Toffoli, entendeu que os dirigentes da agência reguladora somente poderá perder o cargo, cujo mandato está vigente, nas hipóteses legais, sem discricionariedade do Chefe do Poder Executivo . Segue a ementa:

¹¹⁸ “Art. 5º O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.”

¹¹⁹ “Art. 6º O mandato dos Conselheiros e dos Diretores terá o prazo fixado na lei de criação de cada Agência.”

¹²⁰ “2º Ficam criados, para exercício exclusivo nas Agências Reguladoras, os cargos Comissionados de Direção - CD, de Gerência Executiva - CGE, de Assessoria - CA e de Assistência - CAS, e os Cargos Comissionados Técnicos - CCT, constantes do Anexo I desta Lei.”

¹²¹ “Art. 9º Os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.

Parágrafo único. A lei de criação da Agência poderá prever outras condições para a perda do mandato.”

Ação direta de inconstitucionalidade. Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS). Necessidade de prévia aprovação pela Assembleia Legislativa da indicação dos conselheiros. Constitucionalidade. Demissão por atuação exclusiva do Poder Legislativo. Ofensa à separação dos poderes. Vácuo normativo. Necessidade de fixação das hipóteses de perda de mandato. Ação julgada parcialmente procedente.

1. O art. 7º da Lei estadual nº 10.931/97, quer em sua redação originária, quer naquela decorrente de alteração promovida pela Lei estadual nº 11.292/98, determina que a nomeação e a posse dos dirigentes da autarquia reguladora somente ocorra após a aprovação da indicação pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. A Constituição Federal permite que a legislação condicione a nomeação de determinados titulares de cargos públicos à prévia aprovação do Senado Federal, a teor do art. 52, III. A lei gaúcha, nessa parte, é, portanto, constitucional, uma vez que observa a simetria constitucional. Precedentes.

2. São inconstitucionais as disposições que amarram a destituição dos dirigentes da agência reguladora estadual somente à decisão da Assembleia Legislativa. O voluntarismo do legislador infraconstitucional não está apto a criar ou ampliar os campos de intersecção entre os poderes estatais constituídos sem autorização constitucional, como no caso em que se extirpa a possibilidade de qualquer participação do governador do estado na destituição do dirigente da agência reguladora, transferindo-se, de maneira ilegítima, a totalidade da atribuição ao Poder Legislativo local. Violação do princípio da separação dos poderes.

3. Ressalte-se, ademais, que conquanto seja necessária a participação do chefe do Executivo, a exoneração dos conselheiros das agências reguladoras também não pode ficar a critério discricionário desse Poder. Tal fato poderia subverter a própria natureza da autarquia especial, destinada à regulação e à fiscalização dos serviços públicos prestados no âmbito do ente político, tendo a lei lhe conferido certo grau de autonomia.

4. A natureza da investidura a termo no cargo de dirigente de agência reguladora, bem como a incompatibilidade da demissão ad nutum com esse regime, haja vista que o art. 7º da legislação gaúcha prevê o mandato de quatro anos para o conselheiro da agência, exigem a fixação de balizas precisas quanto às hipóteses de demissibilidade dos dirigentes dessas entidades. Em razão do vácuo normativo resultante da inconstitucionalidade do art. 8º da Lei estadual nº 10.931/97 e tendo em vista que o diploma legal não prevê qualquer outro procedimento ou garantia contra a exoneração imotivada dos conselheiros da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS), deve a Corte estabelecer, enquanto perdurar a omissão normativa, as hipóteses específicas de demissibilidade dos dirigentes dessa entidade.

5. A teor da norma geral, aplicável às agências federais, prevista no art. 9º da Lei Federal nº 9.986/2000, uma vez que os dirigentes das agências reguladoras exercem mandato fixo, podem-se destacar

como hipóteses gerais de perda do mandato: (i) a renúncia; (ii) a condenação judicial transitada em julgado e (iii) o procedimento administrativo disciplinar, sem prejuízo de outras hipóteses legais, as quais devem sempre observar a necessidade de motivação e de processo formal, não havendo espaço para discricionariedade pelo chefe do Executivo.

6. Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei estadual nº 10.931/97, em sua redação originária e naquela decorrente de alteração promovida pela Lei estadual nº 11.292/98, fixando-se ainda, em razão da lacuna normativa na legislação estadual, que os membros do Conselho Superior da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS) somente poderão ser destituídos, no curso de seus mandatos, em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado, ou de processo administrativo disciplinar, sem prejuízo da superveniência de outras hipóteses legais, desde que observada a necessidade de motivação e de processo formal, não havendo espaço para discricionariedade pelo chefe do Executivo.

Note-se que o Supremo Tribunal Federal entende inconstitucional a norma que exige decisão da Assembléia Legislativa (no caso em julgamento a agência reguladora é estadual) para destituir dirigente de agência reguladora. Na hipótese de aprovação do referido órgão legislativo de nomeação do dirigente é constitucional, porém para a destituição é inconstitucional.

Por sua vez, no artigo 7º, da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, há a orientação de que a lei de criação de cada agência reguladora deve ser escrita de forma que não haja coincidência de mandato dos dirigentes¹²². A idéia desse dispositivo, segundo a Professora Dinorá Adelaide Musetti Grotti, é a seguinte: “Ao mudar o Governo nós teríamos pessoas que continuariam, independentemente da troca, do encerramento do período governamental. O objetivo é que haja uma continuidade da política adotada.”¹²³

Sobre o assunto, é importante mencionar o entendimento do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello de que se o mandato do dirigente da agência reguladora ultrapassa o período governamental, há violação ao princípio republicano e ao princípio democrático:

¹²² “Art. 7º A lei de criação de cada Agência disporá sobre a forma da não-coincidência de mandato.”

¹²³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Agências Reguladoras: uma visão crítica e atual. Boletim de Direito Administrativo*, p. 883 a 890, ago. 2005.

Questão importante é a de saber se a garantia dos mandatos por todo o prazo previsto pode ou não estender-se *além do mesmo período governamental*.

Parece-nos evidentiíssimo que não. Isto seria o mesmo que engessar 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.

(...)

Veja-se a que absurdos conduziria interpretação diversa da ora apresentada como correta: para prolongar a orientação que quisesse imprimir à Administração Pública, inibindo a sobrevivência de diretrizes novas próprias dos que ascendessem nas eleições sucessivas, bastaria o grupo no Poder transformar todos os principais setores administrativos em entidades comandadas por dirigentes com mandatos – *como foi feito no Governo que se findou em 2002* – que ultrapassassem o próprio período. Com isto, mesmo derrotados no pleito eleitoral, persistiriam gerindo o Estado segundo os critérios rejeitados pelos eleitores e obstando à atuação de quem os sucedesse, em antítese absoluta com a ideia de Democracia e República.¹²⁴

A Professora Dinorá Adelaide Musetti Grotti entende de maneira diversa, “porque houve uma lei; a verdade é que foi votada pelo Congresso; as pessoas são sabatinadas.”¹²⁵

É importante ressaltar que as agências reguladoras exercem função de Estado e não de Governo, devendo seus atos serem imparciais e técnicos. A estabilidade da regulação vem também através do exercício do mandato pelo dirigente, independentemente se houve troca de Governo.

¹²⁴ *Curso de Direito Administrativo*, p. 179.

¹²⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Agências Reguladoras: uma visão crítica e atual. *Boletim de Direito Administrativo*, p. 883 a 890, ago. 2005.

17 QUARENTENA DOS DIRIGENTES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Convém esclarecer que a quarentena é um dos elementos de busca da independência pelas agências reguladoras e está prevista no artigo 8º, da Lei nº 9.986/2000:

O ex-dirigente fica impedido para o exercício de atividades ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato.

A quarentena constitui um impedimento do dirigente durante um determinado período de representação do órgão regulador na qual exercia mandato ou de prestar serviços, ainda que indiretamente, nos setores em que exercia a regulação. Durante o período de quarentena, o dirigente ou servidor recebe remuneração correspondente ao cargo que exercia, pois há uma restrição ao trabalho, que deve ser compensada financeiramente.

O objetivo da quarentena é fazer com que o ex-dirigente se desincompatibilize, se desatualize dos assuntos e das discussões da agência reguladora a que estava exercendo seu trabalho, para que não leve na sua próxima atividade profissional assuntos internos da agência reguladora. Evita-se, assim, o fluxo de informações.

Aplica-se a regra da quarentena na hipótese de renúncia ou término do mandato, dispensa, demissão, do dirigente.

Se não houvesse quarentena, a sociedade poderia ficar desacreditada das agências reguladoras.

18 TECNICIDADE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A função regulatória deve possuir critérios técnicos e não políticos.

Assim, os profissionais que atuam nas agências reguladoras devem ter especialização e estar sempre atualizados. Isso é muito importante, pois a regulação será eficiente e trará segurança jurídica.

Além disso, possuindo capacidade técnica sobre o setor que regula, as agências reguladoras serão mais ágeis na solução da questão que lhe é posta.

Sobre a tecnicidade das agências reguladoras, vale citar as lições de Floriano de Azevedo Marques Neto:

Porém, a capacidade técnica do regulador é também um requisito para a própria legitimação da regulação. Quanto mais a agência (e seus agentes) dominar os códigos, necessidades e possibilidades do setor regulado, mais será eficiente a regulação. Isso porque quanto mais capacitada tecnicamente for a agência, menor será a assimetria de informação em relação ao regulado.

Em sendo assim, menor a capacidade de o regulado se utilizar em seu favor do fato de conhecer mais o setor regulado do que o agente estatal (por reunir os dados relativos à sua operação, além de ter grande facilidade de obter informações sobre o setor em que atua).¹²⁶

A Lei nº 9.986/2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras, no artigo 5º prevê que os dirigentes deverão ter, dentre outros requisitos, “elevado conceito no campo da especialidade dos cargos para os quais serão nomeados”.

Importante mencionar que a regulação exige o trabalho de diversos profissionais numa única atividade, como por exemplo, de engenheiros, economistas, administradores e advogados. Há, portanto, uma multi especialidade de profissionais.

Ao se falar em agência reguladora deve-se ter em mente em especialidade e tecnicidade em relação a um determinado setor. A especialidade da agência reguladora gera a sua independência e a segurança jurídica dos administrados.

¹²⁶ *Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico*, p. 62.

19 CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Tendo em vista que as atividades das agências reguladoras estão relacionadas ao interesse público e as suas verbas tem natureza jurídica pública, há controle das agências reguladoras. Todavia esse controle não é feito da forma hierárquica.

Ariane Brito Rodrigues Cal menciona na sua obra a possibilidade de criação de uma agência reguladora nacional, cuja finalidade seria o controle e a regulamentação das agências reguladoras. Entretanto, a referida doutrinadora não concorda com essa ideia:

Isto nos parece, no entanto, irracional, pois a intenção do governo era criar agências que atuassem com isenção e imparcialidade sobre as empresas que venham a ser privatizadas a fim de exercerem a fiscalização e controle sobre essas empresas.

Agora, se se decidir pela criação uma agência reguladora das agências reguladoras, poderá recair num círculo vicioso e sem solução, sem que se chegue a um controle efetivo dos atos ali praticados.¹²⁷

O controle das agências reguladoras pode ser feitos pelos: a) administrados, incluindo aqueles que possuem parceria com a Administração, os que são submetidos à regulação da agência reguladora; b) os consumidores efetivos e potenciais dos bens e serviços que são regulados, bem como os empregados da atividade regulada e os núcleos de defesa de interesses amplos (como os ambientalistas); c) sociedade; d) Ouvidoria.

As agências reguladoras poderão ser controladas ainda pelo Poder Legislativo (art. 49, V e X, da CF) e pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXIV e XXXV, da CF).

19.1 Controle exercido pelo Poder Legislativo

O fundamento constitucional para o controle das agências reguladoras pelo Poder Legislativo está no artigo 49, incisos V e X, que prevê como competência exclusiva do Congresso Nacional “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa” e “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”.

¹²⁷ *As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro*, p. 68.

O Poder Legislativo ainda poderá efetuar o controle através do Tribunal de Contas, em sede de prestação de contas.

Questão interessante é saber se o Tribunal de Contas pode controlar as atividades-fim das agências reguladoras? (não há dúvida quanto ao controle da atividade-meio). Há resposta nos dois sentidos, conforme expõe o Professor Alexandre Santos de Aragão:

Considerando que tais atos não implicam em gasto de verba pública, isto é, que não geram despesas a serem arcadas pelo Estado, não eclodindo, conseqüentemente, o pressuposto constitucional do controle pelo Tribunal de Contas (art. 70, CF), LUÍS ROBERTO BARROSO sustentou, no exercício de suas funções de Procurador do Estado do Rio de Janeiro, que “não pode o Tribunal de Contas questionar decisões político-administrativas da ASEP-RJ nem tampouco requisitar planilhas e relatórios expedidos pela Agência ou por concessionário, que especifiquem fiscalização e procedimentos adotados na execução contratual”.

Posição diversa é sustentada por MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, que afirma, com fulcro no art. 71, VIII, que “o ato administrativo que defere aumento da tarifa pública se inclui no enredo constitucional de contas públicas, visto que mesmo ela sendo paga pelo usuário do serviço, é cobrada mediante a prestação de um serviço público outorgado pelo Estado. Nestas condições, o Tribunal de Contas possui a competência para aferir se é abusivo ou não o reajuste tarifário deferido pelo Poder Concedente, e se ele seguiu a liturgia legal que norteia a matéria”.

Ao nosso ver, o Tribunal de Contas pode realmente controlar tais atos de regulação, uma vez que, imediata ou mediatamente, os atos de regulação e de fiscalização sobre os concessionários de serviços públicos se refletem sobre o Erário. Por exemplo, uma fiscalização equivocada pode levar à não aplicação de uma multa; a autorização indevida de um aumento de tarifa leva ao desequilíbrio econômico-financeiro favorável à empresa, o que, entre outras alternativas, deveria acarretar na sua recomposição pela majoração do valor da outorga devida ao Poder Público, etc.¹²⁸

19.2 Controle exercido pelo Poder Judiciário

O fundamento constitucional para o controle das agências reguladoras pelo Poder Judiciário está no artigo 5º, incisos XXXIV¹²⁹ e XXXV¹³⁰.

¹²⁸ *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, p. 363.

¹²⁹ “XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;”

¹³⁰ “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

Mas, até onde o Poder Judiciário pode intervir numa decisão da agência reguladora?

Alexandre Santos de Aragão entende que o Poder Judiciário somente poderá suprir a omissão de ato que deveria ter sido produzido pela agência reguladora ou substituir o ato da agência reguladora quando existir apenas uma solução razoável:

Malgrado a existência de respeitáveis opiniões no sentido da impossibilidade *tout court* de substituição judicial das decisões discricionárias da Administração Pública – cabendo ao poder judiciário apenas anular as decisões que chegarem a violar o âmbito de apreciação deixado pela lei -, entendemos que em casos concretos os autos e a norma discricionária a ser aplicada ofereçam elementos suficientes para que seja cabível apenas uma solução razoável, o Poder Judiciário não deverá se furtrar em aplicá-la. Noutras palavras, o Poder Judiciário só poderá suprir (em casos de omissão) ou substituir (no caso de anulação) o exercício da atividade discricionária da Administração Pública nos casos concretos em que existirem elementos objetivos suficientes para que, do conjunto dos dados normativos e fáticos disponíveis, se possa extrair uma – e **apenas uma** – solução legítima.¹³¹

Floriano de Azevedo Marques Neto entende que o Poder Judiciário não deve analisar apenas o aspecto externo do ato praticado pela agência reguladora, mas também deve analisar se houve um juízo de proporcionalidade na emissão daquele ato administrativo:

Esse controle judicial, tal como já afirmamos, não pode se limitar a um controle exclusivamente formalista, da legalidade do ato administrativo. Ele deve atingir também, quando provocado, o juízo da proporcionalidade, avaliando a obediência aos requisitos da necessidade, adequação e da ponderação da medida regulatória em função dos objetivos da regulação.

A chamada “discricionariedade técnica” das agências não pode nem deve ser usada como obstáculo ao controle da atividade regulatória pela via judicial. Pois se é verdade que o juiz não pode se substituir ao regulador, também é verdade que a uma maior margem de discricionariedade dada aos agentes estatais no âmbito da moderna regulação estatal deve corresponder um controle mais robusto, inclusive pela via judicial.

Nesses termos, entendemos haver espaço para um controle da proporcionalidade da atividade regulatória, ainda que isso implique a assunção de certos riscos. Riscos estes que vão desde a possibilidade já aventada de o juiz acabar exercendo juízo de conveniência sobre a opção técnica do regulador sem que esteja habilitado para tanto, até a de que acabe substituindo o regulador; escolhido a partir de um processo complexo que envolve Legislativo

¹³¹ *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, p. 379.

e Executivo, por um perito de sua preferência, que muitas vezes não terá a visão sistêmica do setor regulado, sem esquecer ainda da já proclamada redução da efetividade regulatória gerada pela constante sujeição das decisões regulatórias ao controle judicial.¹³²

O pior cenário que possa existir é a ausência de decisão da agência reguladora sobre uma questão. Nessa situação ao Poder Judiciário será transferida uma atividade que era de regular o setor.

Sabe-se que as decisões das agências reguladoras na maioria das vezes são técnicas. Por este motivo, ao analisar um pedido de liminar ou de tutela antecipada, talvez fosse melhor o magistrado ouvir a agência reguladora, antes de proferir a sua decisão interlocutória, pois exarada esta, efeitos começarão a produzir.

É importante que os Tribunais de Justiça dos Estados criem varas especializadas em direito regulatório, para que seus servidores possam se especializar sobre a matéria, da mesma forma que os atores envolvidos, que são, o regulador e os regulados.

Interessante é a lição do Professor Sérgio Guerra quando diz que “é necessária uma comedida e moderada atuação das funções jurisdicionais”¹³³ quando for realizada pelo Poder Judiciário revisão do ato administrativo. Isso porque, em matéria regulatória, os efeitos da decisão judicial não afetarão somente as partes do processo, pois “Nas escolhas regulatórias complexas a atuação do administrador público, em um determinado aspecto do conjunto social, tende a produzir impacto em outro segmento, regulado ou não, e afetar o direito individual”¹³⁴.

Acrescenta, ainda, o referido Professor:

Quer-se dizer que na esfera regulatória é grande o risco de o magistrado, no julgamento de fato passado, usurpar a competência preponderantemente técnica do regulador (ANATEL, ANEEL, ANAC, BACEN, CVM etc.), que deve ser voltada à mediação de interesses com visão prospectiva (custos e benefícios).

Uma decisão regulatória deve envolver, fundamentalmente, a eleição dos meios técnicos necessários para o alcance dos fins e interesses setoriais. Assim, quando o Poder Judiciário altera, por meio de uma decisão voltada apenas a um dos aspectos em questão, poderá o

¹³² *Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico*, p. 127.

¹³³ *Agências Reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*, p. 130.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 131.

magistrado, sem conhecimento de causa, danificar a harmonia ou, até mesmo, destruir o subsistema regulado.

(...)

Nesse sentido, Barroso conclui ser decisivo que o Judiciário seja deferente em relação às decisões administrativas. Ou seja, o Poder Judiciário somente deverá invalidar decisão de uma Agência Reguladora quando evidentemente ela não puder resistir ao teste de razoabilidade, moralidade e eficiência. Fora dessas hipóteses, o Judiciário deve ser conservador em relação às decisões das Agências, especialmente em relação às escolhas informadas por critérios técnicos, sob pena de cair no domínio da incerteza e do subjetivismos.¹³⁵

Não cabe ao magistrado regular.

Por fim, importante mencionar a lição de Hely Lopes Meirelles, que entende que o controle da atividade-fim exercido pelo Tribunal de Contas e pelo Poder Judiciário deve ser ponderado, dada à especialidade e a tecnicidade das agências reguladoras:

O controle externo dessas agências pelos Tribunais de Contas e pelo Judiciário deve ser realizado de forma ponderada, considerando a especialíssima discricionariedade técnica inerente às suas atividades-fim e os princípios da isonomia, da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a não prejudicar a razão de sua criação. É uma espécie de *deferência* especial em relação ao entendimento técnico dessas agências. Respeitáveis estudiosos do tema falam em um *princípio da deferência*, quando, no nosso entender, não se trata propriamente de um princípio, mas apenas de uma técnica e regra especial de interpretação da atividade-fim administrativa das agências, objetivando a preservação de suas finalidades.¹³⁶

Frise-se que o controle das agências reguladoras é importante, tanto aquele realizado pelo Poder Legislativo, quanto aquele realizado pelo Poder Judiciário. Entretanto, deve haver um juízo de razoabilidade com relação às decisões referente à atividade-fim da agência reguladora, em razão da sua independência e tecnicidade.

¹³⁵ *Agências Reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*, p. 131.

¹³⁶ *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 393.

20 RELACIONAMENTO ENTRE AGÊNCIA REGULADORA, GOVERNO E SOCIEDADE

Os reguladores devem ser respeitados.

Para que a regulação se desenvolva de forma neutra e satisfatória é necessária a independência das agências reguladoras em relação aos regulados, ao Governo e consumidores/usuários.

Com relação à neutralidade das agências, ensina o Professor Floriano de Azevedo Marques Neto:

Trata-se da necessária *neutralidade* (equidistância) que o ente regulador deve manter em face dos interesses regulados, incluídos aí também os interesses do Poder Público (quer quando controle algum operador sujeito à regulação, quer no tocante aos próprios interesses de ordem geral que se queira ver imprimidos no setor regulado).¹³⁷

Os políticos não devem intervir na regulação. Isso é importante para garantia a segurança da regulação. Até mesmo porque, as agências reguladoras são independentes e a regulação precisa ser estável.

Por outro lado, deve haver uma harmonização entre Governo e agência reguladora quanto à implementação de diretrizes governamentais de política econômica, políticas setoriais. É o que afirma Wladimir Antônio Ribeiro:

De outro lado, é essencial que a regulação não considere apenas os aspectos setoriais ou muito específicos, mas o seu impacto global, especialmente na competitividade econômica. Para tanto, o regulador deve ser induzido a considerar, na sua cultura regulatória, as diretrizes governamentais de política econômica e as da política setorial em que atua. Não faz sentido que a regulação atue de forma contraditória com os esforços do governo quando é possível atuar em harmonia com estes e atingir adequadamente os objetivos. O mesmo se diga em relação aos cidadãos, que não podem sofrer maiores encargos do que os estritamente necessários para se atender aos objetivos públicos.¹³⁸

Da mesma forma, as agências reguladoras devem dialogar também com a sociedade. Disso decorre a transparência das ações das agências reguladoras e o controle da sociedade.

¹³⁷ *Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico*, p. 50.

¹³⁸ PROENÇA, Jadir Dias (org.). *Contribuições para melhoria da qualidade da regulação no Brasil*, volume 12. Disponível em <<http://www.regulacao.gov.br/livros>> Acesso em 04 de dezembro de 2013, p. 168.

Exemplos de interlocução da sociedade com as agências reguladoras: consultas públicas, audiências públicas, conselhos consultivos.

21 SEGURANÇA NA REGULAÇÃO

Para que haja segurança jurídica, as normas editadas pelas agências reguladoras devem ser confiáveis, compreensíveis e com consequências calculadas para que o particular possa medir.

Isso significa que normas retroativas, inexistentes no momento em que a conduta é praticada, cria um problema aos regulados e gera insegurança e falta de credibilidade.

A regulação não pode ser desigual, nem tampouco arbitrária.

Mudanças bruscas ou drásticas são hipóteses que vão contra a segurança jurídica. A mudança pode ocorrer, mas não de forma brusca.

Se começar a haver um crescente número de decisões de agências reguladoras levadas ao Poder Judiciário, será mais fácil a sociedade negar a regulação, a atuação das agências reguladoras.

Se houver segurança jurídica, investidores, coletividade, regulados terão mais confiança na atuação das agências reguladoras.

22 ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR)

A análise de impacto regulatório ou a AIR, é conceituada por Alketa Peci da seguinte forma:

A AIR consiste na análise e avaliação dos possíveis benefícios, custos e impactos de regulamentações novas ou já existentes. Em termos práticos, a AIR começa com a identificação e análise do problema e dos objetivos que buscam se alcançar por meio de determinada política regulatória e continua com a avaliação dos custos e benefícios dos possíveis processos para a sua implementação, optando para a alternativa que oferece o maior benefício público. A AIR apoia o ciclo de políticas públicas, trazendo informações, dados empíricos relevantes e construindo bases racionais para a tomada de decisão (OCDE, 2008).¹³⁹

Trata-se de uma excelente ferramenta para a tomada de decisão e para a melhoria do sistema regulatório.

Referida autora ainda elenca os principais benefícios que a análise de impacto regulatório pode trazer:

Entre os principais benefícios da AIR destacam-se o fortalecimento da governança regulatória, melhoria da competitividade do país via um ambiente regulatório mais sólido, apoio à tomada de decisão no processo de políticas públicas, assim como a difusão de uma cultura e linguagem comum em termos de regulação. AIR apoia os tomadores de decisão a optarem por políticas públicas mais eficientes e com maior impacto social, além de trazer maior transparência ao processo. Mais do que um simples instrumento, a AIR pode ser considerada um processo ou sistema que questiona propostas regulatórias e justifica as opções governamentais (OCDE, 2008; UE, 2004).¹⁴⁰

A análise de impacto ambiental é utilizada em alguns países como os EUA e a Holanda, porém outros países do mundo estão iniciando a sua utilização.

No Brasil, embora o termo análise de impacto regulatório não seja tão difundido, ele é praticado por parte dos dirigentes de agência reguladora. É o que foi constado por Alketa Peci:

De forma geral, é possível afirmar que boa parte do corpo dirigente das agências **responde positivamente ao desafio da adoção ístemática da AIR no Brasil**. A razão principal desse apoio reside

¹³⁹ PROENÇA, Jadir Dias (org.). *Contribuições para melhoria da qualidade da regulação no Brasil*, volume 1. Disponível em <<http://www.regulacao.gov.br/livros>> Acesso em 04 de dezembro de 2013, p. 21.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 22.

no fato que muitas agências reguladoras brasileiras já incorporaram alguns dos pré-requisitos de uma boa AIR:

- a) Detêm e fazem uso de sistemas de **informação** e bancos de **dados** consolidados, com informações abrangentes sobre os setores regulados e seus principais *stakeholders*;
- b) Incorporam instrumentos de **transparência e comunicação** com os públicos-alvo (como consulta pública, audiência pública, câmara consultiva, etc.), enquanto os ministérios fazem uso eventual dos mesmos. Agências como a Aneel podem potencializar as boas práticas no uso da consulta e audiência pública;
- c) Primam por um **processo racional de tomada de decisão**, baseado na elaboração de estudos sofisticados, de natureza quantitativa, que apoiam o processo de tomada de decisão regulatória; e
- d) Elaboram **agenda regulatória** (especificam prioridades de regulação necessárias para compreender quais os problemas e objetivos da regulamentação).¹⁴¹

Verifica-se que a análise de impacto regulatório é utilizada pelas agências reguladoras, talvez não utilizando esse termo. Ocorre quando há a realização de consulta e audiência pública, antes da tomada de uma decisão de interesse geral. Também na realização de análise técnica sobre uma determinada matéria a ser decidida.

A importância da análise de impacto regulatório está no fato da regulação não ter olhos apenas para o presente e sim para o futuro, bem como abranger não só um determinado grupo, mas toda a sociedade.

A análise de impacto regulatório contribui para a mais acertada decisão da agência reguladora sobre uma determinada matéria, o que conseqüentemente trará segurança aos administrados e credibilidade à agência reguladora.

¹⁴¹PROENÇA, Jadir Dias (org.). *Contribuições para melhoria da qualidade da regulação no Brasil*, volume 1. Disponível em <<http://www.regulacao.gov.br/livros>> Acesso em 04 de dezembro de 2013, p. 57.

23 CAPTURA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A Teoria da Captura foi criada por George J. Stigler nos Estados Unidos e consiste no desvio de finalidade da regulação, ou seja, ao invés de buscar o interesse público, ela buscar o interesse específico, dependendo da intenção do regulador.

Explica Andreia Cristina Bargatin:

Assim, a tese central do autor é a contestação da ideia geral de que a regulação é instituída em favor do público em geral ou de uma subclasse desse público. Para ele, a regulação não se volta à obtenção de objetivos públicos, mas à criação de benefícios em favor de interesses específicos.

Os estudos de Stigler sustentam a ideia de que a regulação expedida por órgãos estatais não é elaborada com isenção e a independência que as matrizes de Estado Democrático de Direito requerem.¹⁴²

A captura não diz respeito apenas aos dirigentes das agências reguladoras. Ela poder atingir também outras pessoas que trabalham na autarquia.

Sérgio Guerra referindo-se às lições de Floriano de Azevedo Marques Neto ensina quais são os riscos que os reguladores estão expostos:

Floriano Marques Neto identifica quatro graves riscos de captura dos agentes reguladores. O risco da concussão, ligado ao tema da corrupção que permeia as nossas instituições; o risco de contaminação de interesses, que envolve a assunção dos interesses do regulado pelo agente regulador; o risco da insuficiência de meios, que toca à questão do esvaziamento dos recursos (financeiros, lógicos e humanos) da Agência Reguladora e, finalmente, o risco de captura pelo poder político, em que há confusão entre a entidade reguladora e os interesses do bloco do poder.¹⁴³

Para evitar a captura dos dirigentes e servidores das agências reguladoras, a lei previu que a direção da agência será realizada por um colegiado, cujos dirigentes são nomeados para cumprir um mandato.

Os dirigentes das agências reguladoras e os seus servidores devem sempre buscar o interesse público, policiando-se constantemente nesse objetivo.

¹⁴² BARGATIN, Andreia Cristina. Teoria da captura: explicação necessária e suficiente para a existência de regulação? *Revista de Direito Público da Economia RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, out./dez. 2009.

¹⁴³ *Agências Reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*, p. 114.

24 INCONSTITUCIONALIDADE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

O Professor Floriano de Azevedo Marques Neto aponta que as principais críticas feitas às agências reguladoras referem-se “a previsão de mandato e de estabilidade dos dirigentes das agências e a ausência de subordinação hierárquica”¹⁴⁴, o que gera a inconstitucionalidade das agências reguladoras no Brasil.

24.1 Estabilidade dos dirigentes

Os que alegam inconstitucionalidade com relação à estabilidade dos dirigentes divergem quanto ao artigo da Constituição Federal que está sendo violado. Alguns entendem que é o artigo 84, inciso II da Constituição Federal¹⁴⁵, outros afirmam violação ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal¹⁴⁶, e, outros ainda, ao princípio democrático e a soberania popular. Segundo o Floriano de Azevedo Marques Neto, “Nenhum destes argumentos a nosso ver procede”¹⁴⁷ pelos seguintes motivos:

a) não se pode esquecer do artigo 52, inciso III, alínea “f”, da Constituição Federal¹⁴⁸ que dá competência ao Senado Federal de aprovar, após arguição pública, a escolha de titulares de cargos em que a lei determinar. Assim, não haveria sentido o Senado Federal aprovar a nomeação do dirigente e o Presidente da República exonerar *ad nutum*. Portanto, “a Constituição, ao permitir que a lei preveja um regime de nomeação de titulares de cargos mediante processo complexo, também

¹⁴⁴ *Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico*, p. 23.

¹⁴⁵ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

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

¹⁴⁶ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;”

¹⁴⁷ *Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico*, p. 97.

¹⁴⁸ “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:

(...)

f) titulares de outros cargos que a lei determinar;”

admitiu que esta mesma lei conferisse a estes cargos um regime de estabilidade (interdição à exoneração imotivada por ato exclusivo do chefe do Executivo)”¹⁴⁹;

b) o cargo de dirigente da agência reguladora não é de comissão, não sendo, portanto, de livre provimento e exoneração. Há um procedimento a ser obedecido para que haja a nomeação do dirigente da agência reguladora;

c) a indicação do dirigente não envolve apenas o Presidente da República, mas também o Senado Federal (representante dos Estados e do Distrito Federal).

24.2 Mandato dos dirigentes

Entende o Professor Floriano de Azevedo Marques Neto que a alegação de inconstitucionalidade da previsão de não coincidência de mandatos não tem fundamento, pois

A tese da coincidência dos mandatos poria a perder o pressuposto da estabilização das políticas regulatórias, o qual permite que, inobstante as naturais alternâncias no poder, haja uma continuidade no cumprimento das políticas públicas anteriormente formuladas, até que as novas orientações estejam amadurecidas.¹⁵⁰

O fundamento para a alegação de inconstitucionalidade da não coincidência do mandato dos dirigentes das agências reguladoras é o artigo 1º, inciso V, da Constituição Federal, ou seja, a inobservância do pluralismo político.

Lembre-se que a agência reguladora exerce função estatal e não política.

24.3 Subordinação hierárquica

O fundamento para a alegação de inconstitucionalidade quanto à ausência de subordinação hierárquica é a violação aos artigos 84, inciso II, e 87, parágrafo 1º, inciso I¹⁵¹, ambos da Constituição Federal.

¹⁴⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 99.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 103

¹⁵¹ “Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

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

I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;”

Para o Professor Floriano de Azevedo Marques Neto não há inconstitucionalidade, pois, as agências reguladoras, por exercerem função estatal, as agências reguladoras não podem sofrer influências políticas, influências do Governo:

Como visto acima, constitui pressuposto da regulação exercida pelas agências que não se possa rever, dentro da cadeia hierárquica, os atos do regulador, pois se isso fosse possível, estaríamos novamente atrelando as atividades de governo com as atividades de regulação.¹⁵²

24.4 Poder judicante das agências reguladoras

Na opinião de Floriano de Azevedo Marques Neto, “não nos parece írrito à Constituição que órgãos não judiciais exerçam a composição de interesses e que tais decisões tenham caráter de inexigibilidade”¹⁵³. Acrescenta o professor que “Isso já ocorre com os Tribunais Arbitrais e com as comissões de conciliação, sem questionamentos quanto à sua constitucionalidade”¹⁵⁴.

¹⁵² *Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico*, p. 105.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 109.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 109.

25 LEI GERAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Atualmente, há no Brasil diversas agências reguladoras, tanto federais, quanto estaduais e municipais. Entretanto, ainda não existe uma lei traçando as diretrizes gerais para as agências reguladoras.

Foi realizada uma tentativa, com o encaminhamento do Projeto de Lei nº 3337/2004, mais conhecido como lei geral das agências reguladoras, o qual foi arquivado.

Interessante a edição de uma lei geral, desde que não haja descaracterização da figura da agência reguladora, tão importante para a sociedade. Ela servirá para o aperfeiçoamento das agências reguladoras.

O Projeto de Lei nº 3.337/2004 não prosperou.

26 PESQUISA SOBRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS

No ano de 2012 foi realizada pela Amcham/Vox Populi uma pesquisa para verificar o ambiente regulatório no Brasil¹⁵⁵.

Na ocasião foram entrevistados 97 representantes de empresas associadas à Amcham, no período de 18/06/2012 a 07/08/2012. O resultado foi o seguinte:

a) aproximadamente 36% afirmaram que não estão “satisfeitos nem insatisfeitos”. Também cerca de 36% afirmaram estar “insatisfeitos” ou “muito insatisfeitos”. Aproximadamente 27% afirmaram estar “satisfeitos”. Somente 1% não soube responder.

b) perguntados sobre o conceito do PRO-REG ou após a apresentação do conceito do programa, 82,5% dos entrevistados responderam que o referido programa do Governo Federal é desconhecido.

c) para os entrevistados os pontos positivos da regulação brasileira são: promoção de maior segurança para os consumidores (16%), busca de maior controle e qualidade dos produtos e serviços (11%), garantia da qualidade (10%), atribuição de mais credibilidade à empresas e produtos junto aos consumidores (10%).

d) para os entrevistados as críticas dizem respeito à lentidão e morosidade nos processos (19%), burocracia em excesso (18%), a percepção de interferência política/governamental nas atividades das agências reguladoras (15,5%) e ausência de investimento em capacitação profissional (14%).

e) 37% dos entrevistados “concordam” ou “concordam totalmente” que as agências reguladoras atendem de maneira satisfatória às funções para as quais foram criadas. Os que não têm opinião nem contra nem a favor é de 36%. Os que “discordam” ou “discordam totalmente” que as agências reguladoras atendem de maneira satisfatória às funções para as quais foram criadas são de 27%.

f) sobre o “corpo técnico”, isto é, o nível de capacitação das pessoas que trabalham nas agências reguladoras, 34% dos entrevistados afirmaram que os profissionais

¹⁵⁵ Pesquisa Amcham/ Vox Populi: “ainda pouco conhecido pelo setor privado, trabalho das agências reguladoras é considerado importante, mas burocrático e lento”, visualizado no link <<http://www.amcham.com.br/competitividade-brasil/noticias/pesquisa-amcham-vox-populi-ainda-pouco-conhecido-pelo-setor-privado-trabalho-das-agencias-reguladoras-e-considerado-importante-mas-burocratico-e-lento>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2015.

das agências reguladoras são compatíveis com o desempenho das funções institucionais. O percentual dos entrevistados que entendem que os profissionais das agências reguladoras não são compatíveis com o desempenho das funções institucionais é de 37%. Os que não concordam nem discordam da afirmação de que os profissionais das agências reguladoras são compatíveis com o desempenho das funções institucionais é de 28%.

g) a positividade sobre a transparência das agências reguladoras é de 42%

h) 20% considera correta a afirmativa de que o governo costuma ouvir o setor privado para novas regras. Os que discordam da afirmativa é 40%. Os que se mantiveram neutros à afirmativa foi de 40%.

i) sobre a “relação das agências reguladoras com outros órgãos (instituições públicas, poderes legislativos, executivo e ministério), 30% dos entrevistados têm uma visão positiva, 30% têm uma opinião mais crítica e 40% permaneceram neutros.

j) 55% dos participantes da pesquisa acreditam que o governo interfere muito nas decisões das agências reguladoras.

27 CONCLUSÃO

A chamada “agência reguladora” no Brasil é um assunto relativamente novo, no qual exige um aprendizado dos profissionais do Direito e de outras especialidades e conhecimento por parte da sociedade.

O Estado deixou de ser empresário para ser regulador, redefinindo o seu papel na sociedade. O início deste processo ocorreu na década de 90, com o Programa Nacional de Desestatização, cuja consequência foi a privatização de empresas estatais. Em seguida, o Estado, através da concessão e permissão, transferiu ao particular a execução do serviço público.

A agência reguladora surgiu no Brasil de uma necessidade de investimentos para a realização de uma infraestrutura. Em contrapartida, foi exigida uma segurança, que consistiu na criação de agências reguladoras, com as seguintes características: natureza jurídica de autarquia em regime especial, criadas por lei, com autonomia e independência em relação à Administração Central.

A autonomia refere-se a finanças e orçamento.

A agência reguladora é um órgão do Estado e não do Governo. Daí a independência das agências reguladoras. Essa independência é limitada pela lei e é caracterizada por: a) inexistência de subordinação hierárquica com o Poder Executivo; b) mandato fixo e não coincidentes dos dirigentes; c) receita própria consistente taxa de regulação e fiscalização; d) inexistência de recurso hierárquico impróprio contra atos administrativos proferidos pelas agências reguladoras.

Devido à especialidade/tecnicidade das agências reguladoras, suas funções (judicante, normativa e executiva) são importantes para que haja a mais perfeita regulação, com a apreciação e a decisão de uma pessoa técnica no assunto. Isso gera inclusive segurança e credibilidade.

A segurança também ocorre, pois é prevista a “quarentena” para os dirigentes que deixam o cargo das agências reguladoras.

Os reguladores devem ser respeitados, pois exercem uma atividade pública. Suas decisões, controladas pelo Poder Legislativo, através do Tribunal de Contas, e pelo Poder Judiciário, devem ser analisadas com ponderação, tendo em vista a

tecnicidade existente. Assim, poderão exercer um juízo de razoabilidade quanto às atividades-fim, com respeito a independência da agência reguladora.

Existem diversas agências reguladoras no Brasil. Isso conclui que é necessária a edição de uma Lei Geral, a fim de que haja uma diretriz geral a todas elas. Isso gerará a segurança de todos, regulados, administrados e sociedade.

Uma pesquisa realizada em 2012 pela Amcham/Vox Populi sobre o ambiente regulatório no Brasil demonstrou que ainda há muito trabalho a ser feito para que haja o reconhecimento das atividades desenvolvidas pela agência reguladora.

Note-se que o retrocesso não é permitido, visto que a) o Estado não tem condições de atender a todas as demandas derivadas de serviços públicos; b) a economia é extremamente importante para o desenvolvimento de um país.

O grande desafio que existe é a sociedade conhecer as agências reguladoras que existem, o seu trabalho, a sua competência.

Dos servidores das agências reguladoras, é necessário que haja transparência de seus atos, a busca constante pela eficiência e qualidade trabalho desenvolvido.

28 REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARGATIN, Andreia Cristina. Teoria da captura: explicação necessária e suficiente para a existência de regulação? *Revista de Direito Público da Economia RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, out./dez. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços*. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – F.A., Belo Horizonte, ano 1, n. 6 ago. 2001

CAL, Arianne Brito Rodrigues. *As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro*. s.l. Editora Renovar, 2003

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Como regular agências reguladoras?. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, fevereiro/março/abril, 2009. . Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2015.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Agências Reguladoras: uma visão crítica e atual. *Boletim de Direito Administrativo*, p. 883 a 890, ago. 2005.

GUERRA, Sérgio. *Introdução ao Direito das Agências Reguladoras*. Freitas Bastos Editora, 2004.

LEHFELD, Lucas de Souza. *Controles das Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação Administrativa à Luz da Constituição Federal, coleção Temas de Direito Administrativo*. Editora Malheiros, 2011.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O Novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. Editora Singular, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann. *O Direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 10 de janeiro de 2015.

OLIVEIRA, Gesner; WERNECK, Bruno; MACHADO, Eduardo Luiz. *Agências Reguladoras: A Experiência Internacional e a Avaliação da Proposta de Lei Geral Brasileira*. Disponível em <<http://www.portaldaindustria.com.br/cni/publicacoes-e-estatisticas/publicacoes/2012/09/1,8335/agencias-reguladoras-a-experiencia-internacional-e-a-avaliacao-da-proposta-de-lei-geral-brasileira.html>> Acesso em 11 de fevereiro de 2015.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Sucessos e Fracassos da Regulação*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, ago-set-out, 2005, Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 05 de janeiro de 2015.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *O Estado Social e Democrático e o Serviço Público – Um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade*. 2^a ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

PROENÇA, Jadir Dias (org.). *Contribuições para melhoria da qualidade da regulação no Brasil*, volume 1. Disponível em <<http://www.regulacao.gov.br/livros>> Acesso em 04 de dezembro de 2013.

PROENÇA, Jadir Dias (org.). *Contribuições para melhoria da qualidade da regulação no Brasil*, volume 2. Disponível em <<http://www.regulacao.gov.br/livros>> Acesso em 04 de dezembro de 2013.

SAURIN, Valter; PEREIRA, Breno Augusto D. *O Programa Nacional de Desestatização: aspectos relevantes da política de privatização*. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/adm/article/view/7986/7374>>. Acesso em 27 de março de 2015.

SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

TOURINHO, Octavio A. F.; VIANNA, Ricardo L. L. *Motivação e estruturação do Programa Nacional de Desestatização*. Texto para discussão nº 324. Outubro de 2013. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0324.pdf>. Acesso em 27 de fevereiro de 2015.

VIEIRA, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de Serviços Públicos na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, Belo Horizonte.

VIOLA, Ricardo Rocha. *Breve análise acerca do PND – Programa Nacional de Desestatização*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10630> Acesso em 10 de dezembro de 2013.

VITTA, Heraldo Garcia. *A competência sancionadora das agências reguladoras no direito brasileiro: breves comentários*. Boletim de Direito Administrativo, set. 2013.

Pesquisa Amcham/ Vox Populi: “ainda pouco conhecido pelo setor privado, trabalho das agências reguladoras é considerado importante, mas burocrático e lento”, visualizado no link <<http://www.amcham.com.br/competitividade-brasil/noticias/pesquisa-amcham-vox-populi-ainda-pouco-conhecido-pelo-setor-privado-trabalho-das-agencias-reguladoras-e-considerado-importante-mas-burocratico-e-lento>> Acesso em 20 de fevereiro de 2015.

Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em
<<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>>

Acesso em 12 de março de 2015.