



IPTAN – INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR “PRES. TANCREDO
DE ALMEIDA NEVES”

BÁRBARA DE OLIVEIRA

**O PODER REGULADOR E REGULAMENTADOR DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS**

SÃO JOÃO DEL-REI
2014

BÁRBARA DE OLIVEIRA

**O PODER REGULADOR E REGULAMENTADOR DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior “Presidente Tancredo de Almeida Neves” – IPTAN – como requisito parcial a obtenção do Título de Graduado, sob a orientação da Prof.^a Esp. Raquel Maria Vieira Braga.

SÃO JOÃO DEL-REI
2014

BÁRBARA DE OLIVEIRA

**O PODER REGULADOR E REGULAMENTADOR DAS AGÊNCIAS
REGULADORAS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior “Presidente Tancredo de Almeida Neves” – IPTAN – como requisito parcial a obtenção do Título de Graduado em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof.^a Esp. Raquel Maria Vieira Braga (Orientadora)

Prof.^a Dr.^a Carla Leila Oliveira Campos

Prof.^a Esp. Karina Cordeiro Teixeira

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus que me deu a vida e sabedoria para elaboração desta monografia.

Aos meus pais e a minha irmã, Isabella, que são a sustentação de minha vida.

À professora Raquel que, orientando e incentivando este trabalho, tornou-se minha grande amiga.

À professora Carla, não só pelas aulas, mas por estar sempre disponível nos momentos que mais precisei.

Aos amigos e professores do IPTAN, que não foram menos importantes nesta caminhada.

A todos que estiveram ao meu lado, o meu muito obrigada!

RESUMO

Esta monografia tem como objetivo estudar o poder regulador e regulamentador das agências reguladoras, uma vez que há uma ausência de parâmetros legais concretos no Direito Brasileiro para legisla-las. As agências reguladoras são fruto do fenômeno da descentralização administrativa, ou seja, são pessoas jurídicas criadas pelo ente político. Elas possuem natureza jurídica de direito público para que possam fazer as vezes do ente criador, regulando e regulamentando a atividade que o Estado delegou à iniciativa privada. Nesse contexto, veremos que seu surgimento deu-se devido a críticas com relação à intervenção do Estado na iniciativa privada. Dessa forma, este trabalho visa a estudar a independência e a autonomia dessas Agências Reguladoras, analisando seus limites e características próprias. Com isso, pretende-se demonstrar que as agências reguladoras são pautadas no princípio da legalidade, ou seja, elas podem regular o exercício da atividade para a qual foram criadas, sem inovar o ordenamento jurídico, obedecendo, assim, ao princípio da separação dos poderes.

Palavras-chave: Agências reguladoras; descentralização; poder regulador.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. A ORDEM CONSTITUCIONAL E O PODER REGULADOR DO ESTADO	8
1.1 Intervenção do Estado na economia.....	8
1.2 Da descentralização administrativa.....	11
1.2.1 Das entidades da Administração Indireta	13
1.2.2 Autarquias.....	14
2. DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	18
2.1 Surgimento.....	18
2.2 Agências reguladoras como espécie do gênero autarquia	20
2.3 Regime jurídico das agências reguladoras	23
2.3.1 Independência técnica das agências reguladoras	24
2.3.2 Investidura e mandato dos dirigentes	26
2.3.3 Titularidade de competências privativas e de competência regulamentar	28
2.3.4 Regime pessoal	28
2.3.5 Licitação.....	29
3. LIMITES AO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	31
3.1 Regulamentação e regulação	31
3.1.1 Princípio da legalidade.....	34
3.2 Autonomia das agências reguladoras	35
3.3 Limites constitucionais ao poder de regulamentar	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS	40
REFERÊNCIAS.....	42

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende fazer uma análise do poder conferido às agências reguladoras, uma vez que, apesar de serem consideradas de grande importância para ajudar os usuários, não foi definido, pelo legislador brasileiro, até onde vai esse poder.

Assim, a problemática que será apresentada é exatamente esta, ou seja, apesar de as agências reguladoras serem de fundamental importância para atingir o Estado Democrático de Direito, não foram estabelecidos os parâmetros legais para legislá-las.

A discussão de semelhante tema torna-se relevante para o Direito, pois a proliferação de agências reguladoras, a partir da década de 90, é uma realidade que nos leva a discussão dos limites da autonomia conferida pela lei a tais entes públicos.

Vamos observar, no decorrer deste trabalho, que a Administração Pública, de onde se derivam as agências reguladoras, deve observar não só o princípio da legalidade como todos os demais presentes na Constituição Federal e seus devidos deveres.

Com isso, é de total importância buscarmos formas de interpretar o ordenamento jurídico associando-o à função reguladora e regulamentadora das agências reguladoras, analisando não só os princípios como também as regras gerais do Direito Administrativo.

Neste sentido, a presente monografia é dividida em três capítulos.

Primeiramente, será realizado um breve histórico, analisando os diferentes tipos de intervenção do Estado na economia e a necessidade de uma posterior descentralização administrativa pela ineficiência e burocracia das empresas estatais.

No segundo capítulo, serão estudados o surgimento, o conceito e as funções das agências reguladoras como espécie do gênero autarquia, ressaltando, principalmente, suas características peculiares que fazem com que se possa diferenciar as agências reguladoras dos outros tipos de autarquias existentes, entre elas, o poder regulador e regulamentador. O mandato dos dirigentes das agências reguladoras, analisado no segundo capítulo, também é essencial para resguardar a

segurança jurídica dos agentes regulados, e não apenas um privilégio, como muitos acreditam.

No terceiro capítulo, será realizada uma análise do poder regulador e regulamentador das agências reguladoras.

Nesse sentido, serão analisadas a natureza jurídica e a autonomia que possuem com relação ao Direito Brasileiro, para que possam ser definidos os limites constitucionais das agências reguladoras.

1. A ORDEM CONSTITUCIONAL E O PODER REGULADOR DO ESTADO

1.1 Intervenção do Estado na economia

O Estado brasileiro passou por várias fases de intervenção, uma vez que, inicialmente, sua atividade se restringia à defesa externa e à segurança interna, não havendo, portanto, necessidade de descentralização de atividades administrativas. No século XIX, foram marcantes as políticas intervencionistas a fim de prevalecer a justiça, o direito à propriedade e a ordem pública. “Não havia, àquele tempo, a interferência direta do Estado na economia – ou no direito –, porque ambos seguiam diferentes caminhos, certos de que o Estado Liberal deveria afastar-se de qualquer intervencionismo” (MENEZELLO, 2002, p. 23).

No entanto, com o desenvolvimento industrial, o Estado viu a necessidade de intervir na economia na tentativa de equilibrar setores descompassados da economia, garantindo, assim, a livre iniciativa e reduzindo as desigualdades sociais.

A remodelagem do papel do Estado veio acompanhada da criação de benefícios sociais como instrumentos mantenedores da democracia, respaldados nos textos constitucionais, quebrando o individualismo, mantido até então como bem maior do cidadão. Essa mudança resulta no Estado Democrático de Direito, especificamente, no Estado de bem-estar social.

Como dito, na segunda metade do século XIX, após a Segunda Guerra Mundial, observou-se uma intervenção maior do Estado, pressionado por movimentos nacionalistas, com a criação de inúmeras empresas estatais direcionadas para a prestação de serviços públicos considerados de fundamental importância para a população, permanecendo essa condição até a década de 90 (MENEZELLO, 2002, p. 24).

Interessante ressaltar que a busca do Estado Moderno nas várias espécies de direito foi pautada na igualdade e garantia da liberdade, chamados direitos de primeira geração, de resistência, de oposição aos abusos do Estado. Na metade do século XX surgiram os direitos chamados de segunda geração, os direitos sociais ou coletivos. Como estes não conseguiram atender aos anseios da sociedade, vislumbrou-se uma terceira geração de direitos: os direitos difusos e

coletivos, aplicáveis a toda espécie humana, integrando nessa geração os direitos da democracia (MENEZELLO, 2002, p. 26).

A Constituição de 1934 do Brasil já trazia a preocupação do Estado na consolidação das obrigações socioeconômicas com sua população. Na Constituição de 1988 houve separação, em capítulos distintos da Ordem Econômica e Financeira da Ordem Social (MENEZELLO, 2002, p. 27).

Como dito, seguindo o mesmo direcionamento das demais nações do mundo, o Brasil partiu do Estado Liberal do século XIX, ausente nas atividades econômicas, para um modelo de Estado Intervencionista, quando, em meados do século XX, passou a ter forte presença nas atividades econômicas, com a criação de empresas estatais, como forma de estabelecer um desenvolvimento econômico e tecnológico exercendo um papel de controlador das atividades consideradas, então, como estratégias (MENEZELLO, 2002, p. 39).

Uma dessas atividades foi a relacionada com a indústria petrolífera, em toda sua cadeia, desde a importação, passando pelo refino, transporte e distribuição. Também o setor de mineração e siderurgia foram considerados estratégicos, com a criação da Vale do Rio Doce e da Companhia Siderúrgica Nacional (MENEZELLO, 2002, p. 40).

A Constituição de 1988 veio a delimitar, em seu art. 175, essa atuação do Estado, definindo quais seriam atividades afetas ao serviço público, o que seria de concessão e aqueles que seriam de domínio privado (MENEZELLO, 2002, p. 41).

A fase de transposição do modelo de Estado Intervencionista, que se mostrava esgotado em todo o mundo, deu-se de maneira mais concreta com a implantação do Programa Nacional de Desestatização (PND), com um dos objetivos principais de transferir para o setor privado as atividades, até então criadas durante os anos 70 e 80, exploradas e controladas pelo Estado, utilizando-se de fundamentos inseridos na Constituição de 1988.

Para levar adiante esse processo de desestatização, com a criação do PND, surgiu um realinhamento jurídico, aliado a uma política administrativa como forma de afastar o Estado de uma série de funções sociais, impondo-se o Neoliberalismo como uma proposta nova. Essa foi uma tendência observada em vários países da comunidade internacional, como Inglaterra, países latinos e outros. Esse processo

culminou, em 1995, com alterações na Constituição, consolidando a atuação do Estado Brasileiro (MENEZELLO, 2002, p. 43).

No decorrer dos anos 90, os acontecimentos em todo o mundo demonstraram a fragilidade deste modelo intervencionista, passando a ser discutida a forma de atuação de um Estado prestador para a de um Estado mais regulador, ou seja, menos intervencionista, mais afastado da economia.

A globalização e o incremento do comércio de bens e serviços entre as nações provocaram novos debates sobre a internacionalização da economia e a condição dos países com força política inexpressiva nesse cenário mundial (MENEZELLO, 2002, p. 24).

Atualmente, observamos um Estado com atuação precipuamente de gestor, controlando setores estratégicos, como energia elétrica, telecomunicações, rodovias, ferrovias, através da regulação e fiscalização, atendendo às necessidades da sociedade. Para exercer essa atividade o Estado criou as agências reguladoras, objeto deste trabalho, como forma de intermediar os conflitos, internos e externos, entre os usuários e os agentes econômicos.

Com toda essa atual dinâmica de atuação do Estado (que passou tão somente a regular as atividades, e não mais a exercê-las), buscava-se atender ao princípio da legalidade e da eficiência, tanto na esfera nacional como na comunidade internacional, sendo este o princípio do Estado Neoliberal (MENEZELLO, 2002, p. 25).

Nota-se que o princípio da eficiência foi justamente inserido na nossa Constituição, no art. 37, em decorrência dessa reforma administrativa pela qual passou o Estado no final da década de 90.

Após todo esse processo de transferência para a iniciativa privada das atividades até então afetas ao Poder Público, começaram os debates para a concessão, também, a prestação dos serviços denominados públicos, com a promulgação da Lei Federal nº. 8.987, em fevereiro de 1995, que ficou conhecida como por Lei Geral de Concessões de Serviços Públicos, que veio a disciplinar o art. 175 da Constituição Federal (MENEZELLO, 2002, p. 44).

Verificou-se, por último, a necessidade de alterações nas funções do Estado como forma de agir na esfera pública e privada, mantendo um dinamismo da sociedade.

À proporção que foi assumindo outros encargos nos campos social e econômico, o Estado sentiu necessidade de encontrar novas maneiras de gestão do serviço público e da atividade privada exercida pela administração. A utilização de mecanismos como a descentralização e a desconcentração para retirar do centro um volume grande de encargos e permitir seu mais adequado e racional desempenho, foi de fundamental importância.

De acordo com Di Pietro (2010, p. 415):

De um lado, a ideia de especialização, com vistas à obtenção de melhores resultados, e que justificou e ainda justifica a existência de autarquias; de outro lado, e com o mesmo objetivo, a utilização de métodos de gestão privada, mais flexíveis e mais adaptáveis ao novo tipo de atividade assumida pelo Estado, em especial a de natureza comercial e industrial; em alguns países, como a Alemanha, isso foi feito com fins de socialização e, em outros, especialmente nos subdesenvolvidos, com vistas ao desenvolvimento econômico.

Esse contexto foi referendado pelas emendas constitucionais nº. 19/1998 e 45/2004, as quais representaram uma reforma administrativa do Estado, legitimando o Estado Neoliberal.

1.2 Da descentralização administrativa

A descentralização diferencia-se da desconcentração pelo fato daquela consistir na transferência de competências de uma para outra pessoa, física ou jurídica. Já esta é a distribuição interna de competências, ou seja, é criada uma relação de coordenação e subordinação dentro da mesma pessoa jurídica (DI PIETRO, 2010, p. 410).

A descentralização pode ocorrer de duas formas, quais sejam, a política e a administrativa.

A descentralização política ocorre quando os poderes e as funções administrativas exercidas pelo ente descentralizado são próprias, ou seja, não

decorre do ente central, evidenciando a autonomia – incluindo a legislativa – da pessoa jurídica criada. Um exemplo disso são municípios que podem “editar as próprias leis, sem subordinação a outras normas que não as da própria Constituição” (DI PIETRO, 2010, p. 411).

Já a descentralização administrativa é a que se verifica quando os entes descentralizados exercem suas funções usando apenas o valor jurídico que o ente central lhes empresta. Ao contrário da anterior, não há autonomia legislativa. O que ocorre é o que podemos chamar de autoadministração. Dessa forma, os entes descentralizados têm a “capacidade de gerir os próprios negócios, mas com subordinação a leis postas pelo ente central” (DI PIETRO, 2010, p. 411).

A descentralização administrativa, pode ser classificada em descentralização territorial ou geográfica; descentralização por serviços, funcional ou técnica e descentralização por colaboração.

A primeira, típica dos Estados unitários, como Bélgica, França, Espanha, Itália e Portugal; ocorre quando um ente descentralizado, geograficamente delimitado, é dotado de personalidade jurídica própria, de direito público, com capacidade administrativa genérica para exercer a totalidade ou a maior parte dos encargos públicos de interesse da coletividade, subordinada a normas emanadas do poder central (DI PIETRO, 2010, p. 412).

Já na descentralização por serviços, campo em que se insere a criação das agências reguladoras, de que trataremos mais adiante, o ente descentralizado, criado ou sendo autorizado sua criação por lei, detém a titularidade e a execução de determinado serviço público. No Brasil, este tipo de descentralização, corresponde às autarquias, às fundações governamentais, às sociedades de economia mista e às empresas públicas, que exercem serviços públicos. Segundo Di Pietro (2010, p. 413):

No caso da descentralização por serviço, o ente descentralizado passa a deter a titularidade e a execução do serviço; em consequência, ele desempenha o serviço com independência em relação à pessoa que lhe deu vida, podendo opor-se a interferências indevidas; estas somente são admissíveis nos limites expressamente estabelecidos em lei e têm por objetivo garantir que a entidade não se desvie dos fins para os quais foi instituída. Essa a razão do controle ou tutela a que tais entidades se submetem nos limites da lei.

Por fim, a terceira hipótese, descentralização por colaboração, ocorre quando, através de contrato (concessão de serviço público) ou ato administrativo unilateral (permissão de serviço público), transfere-se a execução de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, já constituída com capital exclusivamente privado, mantendo o Poder Público a titularidade do serviço. Difere da anterior tendo em vista que na descentralização por serviço é, necessariamente, nas palavras de Di Pietro (2010, p. 414):

[...] feita por lei, que cria uma pessoa jurídica pública, à qual atribui a titularidade e a execução do serviço, colocando-a sob a tutela do poder público (controle nos limites da lei). Vale dizer que o ente que cria a entidade perde a disponibilidade sobre o serviço, pois para retomá-lo, depende de lei.

Como visto acima, a remodelagem do papel do Estado – que, a partir da década de 90, passou a se afastar das atividades que lhes eram precípuas, para garantir apenas atividades essenciais – acabou por acarretar o fenômeno da descentralização. Nesse sentido, o Estado, ao invés de executor de atividades que lhes eram afetas, passou a “entregá-las” a outras pessoas jurídicas, por meio da descentralização por serviço ou por colaboração. O objeto deste estudo se insere justamente no âmbito da descentralização por serviço na medida em que há transferência de atividades para as agências reguladoras dá-se por meio de lei, lei esta que autoriza a criação de entes que comporão a administração indireta – fundação pública de direito privado, empresas públicas e sociedade de economia mista – ou que criaram esses entes – nesse caso as autarquias, incluindo as agências reguladoras, que, como veremos, são autarquias de regime especial.

1.2.1 Das entidades da Administração Indireta

De acordo com o art. 4º, II, do Decreto-lei nº. 200/67, compõem a Administração Indireta, independentemente de prestar serviço público ou exercer atividade econômica de natureza empresarial; as autarquias, as fundações instituídas pelo Poder Público, as sociedades de economia mista e as empresas públicas.

“A fundação instituída pelo Poder Público caracteriza-se por ser um patrimônio, total ou parcialmente público, a que a lei atribui personalidade jurídica de direito público ou privado, para consecução de fins públicos [...]” (DI PIETRO, 2010, p. 426).

Por outro lado, “a sociedade de economia mista é pessoa jurídica de direito privado, em que há conjugação de capital público e privado, participação do poder público na gestão e organização sob forma de sociedade anônima”, executando atividades econômicas e outras assumidas pelo Estado (DI PIETRO, 2010, p. 427).

Por fim, as empresas públicas são caracterizadas por serem pessoas jurídicas de “direito privado com capital inteiramente público (com possibilidade de participação das entidades da Administração Indireta) e organização sob qualquer das formas admitidas em direito” (DI PIETRO, 2010, p. 427).

Uma vez que, as agências reguladoras são espécies de autarquias, vamos analisar este instituto detalhadamente.

1.2.2 Autarquias

A autarquia é considerada uma “pessoa jurídica de direito público, integrante da Administração Indireta, criada por lei para desempenhar funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas do Estado” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 508).

Não devemos confundir autarquia com autonomia, uma vez que esta possui uma conotação política-legislativa, indicando aqueles entes descentralizados capazes de criar sua própria administração e organização jurídica. A autonomia não é uma pessoa instituída pelo Estado e sim uma parcela do próprio Estado, representada, por exemplo, pelas entidades políticas de uma federação (Estados, Distrito Federal e Municípios).

Dessa forma, as autarquias não têm caráter político, mas administrativo. Segundo Carvalho Filho (2010, p.507):

O Estado, quando cria autarquias, visa a atribuir-lhes algumas funções que merecem ser executadas de forma descentralizada. Daí não poderem criar regras jurídicas de auto-organização, nem terem capacidade política. Sua função é meramente administrativa. Por tal

motivo é que se pode afirmar que, enquanto a autonomia é o próprio Estado, a autarquia é apenas uma pessoa administrativa criada pelo Estado.

A Constituição estabelece que a criação das pessoas da Administração Indireta deve obedecer ao princípio da reserva legal, ou seja, serem criadas por lei específica (CARVALHO FILHO, 2010, p. 510).

No que se refere às autarquias, no âmbito federal, a lei que deve criá-la é de competência do Presidente da República que estabelece, também, sua estruturação e atribuições, devendo essa regra ser aplicada a Estados e Municípios. Para extingui-la, é também a lei o instrumento adequado.

“As autarquias podem ser federais, estaduais, distritais e municipais, conforme instituídas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios”. No entanto, as regras gerais aplicáveis a elas independem da esfera de onde tenham se originado (CARVALHO FILHO, 2010, p. 512).

Quanto ao objetivo para o qual foram criadas, as autarquias, podem ser classificadas em: assistenciais, previdenciárias, profissionais (ou corporativas), administrativas, de controle e associativas.

As autarquias assistenciais, criadas com a finalidade de diminuir as desigualdades, confere auxílio a regiões menos desenvolvidas ou a categorias sociais específicas menos favorecidas. A Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE), a Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM) e o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) são exemplos desse tipo de autarquia (CARVALHO FILHO, 2010, p. 513).

As previdenciárias visam atender à atividade de previdência social oficial, como é o caso do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Já as autarquias culturais estão voltadas à educação e ao ensino, como, por exemplo, as universidades federais.

As profissionais, também conhecidas como corporativas, são aquelas “incumbidas da inscrição de certos profissionais e de fiscalizar sua atividade”. Exemplo: Conselho Regional de Medicina (CRM); Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura (CREA), entre outras (CARVALHO FILHO, 2010, p. 513).

As autarquias administrativas são incumbidas de atividades administrativas e fiscalização, “quando essa atribuição for da pessoa federativa a que estejam vinculadas”. É o caso do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO); Banco Central do Brasil (BACEN) e Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) (CARVALHO FILHO, 2010, p. 514).

As autarquias de controle, campo em que se insere as agências reguladoras, como o próprio nome já diz, têm como função principal controlar as entidades prestadoras de serviços públicos ou atuar na área econômica por meio de concessões e permissões de serviços públicos. A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP) são exemplos de autarquia de controle. No próximo capítulo, iremos analisar devidamente esse tipo de autarquia.

Por fim, as associativas ou autarquias públicas, são “aquelas que resultam da associação com fins de mútua cooperação entre entidades públicas, formalizada pela instituição de consórcios públicos” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 514).

Não devemos esquecer também que, ao analisarmos as autarquias, devemos levar em conta o regime jurídico que estão inseridas. Quanto a isto, as autarquias podem ser comuns, ou seja, submetidas a uma disciplina jurídica sem qualquer especificidade; ou especiais, “regidas por disciplina específica, cuja característica seria a de atribuir prerrogativas especiais e diferenciadas a certas autarquias”, como as agências reguladoras (CARVALHO FILHO, 2010, p. 517).

No entanto, ao dispor sobre esse regime especial, o legislador foi omissivo e não chegou a defini-lo. Como forma de definir essa qualificação, “alguns doutrinadores adotaram o entendimento de que o regime especial se caracterizaria pelas regalias que a lei conferisse à autarquia, houvesse ou não referência em dispositivo legal”. Porém, essa definição nem sempre foi aceita (CARVALHO FILHO, 2010, p. 517).

Recentemente assistimos à criação de diversas agências reguladoras e muito tem-se discutido sobre o tema, especificamente sobre seu regime jurídico peculiar. O próximo capítulo irá tratar justamente do regime especial dessas pessoas jurídicas

de direito público, criadas por lei como integrantes da Administração Indireta do Estado.

2. DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

2.1 Surgimento

O termo “agência reguladora”, conforme importado do direito norte-americano, significa “qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta” (DI PIETRO, 2010, p. 467).

Naquele país, o seu significado é muito mais abrangente, não se adequando perfeitamente aos moldes das agências reguladoras no direito brasileiro, pois lá o termo Administração Pública é sinônimo de “agências”, ou seja, se excluirmos os três Poderes do Estado norte-americano, todas as autoridades públicas são consideradas agências (DI PIETRO, 2010, p. 463). As agências reguladoras norte-americanas excluem do conceito a própria Presidência da República ao passo que as agências brasileiras colocam o Chefe do Poder Executivo no ápice, orientando e dirigindo seu funcionamento; de modo que, em nosso país, não há possibilidade de existirem agências que não sejam dirigidas pelo Presidente da República.

Nos Estados Unidos, essas agências exercem funções típicas do Poder Legislativo e do Judiciário, tendo em vista que têm o poder de criar normas e solucionar litígios, determinando o direito para solucioná-los. No entanto, a possibilidade de criar normas tem sido objeto de discussão uma vez que o direito norte-americano não aceita que o legislativo delegue sua função a outros órgãos (DI PIETRO, 2010, p. 464).

Mesmo passando por uma crise de desconfiança, tanto por parte dos órgãos de governo quanto por parte da população, as agências dos Estados Unidos vêm servindo de base para a proliferação de agências no mundo inteiro. Tal fenômeno, conhecido como “agencificação”, visa substituir a multiplicação de entes com personalidade jurídica própria.

No Brasil, o direito não trata dessa forma as agências reguladoras, pois lhes confere um significado mais restrito. É denominada agência reguladora a pessoa jurídica (e não o órgão) criada mediante lei por um ente político com a natureza de

direito público e características peculiares, como veremos. Trata-se, portanto, de verdadeiras autarquias de regime jurídico especial.

A designação de agência é nova, no entanto elas já existem no Brasil há algum tempo. Sua independência em relação ao Poder Executivo e sua função normativa já existem no Brasil e não são assim tão recentes, como sua nomenclatura, podendo ser observados nas Universidades Públicas, no CADE, no Banco Central, no Conselho Monetário Nacional, no Conselho de Seguros Privados, entre outros (DI PIETRO, 2010, p. 468).

Desse modo, o termo agência só foi usado alguns anos depois do funcionamento das entidades com função reguladora e normativa, considerando-as em duas modalidades: as agências executivas e as agências reguladoras (DI PIETRO, 2010, p. 465).

As primeiras, apesar de não serem objeto do presente estudo, serão rapidamente explanadas para que não sejam confundidas com as agências reguladoras.

A agência executiva “é a qualificação dada à autarquia ou fundação que celebre contrato de gestão com o órgão da Administração Direta a que se acha vinculada, para a melhoria da eficiência e redução de custos” (DI PIETRO, 2010, p. 465).

Estas entidades, previstas na Lei nº. 9.649, de 27-5-1998, não são instituídas de imediato com essa denominação. O que ocorre neste tipo de agência é diferente, basta que preencham os requisitos do artigo 51 desta lei para existirem, ou seja, se a autarquia tiver um “[...] plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento” e “ter celebrado contrato de gestão com o respectivo Ministério supervisor”, ela será qualificada, no âmbito federal, pelo Presidente da República como Agência Executiva. De tal forma que se descumprirem esses requisitos voltam a ser denominadas apenas como autarquias, ou seja, perdem sua qualificação de agência executiva (DI PIETRO, 2010, p. 466).

Tal medida tem como objetivo melhorar a eficiência e redução de custos das autarquias e fundações de forma geral. Essas entidades, tomando por base os critérios do Prêmio Nacional da Qualidade, devem fazer uma avaliação do seu modelo de gestão, a fim de adotarem o melhor plano de reestruturação e de

desenvolvimento institucional, celebrando assim um contrato com o Ministério responsável e recebendo, por meio de decreto, o título de agência executiva.

A principal diferença existente entre esse tipo de agência e a agência reguladora é que

aquelas dificilmente conseguirão ter sua autonomia ampliada, uma vez que, além de estarem diretamente vinculadas a um órgão da Administração Pública, devido ao processo de desconcentração, sempre esbarrarão em normas constitucionais e legais (DI PIETRO, 2010, p. 466). Além disso, a agência executiva não tem a especialidade que as agências reguladoras possuem e que faz parte do processo de descentralização administrativa.

Já as agências reguladoras são pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei, integrantes da Administração Indireta do Estado, dotadas de autonomia peculiar, mais ampla do que as das autarquias comuns.

2.2 Agências reguladoras como espécie do gênero autarquia

De acordo com Di Pietro (2010, p. 430), as autarquias são pessoas jurídicas de direito público, instituídas por lei e criadas para exercerem serviços ou atividades típicas da Administração Pública.

A ideia de descentralização está diretamente ligada à função exercida pelas autarquias, de modo que o fato de conferir a outrem poderes da Administração do Estado pressupõe a existência de um ente autônomo e sem subordinação hierárquica.

Dessa forma, as autarquias e também as agências reguladoras têm autonomia administrativa, ou seja, não ficam vinculadas à entidade que as criou, portanto, não agem por delegação, uma vez que, agindo dessa forma, perderiam a finalidade para a qual foi criada, de descentralizar os serviços públicos (DI PIETRO, 2010, p. 430).

Agências reguladoras são, nesse contexto, uma espécie peculiar de autarquia justamente pelo seu caráter regulatório, além de outras características peculiares que as diferenciam, as quais serão tratadas mais detidamente no decorrer deste trabalho.

Desde o início do século passado, já existiam no Brasil entidades com função regulatória, mesmo sem a denominação de agências. Como exemplo, podemos citar (DI PIETRO, 2010, p. 467):

o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), o Instituto do Açúcar e do Alcool (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Pinho (1941), o Instituto Nacional do Sal (1940), todos esses institutos instituídos como autarquias econômicas, com a finalidade de regular a produção e o comércio. Além desses, podem ser mencionados outros exemplos, como o Banco Central, o Conselho Monetário Nacional, a Comissão de Valores Mobiliários e tantos outros órgãos com funções normativas e de fiscalização.

Dessa maneira, verifica-se que o Estado brasileiro, desde o início do século XX, utiliza-se de autarquias para auxílio no desempenho das atividades inerentes ao poder público.

O tema objeto deste trabalho é o estudo de uma das espécies de autarquia, que são as agências reguladoras, de que passaremos a tratar.

Segundo Carvalho Filho (2010, p. 531), a principal atribuição das agências reguladoras é a de

controlar, em toda a sua extensão, a prestação dos serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, bem como a própria atuação das pessoas privadas que passaram a executá-los, inclusive impondo sua adequação aos fins colimados pelo Governo e às estratégias econômicas e administrativas que inspiraram o processo de desestatização.

Isso ocorreu em decorrência do afastamento do Estado e em consonância com o princípio da eficiência, nos termos do art. 37, *caput* da CF/88.

De acordo com Di Pietro (2010, p. 471), as atribuições das agências reguladoras se resumem em:

regulamentar os serviços que constituem objeto da delegação, realizar o procedimento licitatório para escolha do concessionário, permissionário ou autorizatário, celebrar o contrato de concessão ou permissão ou praticar ato unilateral de outorga da autorização, definir o valor da tarifa e da sua revisão ou reajuste, controlar a execução dos serviços, aplicar sanções, encampar, decretar a caducidade, intervir, fazer a rescisão amigável, fazer a reversão de bens ao término da

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

Observando tais atribuições, vemos que ao ser criada uma agência reguladora, está-se substituindo um papel do Poder Executivo na Administração Direta.

As únicas agências que tem previsão constitucional estão dispostas nos artigos 21, XI e 177, §2º, III, da Constituição Federal, respectivamente, são: a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional de Petróleo (ANP). As demais não tem previsão legal, de tal forma que a função normativa dessas últimas agências “não pode, sob pena de inconstitucionalidade, ser maior do que a exercida por qualquer outro órgão administrativo ou entidade da Administração Indireta” (DI PIETRO, 2010, p. 472).

Assim, nas palavras da autora, as normas que podem ser editadas pelas agências reguladoras sem previsão legal, são:

(a) regular a própria atividade da agência por meio de normas de efeitos internos; (b) conceituar, interpretar, explicitar conceitos jurídicos indeterminados contidos em lei, sem inovar na ordem jurídica. Essa segunda função explica-se pela natureza técnica e especializada das agências. A lei utiliza-se, muitas vezes, conceitos jurídicos indeterminados, cujo sentido tem que ser definido por órgãos técnicos especializados (DI PIETRO, 2010, p. 472).

Como exemplo, podemos citar a lei criadora da Agência Nacional de Vigilância Sanitária de nº. 9.782/99, que lhe permite instituir normas e padrões que favorecerão o esclarecimento de significados de palavras como as citadas no art. 7º, IV, “limites de contaminantes, resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde”. É permitido à Agência, dentro de seus conhecimentos técnicos, editar ato normativo que defina e explane sobre todas as concepções necessárias aos “limites de contaminantes”, “resíduos tóxicos”, “desinfetantes” e “metais pesados”, sem, contudo, inovar o ordenamento jurídico e com isso ferir o princípio da legalidade.

Podemos dizer que as entidades que têm previsão legal como órgãos reguladores, ou seja, a ANATEL e a ANP, têm função normativa mais ampla. No

entanto, esses órgãos não exercem função legislativa, ou seja, não podem inovar o ordenamento jurídico, pois vai de encontro com o princípio da separação dos poderes. Além do mais, “as matérias que podem ser objeto de regulamentação são única e exclusivamente as que dizem respeito aos respectivos contratos de concessão, observados os parâmetros e princípios estabelecidos em lei” (DI PIETRO, 2010, p. 473).

Como veremos no próximo capítulo, o que mais gera dúvida é exatamente a característica que dá nome as agências, ou seja, sua função reguladora. Tal função vem sendo equiparada a das agências norte-americanas, por outras palavras, a elas está sendo dado o poder e a possibilidade de ditar normas com força de lei.

2.3 Regime jurídico das agências reguladoras

Uma vez que regular significa, de acordo com Salomão Filho (2001, p. 15), “[...] toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício de poder de polícia”, podemos considerar que existem, no Brasil, dois tipos de agências reguladoras. Nas palavras de Di Pietro (2010, p. 468), são elas:

- a) as que exercem, com base em lei, típico **poder de polícia**, com a imposição de limitações administrativas, previstas em lei, fiscalização, repressão; é o caso, por exemplo, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), criada pela Lei nº. 9.782, de 26-1-99, da Agência Nacional de Saúde Pública Suplementar (ANS), criada pela Lei nº. 9.961, de 28-1-2000, da Agência Nacional de Águas, criada pela Lei nº. 9.984, de 17-7-2000.
- b) as que regulam e controlam as atividades que constituem objeto de concessão, permissão ou autorização de serviço público (telecomunicações, energia elétrica, transportes etc.) ou de concessão para exploração de bem público (petróleo e outras riquezas minerais, rodovias etc.).

A primeira classificação engloba entidades com função reguladora muito parecida com outras já existentes no direito brasileiro, como o Banco Central, o Conselho Monetário Nacional, a Comissão de Valores Mobiliários, o Cade, entre tantos outros órgãos.

Já a segunda classificação refere-se àquelas entidades que estão assumindo e desempenhando os poderes da própria Administração Pública. Estas sim, constituem novidade no nosso ordenamento jurídico.

Não devemos esquecer que não existe lei genérica sobre agências reguladoras, nem que estabeleça o limite de atuação desses entes e é exatamente por este motivo que, ainda, discute-se a respeito de sua função reguladora. O que vem regulamentando estes órgãos são as leis dispersas que as criaram, como, por exemplo, “as de nº. 9.427, de 26-12-96, 9.472, de 16-7-97, e 9.478, de 6-8-97, que instituíram, respectivamente, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), a Agência Nacional de Petróleo (ANP)” (DI PIETRO, 2010, p. 469).

Assim, embora não exista uma legislação única com a finalidade de regulamentá-las, elas seguem mais ou menos uma mesma linha por estarem sendo criadas como autarquias de regime especial (definidas no art. 41, inciso IV, do Código Civil); ou seja, as agências reguladoras são consideradas, por isso, pessoas jurídicas de direito público, caracterizadas por sujeitarem-se às normas constitucionais, mas possuírem autonomia em relação ao poder público.

Vejamos as características especiais das agências reguladoras:

2.3.1 Independência técnica das agências reguladoras

As agências reguladoras são instituídas por lei específica justamente para que possam gozar de maior autonomia administrativa e independência frente ao ente que a criou.

Nesse sentido, quando se fala em independência das agências reguladoras, percebemos que tal compõe a independência decisória, independência de objetivo, independência de instrumento e independência financeira:

Nas palavras de Wald (1999, p. 146):

A independência decisória consiste na capacidade da Agência de resistir às pressões de grupos de interesses no curto prazo. Procedimentos para a nomeação e demissão de dirigentes, associados com a fixação de mandatos longos, escalonados e não coincidentes com o ciclo eleitoral são arranjos que procuram isolar a

direção da agência de interferências indesejáveis tanto por parte do governo quanto da indústria regulada.

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

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

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

Essa dependência deve, no entanto, obedecer ao regime constitucional brasileiro, diferentemente das agências reguladoras norte-americanas.

Uma vez que o direito brasileiro adotou o sistema de unidade de jurisdição, a apreciação do Poder Judiciário é inevitável, ou seja, a agência pode solucionar conflitos até a última instância administrativa, mas nada impede o controle das suas decisões pelo Poder Judiciário, que é amparado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Assim, podemos concluir que não existe independência das agências com relação a esse Poder (DI PIETRO, 2010, p. 471).

Praticamente também não existe independência com relação ao Poder Legislativo, uma vez que seus atos normativos não podem, de forma alguma, conflitar com a Constituição Federal. Esses atos estão, ainda, sujeitos a controle.

A maior independência que nós vemos ocorre no campo do Poder Executivo. Os dirigentes das agências reguladoras, diferentemente do que ocorre com os dirigentes da maior parte das autarquias da Administração Indireta que ocupam cargos de confiança, são detentores de estabilidade, não precisando subordinar-se ao Chefe do Poder Executivo. Além disso, os atos praticados pelas agências reguladoras não podem ser revistos e alterados pelo Poder Executivo, devem apenas se limitar ao estabelecido em lei.

2.3.2 Investidura e mandato dos dirigentes

As agências reguladoras, como entes responsáveis por fiscalizar/regular determinado setor específico da Administração Pública, devem ser dirigidas por um dirigente dotado de elevado grau de conhecimento e especializado na atividade do setor de atuação da agência. Inclusive, a Lei nº. 9.986/2000 dispõe que o Diretor Geral deve ser um brasileiro de reputação ilibada, com formação universitária e com conhecimento no campo de especialidade para o qual foi nomeado, devendo ser escolhido pelo Presidente da República, após aprovação do Senado.

Tais requisitos têm como objetivo garantir a estabilidade e a independência no exercício das funções de seus dirigentes. Segundo Di Pietro (2010, p. 469),

Sendo autarquias, [as agências] sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade; o **regime especial** vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração Direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que eles somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade de exoneração *ad nutum*; ao caráter final das suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública. (Grifos do original).

Nesse sentido, a Lei nº. 9.986, de 18-7-2000 dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras, estabelecendo, de acordo com o art. 4º, que “as Agências serão dirigidas em regime de colegiado, por um Conselho Diretor ou Diretoria composta por Conselheiros ou Diretores, sendo um deles seu Presidente ou o Diretor-Geral ou Diretor-Presidente” (DI PIETRO, 2010, p. 470).

Os art. 5º e 6º dispõem, ainda, que os membros e Diretor que compõem tal colegiado devem ser brasileiros e especialistas na área em que a agência reguladora atua, sendo que o mandato de cada Presidente será determinado pela Lei específica de cada agência. O art. 8º, de cunho moralizador, impede, por um período de quatro meses, que o diretor de mandato anterior atue na área em qualquer tipo de serviço regulado pela agência, sendo que apesar de afastado deverá receber o equivalente ao seu salário como Diretor.

Dessa forma, para se garantir a autonomia das agências reguladoras, os diretores são fixos e seus mandatos considerados estáveis, totalmente oposto do

nosso sistema jurídico, onde a demissão do dirigente público, denominada de *ad nutum*, pode ocorrer a qualquer momento (MENEZELLO, 2002, p. 87).

Apesar de muitos acreditarem que o fato do mandato ser fixo é um privilégio dado aos dirigentes das agências reguladoras, o que ocorre, na verdade, não é isso. Trata-se de um “requisito essencial para resguardar o princípio da segurança jurídica para os agentes regulados, objetivando maior continuidade nos atos regulatórios” (MENEZELLO, 2002, p. 87).

Com relação ao mandato dos dirigentes, existem duas considerações a serem feitas. A primeira diz que, em nenhuma hipótese, pode um Chefe do Executivo, afastar o dirigente de uma agência, ainda que o tenha nomeado; a não ser que este dirigente venha cometer atos contrários a legislação e que já são estabelecidos como determinantes da perda.

Já a segunda, refere-se aos casos em que, quando os mandatos dos dirigentes alcançam novos Chefes do Executivo, estes não poderiam destituí-los, uma vez que tal cargo não se trata de cargo de confiança nomeado apenas pelo Chefe do Poder Executivo, mas também pelo Poder Legislativo, principalmente no que se refere a aprovação, sob pena de ir contra o princípio da independência e harmonia dos poderes.

Assim, de acordo com Menezello (2002, p.89), há de se concluir que:

[...] é a lei de criação da agência que determina a validade dos mandatos, e não a vontade do novo Chefe do Executivo. Pelo princípio da continuidade das leis, permanece válido e eficaz o preceito de que a cada nova eleição os novos governantes devem atender ao direito legitimamente posto. A característica de autonomia também aqui se configura no sentido de que, por ser um órgão técnico, o mandato da direção da agência segue intocável até seu término, nos estritos limites da lei.

Assim, o que pode acontecer é o atual Chefe do Executivo indicar novos nomes para estes dirigentes. No entanto, eles devem passar pelo processo de aprovação para assumirem, só assim estariam atendendo os princípios constitucionais.

2.3.3 Titularidade de competências privativas e de competência regulamentar

É relevante lembrarmos que “as competências atribuídas por lei às agências reguladoras são retiradas da Administração direta” (JUSTEN FILHO, 2008, p. 557).

Assim, pelo processo de descentralização, ao ser conferido as agências poderes até então próprios e privativos da Administração centralizada, visa-se não só reduzir seu poder, como também evitar o volume de atividades do Estado.

Isso significa que o Presidente da República, chefe do Executivo, não poderá solucionar questões de competência das agências reguladoras, ou seja, essas poderão apenas ser limitadas pelo Poder Judiciário. Podemos verificar pela impossibilidade do Ministério em julgar ou rever atos praticados pelas agências reguladoras (JUSTEN FILHO, 2008, p. 557).

Por outro lado, as agências têm o poder de editar normas regulamentares. Ao analisarmos o art. 84, IV, da Constituição Federal, que traz expresso que “compete privativamente ao Presidente da República, sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução” não podemos entendê-lo como o único titular do poder de regulamentação das leis, não é uma reserva constitucional. Tal competência está distribuída entre as diversas entidades da Administração Pública, uma vez que seria impossível ao Presidente acumular o poder de editar todas as normas e regulamentos da Administração.

2.3.4 Regime pessoal

A Lei nº. 9.986/00, que dispõe sobre os recursos humanos das Agências Reguladoras, trata de forma diferente os servidores das agências reguladoras dos demais autarquias, estabelecendo para aqueles o regime de emprego público.

A mesma lei regulamenta ainda sobre o regime jurídico dos seus servidores. A lei dizia que os membros das agências reguladoras seriam regidos pelo regime celetista. Ocorre que o STF estabeleceu, através da ADI 2310, que por se tratar de uma atividade estatal o regime jurídico não deveria ser o celetista e sim o estatutário. Posteriormente, a lei foi substituída pela de nº. 10.871, de 20-5-2004, e

esta extinguiu os empregos públicos existentes, criando apenas cargos públicos sujeitos ao regime estatutário (DI PIETRO, 2010, p. 470).

2.3.5 Licitação

No que tange ao procedimento de licitação, algumas agências reguladoras, como a ANATEL, criada pela Lei nº. 9.472/97, tentaram eximir-se do cumprimento das formas licitatórias exigidas pela Lei de Licitações.

Como exemplo de tal objetivo, temos no art. 54, parágrafo único, que tal lei permitia a ANATEL “definir seus próprios procedimentos para licitação, podendo inclusive adotar modalidades específicas como o pregão e a consulta” (MARINELA, 2012, p. 140).

O STF, através da ADI nº. 1.668, declarou inconstitucional todos os dispositivos que conferem as agências reguladoras disciplinarem sobre matéria referente a contratos e licitações, uma vez que legislar sobre esse tipo de assunto é exclusivo da União.

Nessa ADI, inúmeros dispositivos de leis criadoras das agências reguladoras, sofreram mudanças de interpretação e suspensão, dispondo que sua competência é meramente regulamentar, não podendo nunca opor-se as normas gerais previstas na Constituição Federal.

Assim, não há dúvidas “de que a agência reguladora está sujeita à norma geral das licitações, ficando rejeitadas as soluções legislativas similares previstas em outras normas [...]” (MARINELA, 2012, p. 140).

No entanto, é interessante observarmos que, no que se refere ao art. 54, parágrafo único, da Lei nº. 9.472/97, citada anteriormente, o STF decidiu manter a aplicação, não só dele, como também de todos os outros artigos da mesma lei que tratam deste assunto.

É interessante ressaltarmos, porém, que o pregão criado através de Medida Provisória, no dia 01 de junho de 2000, ou seja, posterior a lei criadora da ANATEL, estabelecia que somente a União poderia disciplinar sobre este conteúdo. Atualmente, a Lei nº. 10.520/02, tida como norma geral de licitação, permite que todos os entes da federação utilizem esta modalidade licitatória. Logo, atualmente,

não há nenhum problema das agências reguladoras utilizarem do pregão, desde que obedeçam a norma geral de licitação, o que não representa uma modalidade exclusiva das agências, mas sim algo decorrente de lei.

O problema maior refere-se quando pensamos na modalidade da consulta, pois não há previsão constitucional definindo tal procedimento e uma simples lei que cria autarquia não teria competência para defini-la. O que sabemos sobre ela é que “[...] é aplicável quando não se admitir o pregão” (MARINELA, 2012, p. 141).

Assim, uma vez que o instrumento da licitação é criado exatamente para que seja evitado o favoritismo e a corrupção, buscando sempre o melhor para o interesse público; não se justifica deixar sobre o controle das agências o que seria de competência da Constituição Federal.

No próximo capítulo, vamos discorrer acerca da característica peculiar das agências reguladoras, qual seja, o seu poder normativo.

3. LIMITES AO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

3.1 Regulamentação e regulação

As agências reguladoras, autarquias de regime especial, foram criadas com a função de “regulamentação, controle e fiscalização de serviços públicos, atividades e bens transferidos ao setor privado” (MARINELA, 2012, p. 134).

No entanto, o aspecto que mais gera conflito em relação às mesmas é o que diz respeito aos limites de sua função reguladora e normativa. “Não há dúvida de que a esse poder está vedada a invasão de competência legislativa, devendo ater-se a aspectos técnicos, providências subalternas à lei, disciplinadas por meio de regulamentos, não podendo contrariar ou distorcer a disposição legal” (MARINELA, 2012, p. 134).

Ao refletirmos sobre a diferença do poder regulador para o regulamentador devemos nos atentar e redimensionar esses conceitos na ordem jurídica nacional. De acordo com a autora Maria D’Assunção Costa Menezello, o conceito de regular não é exatamente inovador em nosso Direito, trata-se de um significado reformulado tentando abranger as necessidades e demandas atuais (MENEZELLO, 2002, p. 100).

Utilizando-se das palavras de Marçal Justen Filho, Maria D’Assunção nos explica que “a produção de regras técnicas acerca do desempenho das atividades econômicas relevantes passa à titularidade de órgãos técnicos”, o que está sendo repassado, por lei, para as agências reguladoras, com o intuito de executar a regulação de determinado setor da economia (MENEZELLO, 2002, p. 100).

Segundo a doutrinadora, o poder regulador é um “poder e um dever atribuídos institucionalmente pelo Poder Legislativo a uma autarquia, denominada agência reguladora, quando da aprovação de sua lei de criação” (MENEZELLO, 2002, p. 101).

Ao exercer esse tipo de poder, a agência reguladora obriga-se a abordar os temas considerados mais concretos, ou seja, aqueles temas de ordem técnica, deixando os abstratos, para a esfera do Poder Legislativo, tendo em vista que a agência reguladora é impedida de inovar o ordenamento jurídico.

No entanto, não devemos esquecer que “para realizar os interesses gerais da atualidade no contexto de um Estado intervencionista, não basta editar uma lei abstrata, genérica e distante”. É necessário que haja um equilíbrio com a realidade o tempo todo, para que fique definido o que é ou não aceitável (MENEZELLO, 2002, p.102).

Nas palavras de Menezello (2002, p. 102),

Não se trata, em nosso entender, de invadir as competências do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, mas de atuar, administrativamente, dentro dos estritos limites que a lei autorizou, por vontade expressa dos dois Poderes mencionados, os quais propuseram, elaboraram e votaram as respectivas leis de criação. Adite-se que, dentro de nossa história jurídica, os Conselhos, que não têm personalidade jurídica, também emitem atos normativos gerais e obrigatórios. Dessa maneira, não nos causa espanto, nem afronta o sistema de nosso Direito, o fato de órgãos administrativos, agora com novas denominações, expedirem atos normativos gerais e/ou concretos.

A limitação ao Poder Regulador das agências sobrevém tanto da Constituição Federal, amparada por princípios e preceitos fundamentais quanto pela lei de criação de cada uma das agências. “Assim, podemos afirmar que regular é, pois, editar atos normativos infralegais com legitimidade e eficácia nos limites outorgados pela lei” (MENEZELLO, 2002, p. 103).

Para outros autores, o pensamento com relação a diferença do poder regulador e regulamentador começa com um debate doutrinário acerca do significado das palavras “regular” e “regulamentar”.

De acordo com o autor Marçal Justen Filho, por exemplo, a expressão “regulação” não pode e não deve ser confundida com o vocábulo “regulamentação”. Da mesma forma como dispõe o art. 84, IV, da Constituição Federal, a “regulamentação” está relacionada a “função normativa infra-ordenada, pela qual se detalham as condições de aplicação de uma norma de cunho abstrato e geral” (JUSTEN FILHO, p. 532).

Já o conceito de “regulação” seria muito mais amplo e distinto. Em outras palavras, “regulação” seria um gênero na qual “regulamentação” seria uma espécie.

De acordo, ainda, com o mesmo autor, toda regulação é, ao mesmo tempo, econômica e social, ou seja, a intervenção do Estado na economia está relacionada a melhorias no setor social.

Para Marçal, a regulação econômico-social é um dos tipos de atividade estatal que se transpõem no desenvolvimento de várias outras funções, por isso, é um erro dizer que a regulação corresponde apenas ao exercício de atividade administrativa (JUSTEN FILHO, p. 532).

Nas palavras de Justen Filho (2008, p. 533),

A regulação consiste na adoção de normas e outros atos estatais, sem se traduzir na aplicação dos recursos estatais para o desempenho direto de alguma atividade no domínio econômico-social. A regulação estatal se traduz numa atuação jurídica, de natureza repressiva e promocional, visando a alterar o modo de conduta dos agentes públicos e privados.

Assim, devemos entender que, para o autor, a “regulação” seria capaz de abranger inúmeros ramos, diferentemente da “regulamentação”. “A regulação consiste na opção preferencial do Estado pela intervenção indireta, puramente normativa” (JUSTEN FILHO, p. 534). Ele reservou para si o controle de algumas atividades, inclusive a elaboração de normas e decisões necessárias para o funcionamento das instituições estatais e não estatais.

“Esse conjunto de normas chega a ser identificado como um ramo específico do direito, o direito econômico (ou o direito público da economia)” (JUSTEN FILHO, p. 534). No entanto, a expressão “Estado regulador” têm um conteúdo muito mais específico que a expressão “regulação”.

Para Diogenes Gasparini, o poder regulamentar é uma “das mais importantes atribuições da Administração Pública”. (GASPARINI, 2011, p. 171).

Nas palavras de Gasparini (2011, p. 175),

O ato que se origina do exercício da atribuição regulamentar chama-se *regulamento*. Pode, em nosso ordenamento, ser definido como *o ato administrativo normativo, editado, mediante decreto, privativamente pelo Chefe do Poder Executivo, segundo uma relação de compatibilidade com a lei, para desenvolvê-la*. Por essa definição vê-se que o Direito Positivo brasileiro só admite o *regulamento de*

execução, isto é, o regulamento destinado à fiel execução da lei, consoante prescreve o inciso IV do art. 84 da Constituição Federal.

Assim, apesar da divergência doutrinária acerca da diferença ou não de regulação para regulamentação, o que nos interessa é saber que a limitação ao poder regulador e regulamentador das agências reguladoras surge tanto dos princípios instrumentais de organização estatal (separação dos poderes e legalidade) quanto dos objetivos do Estado Democrático de Direito, cumpre esclarecer e analisar se o exercício desse poder normativo, encontra ou não parâmetros no ordenamento jurídico.

3.1.1 Princípio da legalidade

A constante mudança da sociedade, agregada ao número cada vez maior de atividades dotadas de particularidades técnicas, inviabilizou a aplicabilidade apenas nas normas gerais do ordenamento jurídico, muitas vezes abstratas e não condizentes com o caso concreto. Ou seja, o pluralismo e complexidade da sociedade fez com que houvesse a necessidade de busca de diferentes fontes que disciplinasse todas as novas situações sociais que requeressem a incidência do Direito.

Viu-se a necessidade de especialização das fontes do Direito e dos respectivos órgãos procedentes. O Poder Legislativo, responsável pela elaboração das leis que regulam o Estado, a conduta dos cidadãos e das organizações públicas e privadas, viu-se relativamente incapaz de lidar com a complexidade, pluralidade e técnica de inúmeras matérias que exigiam sua atuação.

Foi nesse contexto de incapacidade e ineficiência que o legislativo, através do processo de descentralização da Administração Direta, viu-se obrigado a criar um ente autônomo para exercer este tipo de função, principalmente aquelas que envolviam um maior conhecimento técnico e específico.

Ao defrontarmos o princípio da legalidade com a possibilidade da Administração Pública de conceder poderes normativos para demais órgãos autônomos criados pelo processo de descentralização, nos deparamos com um eventual problema, uma vez que tal princípio, consagrado no inciso II do artigo 5º da

Constituição Federal, preceitua que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Não devemos, no entanto, encarar tal princípio de maneira absoluta, de forma a impossibilitar a Administração Pública de estabelecer normas gerais e abstratas.

A relativização do princípio da legalidade não significa que o mesmo deve deixar de ser aplicado ou considerado de pouca importância para a segurança jurídica do nosso ordenamento; ao contrário, ele constitui uma das garantias fundamentais mais importantes da nossa Constituição Federal. Entretanto, isso não significa que os administrados serão obrigados a seguir diferentes atos normativos que não a lei.

O que devemos levar em conta é que, “independente do poder ou entidade emanadora das normas jurídicas, estas devem sempre obedecer à hierarquia estabelecida pelo ordenamento jurídico, ao devido processo legal e visar a realização dos valores constitucionais”. É assim que devemos encarar o poder normativo das agências reguladoras.

3.2 Autonomia das agências reguladoras

Como vimos anteriormente, as agências reguladoras são criadas por lei, sob forma de autarquia especial, para que possam usufruir de uma maior autonomia e independência em relação aos órgãos da administração que estão vinculadas.

A independência das agências reguladoras pode ser observada, principalmente, quando analisamos o mandato dos dirigentes dessas agências; que nada se aproxima aos dos chefes do Poder Executivo. No entanto, a autonomia das agências é algo complexo, vez que demanda a associação de fatores para o bom desempenho de suas funções.

A dúvida está no fato de conceituar se a independência atribuída às agências reguladoras ocorre nos dois níveis, ou seja, a independência legal, proveniente da sua lei de criação, e a independência real, aquela que envolve outros fatores, além das disposições legais, como por exemplo, o relacionamento entre a agência, o governo e a indústria regulada, a qualidade de seu corpo técnico, a disponibilidade

de recursos para o seu funcionamento e até mesmo as personalidades de seus diretores.

Assim, podemos concluir que a independência das agências não depende única e exclusivamente de apenas um fator; são vários fatores que juntos desempenham de maneira satisfatória suas atividades.

Uma vez que se passou mais de uma década do estudo minucioso feito pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, para que fosse garantida as agências suas independências funcional e completa satisfação de suas obrigações, devem ainda ser obedecidos os seguintes princípios setoriais, como nos diz Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2005, p. 447):

Independência política dos dirigentes, a serem nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, mas sob aprovação do Poder Legislativo, com mandatos estáveis, durante um prazo determinado, e preferentemente defasado dos períodos dos mandatos políticos do Executivo;
Independência técnicodecisional, com predomínio da discricionariedade técnica sobre a discricionariedade político-administrativa e sem recurso hierárquico impróprio de suas decisões para o Poder Executivo;
Independência normativa, necessária para a disciplina autônoma dos serviços públicos e das atividades econômicas submetidos à sua regulação e controle;
Independência gerencial, orçamentária e financeira, preferentemente ampliada por meio de contratos de gestão (acordos de programa) celebrados com o órgão superior da Administração Direta.

Assim, é garantida a independência funcional das Agências Reguladoras quando são respeitados os princípios enumerados acima.

Entretanto, quanto aos Poderes Judiciário e Legislativo, Di Pietro (2010, p. 471) entende que praticamente inexistente a apregoada independência. Primeiramente em relação ao Poder Judiciário, caso a agência pratique algum ato que cause dano, lesão ou até mesmo ameaça de lesão, não há como impedir que tal problema seja apreciado pelo Poder Judiciário, ficando, portanto, nestes casos, a ele submetida. Já em relação ao Poder Legislativo, por força do Princípio da Legalidade, seus atos não podem conflitar com normas constitucionais ou legais. Ademais, as agências estão sujeitas ao controle financeiro, contábil e orçamentário exercido pelo Legislativo.

Portanto, no Brasil, para as agências reguladoras é confiado um conjunto de tarefas diversas, das quais fazem parte, além das peculiaridades de cada uma

delas, diante da diversidade de textos legais, as enumeradas por Barroso (2005, p. 11):

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

As tarefas mencionadas, respeitando as nuances de cada setor, darão maior eficiência ao cumprimento dos fins da agência reguladora específica.

Pode-se concluir que é de vital importância a independência das agências reguladoras, para poderem desempenhar o papel que a lei criadora lhes confiou, para o bem do Estado, da iniciativa privada e principalmente da sociedade, na qual se encontram os usuários e consumidores finais.

3.3 Limites constitucionais ao poder de regulamentar

O primeiro limite constitucional ao poder de regulamentar das agências reguladoras está relacionado ao fato de que estas não podem, de forma alguma, inovar o ordenamento jurídico, ou seja, o poder normativo dessas agências deve sempre pautar na lei e ser compatível com ela.

Além disso, como já vimos no capítulo anterior, o poder normativo das agências não pode, de forma alguma, instituir normas que não estão previstas na lei. Assim, referidas autarquias não podem criar novas obrigações e deveres às pessoas jurídicas às quais estão controlando. Do ponto de vista constitucional, não é viável que a autoridade administrativa inaugure a ordem jurídica através da emanção de atos que restrinjam o universo de direitos constitucionalmente ou legalmente assegurados aos administrados, isso porque não se pode confundir o caráter hierárquico das leis, como um todo, com o dos regulamentos em geral.

Não devemos, no entanto, entender, com isso, que é impossível às agências criar obrigações e direitos. Se, previamente, autorizados por lei, essas agências podem gerar deveres, direitos e obrigações; e isso não se dará apenas na condição de ato executivo. A lei trará especificamente a competência e o limite que aquela agência reguladora terá para dispor sobre diversas matérias dentro dos limites previstos constitucionalmente.

Tais agências não podem também restringir, de forma alguma, a atividade econômica privada, subordinando o seu exercício à expedição de prévia autorização por parte de órgãos públicos, a não ser que tenham sido expressamente permitidos em lei.

O regulamento criado pelas agências reguladoras não terá efeito retroativo, a não ser que seja para beneficiar os cidadãos.

Além disso, deverá ser devidamente fundamentado e justificado, obedecendo à necessidade pública, de fato e de direito, da época em que foram criadas. Isso torna-se necessário, para que se verifique se os atos normativos são compatíveis com a Constituição Federal e com o ordenamento jurídico de forma geral.

Por fim, os atos normativos expedidos pelas agências serão sempre passíveis de controle pelo Poder Judiciário, podendo o mesmo anulá-los sempre que eivados de ilegalidade.

A delimitação do poder de regulamentar – feita pela própria lei instituidora da Agência Reguladora – é de fundamental importância para que as agências saibam até onde vai seu efetivo poder de exercício. Isso facilitaria e aceleraria visivelmente o seu exercício, pois não teriam medo de atuar e serem barradas pelo Poder Judiciário. Quando os limites são impostos, aponta-se a área de atuação tanto para as agências reguladoras quanto se confere um limite para o Poder Judiciário declarar nulos os campos de atuação que excedam.

Tendo em vista vários questionamentos a respeito da efetividade das agências reguladoras no Brasil e da limitação do seu poder normativo, discutindo se essas agências vêm ou não cumprindo o seu papel com imparcialidade e independência, tem-se que: o poder regulador e regulamentador das agências reguladoras deve respeitar, com já foi dito no tópico anterior, o princípio da legalidade, princípio este submetido não só a administração em geral, como também

a todos os outros órgãos e pessoas, submetendo-as e negando-as toda e qualquer força jurídica para estabelecer regras que impliquem limitações a liberdade e propriedade das pessoas. Além disso, a administração não pode ir além dos limites fixados pelo legislador e não possui competência para inovar o ordenamento jurídico.

Assim, torna-se fácil observar que as agências reguladoras deverão ser limitadas pela lei, ou seja, cabe ao legislador definir os limites de atuação das atividades das agências reguladoras.

É notório que a lei deve definir os objetivos a serem usados e os limites de atuação das atividades das agências reguladoras, para tanto, cabe aos poderes judiciário juntamente com o poder executivo e legislativo, fixar, respectivamente, jurisprudências e leis regulando e impondo limites ao poder normativo das agências reguladoras, observando em primeiro lugar as necessidades da sociedade, já que as agências não podem ir além de suas competências, sob pena de ter seu ato anulado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das críticas existentes com relação à intervenção do Estado na economia, à ineficiência e incapacidade de suas empresas em prover os serviços públicos, o Estado viu-se obrigado a descentralizar muitas das suas atividades. No entanto, preferiu conservar para si toda a parte de fiscalização e regulação. Assim, poderia se despreocupar com a prestação dos serviços públicos e concentrar-se nas atividades sociais, prioridades do Estado.

No entanto, apesar de transferir ao setor privado toda a prestação do serviço público, não deixou de intervir nas atividades transferidas. Ao contrário, exigia do setor privado uma constante explanação sobre todos os gastos, a fim de garantir a qualidade dos serviços públicos e evitar um excesso de lucratividade, onerando a população em geral.

Com o objetivo de alcançar todos esses requisitos, o Estado criou as agências reguladoras, que, como vimos, são pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei, em consonância com o art. 37, IV, da Constituição Federal, integrantes da Administração Indireta. Vê-se, portanto, que a criação das agências reguladoras é fruto de um processo de descentralização.

A doutrina, conforme estudamos no decorrer deste trabalho, afirma que as agências reguladoras são pessoas jurídicas de direito público, com características especiais, quais sejam, independência e autonomia administrativa e financeira, especialização técnica, autonomia executiva, autonomia decisória e autonomia normativa. Em relação a esta tecemos maiores comentários no terceiro capítulo.

Estudamos que essas agências devem estar afastadas de qualquer influência política. Para que isso ocorra é necessário dar-lhes certa autonomia. Contudo, o legislador traçou regras gerais para essas agências, mas deixou de estabelecer-lhes regras ou leis específicas, ficando, portanto, as mesmas responsáveis por organizar os ordenamentos próprios.

Ao estudar sobre o poder normativo de tais agências reguladoras percebe-se que as mesmas devem respeitar a Constituição Federal, ou seja, de forma alguma poderão inovar o ordenamento jurídico e ir contra quaisquer de seus princípios, principalmente o da legalidade. Dessa forma, em consonância com o art. 84, IV, da

Constituição Federal, devem elaborar os regulamentos visando à fiel execução da lei, de tal sorte que, é a legalidade a definidora do limite da atuação das agências reguladoras.

Nesse sentido, embora as agências reguladoras tenham autonomia, seus atos podem ser revistos pelo Judiciário, de forma a intervir todas as vezes que não forem respeitados os limites estabelecidos às agências reguladoras, quais sejam, estabelecer normas que vão contra a lei e à própria Constituição Federal. Assim, se ultrapassarem seus limites, cabe ao Poder Judiciário anular o ato que contraria a competência dessas agências.

Enfim, pretendemos com este trabalho, apresentar o tema concernente às agências reguladoras, dando enfoque na sua principal característica, qual seja, a de editar normas com especialização técnica.

O referido assunto é bastante controverso, pois a autonomia e o poder de regular e regulamentar dados a esses entes podem ser utilizados ferindo o princípio basilar do Estado Democrático de Direito: o princípio da legalidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BARROSO, Luis Roberto. *Transformação do Estado e legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. rev., ampl. e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEHFELD, Lucas de Souza. *Controles das agências reguladoras*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.

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

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel. Agências reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 141, p. 143-171, jan/mar-1999, p.146.