

ELIANE SILVEIRA BONATTO FAIRBANKS

**AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL: PODERES
E LIMITAÇÕES**

ESCOLA PAULISTA DE DIREITO – EPD
Especialização em Direito Constitucional e Administrativo

São Paulo
2009

ELIANE SILVEIRA BONATTO FAIRBANKS

**AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL: PODERES
E LIMITAÇÕES**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação Lato Sensu, Especialização em Direito Constitucional e Administrativo, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Escola Paulista de Direito (EPD).

Orientadores: Fábio Franco Pereira

Helen Ortolani

**São Paulo
2009**

A meus filhos, por tantos momentos não compartilhados.

AGRADECIMENTOS

Às Dras. Ilene Patrícia de Noronha Najjarian e Márcia Tanji, pelo exemplo de entusiasmo e dedicação.

RESUMO

FAIRBANKS, Eliane Silveira Bonatto. AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL: Poderes e limitações. Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação Lato Sensu, Especialização em Direito Público pela Escola Paulista de Direito (EPD).

A monografia discorre sobre os poderes e limitações das agências reguladoras no Brasil. Define os conceitos de agência reguladora, regulação, autarquia, regime especial, função reguladora, agência executiva. Apresenta uma evolução histórica no conceito de agência reguladora no Brasil e no mundo a partir do posicionamento econômico do Estado. Apresenta as principais características das agências reguladoras, sua criação, duração e extinção, e discute sua independência perante os três Poderes, o regime de pessoal das agências e a duração do mandato de seus dirigentes. O trabalho classifica e apresenta as principais agências brasileiras, e discute o poder normativo e de polícia das agências reguladoras; seu conceito, características e limites. Finaliza expondo um panorama da regulação quase vinte anos após a criação do Programa Nacional de Desestatização, que proporcionou o surgimento do modelo atual das agências reguladoras no Brasil.

Palavras-Chave: Direito Constitucional; Direito Administrativo; Agências Reguladoras; Regulação; Autarquia; Regime Especial; Agência Executiva; Poder Normativo; Poder de Polícia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 - CONCEITOS.....	10
1.1 - CONCEITO DE AGÊNCIA REGULADORA.....	10
1.1.1 - AUTARQUIA	11
1.1.2 - REGIME ESPECIAL	12
1.1.3 - FUNÇÃO REGULADORA.....	13
1.2 - CONCEITO DE REGULAÇÃO	13
1.2.1 - CONCEITO DE REGULAÇÃO SEGUNDO A OCDE	15
1.2.2 - TIPOS DE REGULAÇÃO.....	16
1.2.3 INSTRUMENTOS DA REGULAÇÃO.....	17
1.3 - AGÊNCIA EXECUTIVA	17
2 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	19
2.1 - FORMAS DE POSICIONAMENTO ECONÔMICO DO ESTADO	19
2.1.1 - O ESTADO LIBERAL.....	19
2.1.2 - O ESTADO INTERVENCIONISTA.....	20
2.1.3 - O ESTADO SOCIAL	20
2.1.4 – O ESTADO SOCIALISTA.....	21
2.1.5 - O ESTADO REGULADOR.....	21
2.2 - HISTÓRICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO MUNDO.....	22
2.2.1 - O MODELO NORTEAMERICANO.....	23
2.2.2 - O MODELO EUROPEU	26
2.2.3 - ARGENTINA	27
2.3 - HISTÓRICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL	27
2.3.1 - PREVISÃO CONSTITUCIONAL	29
2.3.2 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	30
3 - CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	31
3.1 – PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	31
3.1.1 – CAPACIDADE TÉCNICA E PERMEABILIDADE	32
3.1.2 - INDEPENDÊNCIA.....	32
3.1.3 – RISCO DE CAPTURA.....	37
3.2 – CRIAÇÃO, DURAÇÃO E CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	38

3.2.1 – CRIAÇÃO E INSTITUIÇÃO.....	38
3.2.2 – DURAÇÃO E EXTINÇÃO.....	39
3.3 – CONTROLE E PRESTAÇÃO DE CONTAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	40
3.3.1 - Controle pelo Legislativo.....	40
3.3.2 – CONTROLE PELO JUDICIÁRIO.....	41
3.3.3 – CONTROLE PELO EXECUTIVO	41
3.3.4 – CONTROLE PELA SOCIEDADE	43
3.4 – REGIME DE PESSOAL.....	44
4 - AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL	47
4.1 – CLASSIFICAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	47
4.2 - AUTORREGULAÇÃO NO BRASIL.....	48
4.2.1 - A REGULAÇÃO DO MERCADO DE CAPITAIS E A CVM.....	48
4.3 – AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL.....	50
4.3.1 – AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL.....	51
4.3.2 – AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL	52
4.3.3 – AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO - ANP	54
4.3.4 – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS	55
4.3.5 – AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS – ANA	56
4.3.6 – AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA	57
4.3.7 - AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT....	58
4.3.8 – AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS – ANTAQ	59
4.3.9 – AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA – ANCINE	59
4.3.10 – AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC	60
4.4 – AGÊNCIAS REGULADORAS ESTADUAIS.....	60
5 - OS PODERES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL E SUAS LIMITAÇÕES.....	61
5.1 – PODER NORMATIVO	61
5.1.1 – TÉCNICAS DE APLICAÇÃO DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	63
5.1.2 – LIMITAÇÕES AO PODER NORMATIVO	64
5.1.3 – PARTICIPAÇÃO NA ELABORAÇÃO DAS NORMAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	65
5.2 – O PODER DE POLÍCIA	66

5.2.1 – EVOLUÇÃO DO CONCEITO	66
5.2.2 – TAXAS DE POLÍCIA	67
5.2.3 – MEIOS DE ATUAÇÃO	68
5.2.4 – CARACTERÍSTICAS.....	68
5.2.5 – LIMITAÇÕES DO PODER DE POLÍCIA	70
6 - UM PANORAMA DA REGULAÇÃO NO BRASIL.....	72
6.1 – O OCDE – RELATÓRIO SOBRE A REFORMA REGULATÓRIA – BRASIL – FORTALECENDO A GOVERNANÇA PARA O CRESCIMENTO.....	72
6.2 - O PRO-REG	73
6.3 - O PROJETO DE LEI N. 3.337/2004.....	73
6.4 - O PROJETO DE LEI N. 5.877/2005.....	74
6.5 - A ADI nº 4.172.....	75
6.6 – AGÊNCIAS REGULADORAS E A CRISE MUNDIAL	75
CONCLUSÃO.....	77
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	79

INTRODUÇÃO

No Direito Administrativo, duas são as formas de regulação: a concessão de serviço público e o exercício do poder de polícia.

O poder de polícia surgiu com o modelo de Estado liberal do século XIX. O Estado regulava de forma passiva, apenas para coibir abusos e proteger as liberdades individuais. Com a crescente complexidade nas relações, o poder de polícia passou a impor condutas positivas, em benefício não apenas da segurança, mas do interesse público.

A concessão do serviço público, por sua vez, tem início no século XX com o modelo de Estado Social (*Welfare State*). A partir da constatação de que o Estado provedor é incapaz de suprir todas as necessidades da coletividade, houve a delegação dos serviços para o particular, e a necessidade de regulação destas atividades.

No Brasil, a abertura do mercado e a desestatização de grande parte dos serviços públicos surgiram nos anos 1990, após um longo período de intervenção do Estado.

Com a privatização, o acesso a serviços básicos como transporte, telecomunicações, energia e saneamento melhoraram significativamente o índice de desenvolvimento.

A necessidade de decisões em tempo econômico e da conciliação do interesse público, representados pelos consumidores, e dos interesses privados, das empresas prestadoras de serviços, levaram ao modelo atual de agências reguladoras.

1 - CONCEITOS

1.1 - CONCEITO DE AGÊNCIA REGULADORA

A palavra “agência” deriva do latim *agentia*, e não traz um significado específico no direito brasileiro. No Brasil, tanto o vocábulo, quanto o modelo de agências reguladoras, foram importados do direito norteamericano em decorrência do movimento de globalização.

Em sentido amplo, agência reguladora seria, no Brasil, “qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta” (DI PIETRO, 2008, p. 443).

Alexandre Mazza (2005, p.33) comenta que, ainda que vocábulos como “agência”, “regular”, “regulação”, “reguladora” e “regulador” estejam bastante difundidos na legislação brasileira, curiosamente a expressão “agências reguladoras”, tão utilizada em textos doutrinários, raras vezes foi utilizada na legislação pátria, já que as leis que criaram tais entidades referem-se a “órgão regulador” ou, simplesmente, “agência”.

Marçal Justen Filho define agência reguladora como “uma autarquia especial, criada por lei para intervenção estatal no domínio econômico, dotada de competência para regulação de um setor específico, inclusive com poderes de natureza regulamentar e para arbitramento de conflitos entre particulares, e sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta.” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 344).

O conceito brasileiro de agência reguladora foi inspirado no modelo americano, onde *agência* abrange “qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais”, conforme determina a Lei de Procedimento Administrativo, ou *Administrative Procedure Act* americana. Conforme Di Pietro

(2008, p. 439), nos Estados Unidos, todas as autoridades públicas, excluídos os três Poderes do Estado, constituem agências.

As agências americanas classificam-se em agências reguladoras (*regulatory agency*) e não reguladoras (*non regulatory agency*), conforme tenham ou não poder normativo; distinguem-se ainda as agências executivas (*executive agency*) das agências independentes (*independent regulatory agency or commissions*), conforme seus dirigentes sejam livremente destituídos pelo Presidente da República ou tenham os cargos protegidos por legislação específica.

Neste modelo, o Executivo exerce a Administração Pública através das agências, cujas funções atingem a seara tanto do legislativo, ao editarem normas, quanto do judiciário, quando resolvem conflitos de interesses.

Sua recente adoção em diversos países, conhecida como “agencificação”, segundo Di Pietro (2008, p. 440), teve de sofrer adaptações.

No Brasil, o Chefe do Poder Executivo situa-se no ápice da Administração Pública e tem como competência privativa, segundo o art. 84, II da Constituição Federal, “exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal”. Já a legislação norteamericana exclui a Presidência da República da Administração Pública, exercida basicamente pelas agências.

As agências reguladoras no Brasil possuem **natureza jurídica autárquica de regime especial**, e exercem **função reguladora** tanto na concessão de serviço público quanto no exercício do poder de polícia.

1.1.1 - AUTARQUIA

O art.5º, I, do Decreto-lei n.200, define autarquia como “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”.

As autarquias são pessoas jurídicas de natureza jurídica pública, integrantes da Administração Indireta, criadas por iniciativa do Chefe do Executivo, com personalidade jurídica pública, submetendo-se a regime jurídico administrativo,

quanto a criação, extinção, poderes; com capacidade de autoadministração, especialização dos fins ou atividades, e sujeição a controle ou tutela, que não exclui o controle interno (NOHARA, 2007, p.125).

Por se caracterizarem como pessoas de Direito Público, as autarquias podem ser titulares de interesses públicos, e são consideradas capazes de direitos e deveres.

1.1.2 - REGIME ESPECIAL

Além do regime jurídico-administrativo das autarquias, as agências no Brasil seguem regras próprias do chamado regime especial, e das regras pertencentes ao patamar normativo particular de cada agência reguladora (MAZZA, 2005, p.35).

A expressão *autarquia especial* foi utilizada pela primeira vez na legislação pátria na Lei n. 5.540, de 28.11.1968, ao conceder maior autonomia decisória, administrativa e financeira à universidade pública. Há críticas por parte dos autores que entendem que autonomia decisória, independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, são características, em maior ou menor grau, típicas das autarquias.

Segundo Nohara (2007, p.127), em regra, o regime especial das agências diz respeito à maior autonomia em relação à Administração Direta, já que seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Executivo, não havendo a possibilidade de recurso hierárquico impróprio para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, e seus dirigentes possuem maior estabilidade, com mandato por período determinado.

1.1.3 - FUNÇÃO REGULADORA

Mazza (2005, p. 39), elencando definições de diversos autores, conclui que o terceiro elemento do conceito de agência reguladora, que compreende as atividades e funções desempenhadas pelas agências reguladoras brasileiras, seriam “as atividades voltadas para o controle, fiscalização ou fomento de determinados setores”.

Ao conceituar as agências reguladoras, Justen Filho fala de “competência para regulação de setor específico, inclusive com poderes de natureza regulamentar e para arbitramento de conflitos entre particulares”; Leila Cuéllar refere-se a “competência para regulamentar, contratar, fiscalizar, aplicar sanções e atender aos reclamos dos usuários/consumidores de determinado serviço público ou atividade econômica”.

Este terceiro elemento, segundo Mazza, sintetiza as funções desempenhadas pelas agências reguladoras brasileiras.

1.2 - CONCEITO DE REGULAÇÃO

A transferência do exercício das atividades estatais para o particular gerou a necessidade de regras que garantissem o seu efetivo cumprimento. Com a privatização dos serviços públicos, mais do que comandar diretamente os atores sociais, o Estado é hoje chamado a estabelecer as regras do jogo e vigiar pelo seu cumprimento.

Segundo os autores portugueses Vital Moreira e Fernanda Maçãs (2003, p.15), o conceito de regulação, etimologicamente, gira em torno de duas ideias fundamentais: o estabelecimento e a implementação de regras e a manutenção ou

garantia de funcionamento equilibrado de um sistema, "de acordo com determinados objectivos públicos."

Para Calixto Salomão Filho (2001, p.15), a regulação, em sentido amplo, "engloba toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia". Entende o autor que a regulação abrangeria, assim, tanto o **ato de conceder ao particular a prestação de serviços públicos** e regular esta atividade, como também o **exercício do poder de polícia administrativo**.

A regulação não se restringe apenas à economia, mas a todos os setores que afetam ao interesse público, como saúde e meio ambiente. É o que sustenta Di Pietro ao concluir que "... a regulação constitui-se 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" (DI PIETRO, 2006, p. 206).

Marçal Justen Filho (2005, p. 447) define a regulação econômico-social como "atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais". Além dos **aspectos objetivos**, que seriam os instrumentos de controle estatal, o conceito de regulação abrange ainda **elementos subjetivos**, já que toda regulação de atividade econômica tem por fim a promoção de valores sociais, visando a respectiva promoção social.

A regulação pode ser **privada**, exercida pelo mercado através de seus agentes e com a utilização de seus próprios mecanismos, ou **pública**, denominada heterorregulação. Tanto uma como outra sofrem interferência do controle estatal, já que mesmo na regulação privada o Estado atua preventivamente, através da análise, por parte de autoridades antitrustes responsáveis pela defesa concorrencial, dos atos praticados por agentes econômicos.

Carlos Ari Sundfeld (2002, p.18) salienta que regulação é um instituto de cunho eminentemente **político**, indo além do direito, manifestando-se por poderes e ação com objetivos declaradamente **econômicos**, como por outros com justificativas diversas (medidas ambientais, urbanísticas, de normatização), mas com efeitos econômicos inevitáveis.

O Estado intervém na economia para corrigir falhas de mercado, como a existência de monopólios e oligopólios; desequilíbrio entre interesses públicos ou coletivos e privados; deficiência na distribuição dos bens essenciais coletivos. Anteriormente ao processo de “agencificação”, o Brasil já adotava um modelo de regulação setorial, criando entes especializados para cada setor da economia, como o antigo Departamento de Aviação Civil (DAC), o Instituto Brasileiro do Café (IBC) e o Banco Central (BACEN) (FIGUEIREDO, 2006, p.190).

O conceito de regulação em sentido amplo abrange a atividade **normativa**, que consiste no estabelecimento de regras de conduta para os regulados, a atividade **de polícia**, que consiste na fiscalização de seu cumprimento e aplicação de sanções aos transgressores, e atividade **de fomento** ou estímulo a determinados setores da sociedade.

1.2.1 - CONCEITO DE REGULAÇÃO SEGUNDO A OCDE

Relatório recente elaborado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento (OCDE) sobre a reforma regulatória brasileira (OCDE, 2008, p. 28) define regulação como o “conjunto diverso de instrumentos por meio dos quais os governos estabelecem exigências às empresas e cidadãos”

Conforme o relatório, as regulações incluem as leis, pedidos formais e informais e normas subordinadas emitidas por todos os níveis de governo, e as normas emitidas por organismos não governamentais ou auto-reguladores a quem os governos delegaram poderes normativos.

Sua legislação é dividida em três categorias: *A legislação econômica* interfere diretamente nas decisões do mercado, como preços, concorrência, entrada ou saída do mercado. *As regulações sociais* protegem os interesses públicos, como saúde, segurança, meio ambiente e os mecanismos de coesão social. *As regulações administrativas* são trâmites burocráticos e formalidades administrativas por meio das quais os governos coletam informações e intervêm em decisões econômicas individuais (OCDE, 1997).

1.2.2 - TIPOS DE REGULAÇÃO

A intervenção do Estado através de agências pode ser classificada pelos setores em que este atua. Figueiredo (2006, p.193) classifica os tipos de regulação como: **econômica, de serviços públicos, social, ambiental e cultural**.

A regulação **econômica** visa coibir práticas abusivas e corrigir assimetrias informativas ou “falhas de mercado” para garantir equilíbrio nas relações ente produtor e consumidor de determinado bem ou serviço. Neste sentido, temos como exemplos no Brasil a ANP – Agência Nacional de Petróleo, o Banco Central e a CVM – Comissão de Valores Mobiliários.

Com a onda de privatizações ocorrida a partir da década de 1990, várias atividades e serviços, dantes monopólios reservados às estatais, passaram a ser regulados por agências.

A regulação dos **serviços públicos** objetiva a universalização de sua prestação por parte da Administração Pública e de seus delegatários. São exemplos deste tipo de agência a ANATEL e a ANEEL, que atuam, respectivamente, nas áreas de telecomunicações e energia elétrica.

A proteção do interesse público, com a definição de padrões e mecanismos de ofertas para a saúde e segurança, é exercida pelas agências de regulação **social**, como são exemplo no Brasil a ANVISA e a ANS.

A finalidade da regulação **ambiental** é a preservação do meio ambiente e a coexistência dos agentes econômicos e os fatores de produções naturais, com a exploração racional dos bens primários, área de atuação no Brasil do IBAMA.

A regulação **cultural**, por sua vez, visa o fomento da produção cultural nacional e a preservação do patrimônio histórico-cultural do país, como é o caso da ANCINE, voltada ao fomento da indústria cinematográfica e videofonográfica no Brasil.

1.2.3 INSTRUMENTOS DA REGULAÇÃO

Os institutos jurídicos que concretizam a atividade reguladora do Estado, ao normatizar, fiscalizar, incentivar, planejar e exercer a mediação da atividade econômica e cultural são chamados **instrumentos da regulação** (Figueiredo, 2006, p. 195).

A regulação se dá a partir da expedição de **atos normativos**, gerais e abstratos, porém de caráter setorial, para supervisão e regulamentação da atividade econômica; da **mediação** entre os interesses público e privados através de mecanismos de composição extrajudicial; do exercício do **poder de polícia** sobre a atividade econômica, seja mediante a expedição de regulamentos proibitivos próprios, seja através da aplicação de sanções administrativas nas infrações a serem apuradas no caso concreto – função judicante; e de medidas que visem o **fomento**, estímulo e promoção a determinadas atividades, a fim de se alcançar os objetivos políticos estabelecidos pelo Poder Público.

1.3 - AGÊNCIA EXECUTIVA

Tratar de agência reguladora e agência executiva é tratar de formas de autarquias especiais. No entanto, nunca houve um padrão comum para as autarquias especiais e, mais ainda, qualquer espécie de uniformização no interior das diversas variações tipológicas de autarquia.

São chamadas agências executivas as autarquias e fundações públicas responsáveis por atividades e serviços exclusivos do Estado. Marcos Juruena Villela Souto (2000, p. 249) conclui que "agência executiva" seria um título legalmente atribuído a um órgão ou entidade dependente de adesão voluntária, com metas negociadas, compatíveis com os recursos e que se subordinaria às etapas de

protocolo de intenções, portaria interministerial definindo responsabilidades, plano de ações com definição de prazos e recursos, elaboração e revisão de planejamento estratégico e, finalmente, plano operacional de reestruturação de processos de trabalho

As agências executivas não são nova figura jurídica na administração pública. Sua denominação designa um título jurídico concedido através de ato administrativo, no uso de competência discricionária, que pode ser suspenso e revogado, e sua função é dar cumprimento às políticas públicas, sem exercer regulação.

Sua qualificação se dá por meio de requerimento dos órgãos e das entidades que prestam atividades exclusivas do Estado e a ela se candidatam. Segundo determina a lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, artigos. 51 e 52 e parágrafos, o Poder Executivo poderá qualificar como Agência Executiva autarquias ou fundações que tenham cumprido dois requisitos: possuir plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento, e ter celebrado Contrato de Gestão com o respectivo Ministério supervisor. Os planos devem definir diretrizes, políticas e medidas voltadas para a racionalização de estruturas e do quadro de servidores, a revisão dos processos de trabalho, o desenvolvimento dos recursos humanos e o fortalecimento da identidade institucional da Agência Executiva; a qualificação como Agência Executiva é dada por meio de decreto do Presidente da República.

O Poder Executivo também estabelecerá medidas de organização administrativa específicas para as Agências Executivas, com o objetivo de assegurar a sua autonomia de gestão, bem como as condições orçamentárias e financeiras para o cumprimento dos contratos de gestão.

Um dos efeitos da qualificação de autarquias e de fundações públicas como agências executivas é uma maior autonomia financeira, com o enquadramento nos benefícios gerais previstos em lei; por exemplo, elevação do valor dos limites máximos para cada modalidade de licitação.

Vale dizer, o título de agência executiva não atribui garantias de independência, como ocorre com as agências reguladoras, mas padroniza, associando para todas as entidades qualificadas os mesmos encargos e vantagens, sem entretanto alterar a natureza da entidade qualificada.

2 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA

As agências reguladoras são figuras recentes no cenário da Administração Pública brasileira. Inspiradas no modelo anglo-saxão, seu surgimento coincide com a necessidade do Estado de gerir segmentos estratégicos da economia nacional, como telecomunicações, ou de relevância para a coletividade, como abastecimento de águas e preservação do meio ambiente. O Estado, que durante o decorrer da História atuou, ora como mero espectador da atividade econômica, ora como prestador exclusivo dos serviços públicos, passou a intervir indiretamente em setores e mercados específicos através das agências reguladoras, estabilizando o convívio entre o interesse público e os interesses dos usuários (consumidores) e delegatários (agentes econômicos).

2.1 - FORMAS DE POSICIONAMENTO ECONÔMICO DO ESTADO

De acordo com a forma de atuação do Estado na economia, Figueiredo (2006, p. 28) faz a distinção entre Estado liberal, intervencionista, social, socialista e regulador.

2.1.1 - O ESTADO LIBERAL

Baseado na doutrina liberalista, que defende o pleno exercício da atividade econômica, o Estado Liberal tem como principal manifestação econômica a livre-iniciativa, abstendo-se o Poder Público de impor restrições, condicionamentos ou

imposições descabidas às relações econômicas. Este modelo é pautado, ainda, pela liberdade *contratual*, cabendo ao Estado garantir o cumprimento das cláusulas pactuadas, e *de mercado*, sendo este autorregulável, sem sofrer interferência estatal.

O Estado Liberal segue uma postura abstencionista, obedecendo à máxima “*Laissez-faires, laissez-passer; lè monde va de lui-même*”. Entretanto, as crescentes desigualdades, tanto entre os agentes econômicos, quanto entre os Estados, geraram a derrocada deste modelo, caracterizado por sucessivas depressões econômicas, desequilíbrios internacionais e sociais.

Com a derrocada do modelo estatal de liberalismo, surgiram diferentes formas de intervencionismo estatal, e dentre elas, duas vertentes dominantes, o Estado Socialista e o Estado do Bem-Estar (Welfare State).

2.1.2 - O ESTADO INTERVENCIONISTA

Baseado na garantia do exercício racional das liberdades individuais, a atuação do Estado visa apenas coibir o exercício abusivo e pernicioso do liberalismo, sem entretanto estabelecer políticas sociais. É exemplo clássico do Estado Intervencionista o *New Deal*, proposto pelo presidente norteamericano Franklin Delano Roosevelt para enfrentar os efeitos da Grande Depressão das primeiras décadas do século XX..

A intervenção do Estado pode ocorrer de maneira direta, em que este participa da atividade econômica, ou indireta, em que este atua seja tributando, incentivando, regulamentando ou normatizando a atividade econômica.

2.1.3 - O ESTADO SOCIAL

É uma forma de intervenção estatal visando minimizar os desequilíbrios sociais e econômicos e garantir direitos transindividuais. Iniciado a partir das Constituições

Mexicana de 1917 e da Alemanha de 1919 (Carta de Weimar), o chamado Estado de bem-estar social, ou Welfare State, compreende uma maior atuação do Estado como prestador de serviços públicos essenciais, como saúde, educação, saneamento, previdência, e como empreendedor substituto em setores considerados estratégicos para o desenvolvimento, como mineração, siderurgia, telefonia etc.

Com o agigantamento do Estado, surgem críticas contra o grande déficit gerado às contas públicas.

2.1.4 – O ESTADO SOCIALISTA

Surgido a partir da Revolução Soviética de 1917, o Estado Socialista é a forma máxima de intervencionismo estatal, com a transferência para o Estado dos meios de produção e a substituição da livre concorrência pelo planejamento econômico, centralizado pelo Poder Público. As experiências ocorridas a partir do século XX trouxeram modelos de Estado inoperante e burocrático, que privou as liberdades individuais em prol dos interesses da coletividade.

2.1.5 - O ESTADO REGULADOR

Os problemas surgidos em decorrência do superdimensionamento da máquina estatal tanto do Estado Social como do Estado Socialista fizeram surgir um novo modelo que busca não o retorno ao liberalismo econômico, mas uma diminuição das atribuições da Administração, sem abandonar as necessidades sociais e os interesses transindividuais.

Segundo o Ministro do STF Marco Aurélio, em sede de voto proferido nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 46-7/DF, lembra que

“a transferência das funções de utilidade pública do setor público para o privado, com os fenômenos de publicização (o chamado setor público não-estatal) e da privatização, resultou, para o Estado, em poderes crescentes de regulamentação, de fiscalização e de planejamento da atividade econômica.”

O Estado passou de provedor e prestador de serviço público a garantidor e regulador da atividade econômica, a qual gradualmente retorna à iniciativa privada. Cabe, então, à Administração, garantir a continuidade e a qualidade na prestação dos serviços públicos, ora prestados pelo particular.

2.2 - HISTÓRICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO MUNDO

As agências reguladoras independentes têm como modelo principal as agências norte-americanas. Anteriormente chamadas *comissão (commission)*, ou ainda *authority*, sua origem remonta à *common law* britânica. Conforme lembra Magalhães (2005, p.18), o direito britânico se referia ao indivíduo que realizava uma “atividade (agency) qualificada, na linguagem de hoje, de *public interest* ou, mais exatamente, no Brasil, atividade de interesse público difuso ou coletivo, conforme o caso”.

Para assegurar o *laissez-faire*, ou princípio jurídico-econômico da livre concorrência e mínima intervenção do Estado e ao mesmo tempo proteger a sociedade frente aos monopólios e oligopólios surgidos na revolução industrial, é que o desenho das agências reguladoras foi evoluindo gradativamente. As formas iniciais de resistência da sociedade foram as **cartas de concessão** e formas análogas, e a verificação e reparação de lesões pelo Poder Judiciário. Entretanto, a morosidade e falta de especificidade técnica do Judiciário levaram ao surgimento de novas formas de regulação.

Dois modelos principais surgiram, em épocas e situações distintas: o exercício do poder de polícia e a concessão do serviço público (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 57). O primeiro, surgido no Estado Moderno liberal do século XIX, resultou da crença de que o Estado poderia atuar de forma passiva, regulando apenas para garantir as liberdades dos particulares. Já o segundo, com enfoque no exercício dos serviços

públicos e, em especial, na concessão de serviços públicos, ganha destaque no início do século XX, com o surgimento do Estado Social e, com ele, a constatação de que a máquina estatal é incapaz de realizar diretamente todos os serviços.

O Estado, ao conceder à concorrência da iniciativa privada a prestação de serviços públicos, passou a exercer um papel de ente regulador.

2.2.1 - O MODELO NORTEAMERICANO

Em meados do século XIX surgiram nos Estados Unidos as “ *commission as an agency of regulation*”. À época, a palavra “agency” expressava tanto a atividade quanto a maneira de agir; “*agência*”, tanto no inglês como em português passou a significar também o órgão regulador de certas atividades ou agências.

As comissões (*commissions*), segundo Magalhães (2005, p. 20), tinham a princípio breve duração e poder limitado, basicamente voltado à apuração de fatos (*fact finding*); paulatinamente passaram de comissões de assessoramento (*advisory commissions*), ou chamadas comissões “de tipo fraco”, a comissões de fiscalização e cumprimento das normas (*mandatory commissions*), ou chamadas “de tipo forte”, já permanentes e com corpo técnico qualificado, com poderes para investigar, realizar audiências e ouvir testemunhas, incluindo poderes de supervisão, recomendação, normatização e de estabelecer planos e práticas contábeis, e competência para funcionar como juntas de arbitragem, fixar tarifas e sugerir mudanças na legislação. Conforme, ainda, o autor, “as leis limitaram-se a fixar princípios e padrões, deixando as minúcias regulatórias e de supervisão para as comissões profissionais” – o que, já à época, trazia críticas à usurpação de poderes típicos do Legislativo e do Judiciário. A atuação das agências foi, então, definida pelos tribunais norte-americanos como uma combinação de poderes *quase* legislativos e *quase* judiciais (GLAESER, M. *apud* MAGALHÃES, 2005, p. 21).

A motivação para a regulação e criação de agências reguladoras nos Estados Unidos variou ao longo do tempo, e do final do século XIX até o início do século XXI, os regimes regulatórios sofreram uma evolução (MENEZES, p. 98).

2.2.1.1 - REGIME DE MERCADO

No contexto da revolução industrial, surgiram as primeiras agências descentralizadas, formadas por grupos de setores que se encontravam em desvantagem frente às grandes empresas, como era o caso do monopólio decorrente das linhas ferroviárias. Em 1887, foi criada a primeira agência reguladora independente federal, a *Interstate Commerce Commission* – ICC, com o intuito de regular preços e evitar a concentração econômica excessiva.

2.2.1.2 - REGIME CORPORATIVO

Após a crise das décadas de 1920 e 1930, surgiu a necessidade de um sistema regulatório que não se ativesse apenas à manipulação dos preços e à concentração econômica, mas que tivesse um regime corporativo, com o objetivo de recuperar a economia americana e reduzir o desemprego, combatendo a deflação e o excesso de produção da indústria. O New Deal traduziu-se numa alteração radical das concepções acerca das funções governamentais nos Estados Unidos. Nessa época, considerada a “primeira onda” das agências, foram criadas diversas agências federais para atuar nos mais diversos setores da vida econômica, como a *Food and Drug Administration* – FDA, em 1931, e o *National Labor Relations Board* – NLRB, em 1935 (JUSTEN FILHO, 2002, p. 79).

2.2.1.3 - REGIME SOCIETAL

Em 1946, foi aprovada uma lei geral das agências americanas, a Administrative Procedure Act, APA, que procurou delimitar a atuação das agências reguladoras após a redução dos efeitos da crise de 1929.

O regime societal surgido nos anos 1940 a 1950 foi marcado pela regulação de setores afetados pelo crescimento econômico: meio-ambiente, saúde pública, consumo e trabalho, prevendo ampla participação da comunidade.

Justen Filho (2002, p. 80) classifica como uma “segunda onda” das agências, que se confirmou no início dos anos 1960, com o surgimento de cerca de trinta agências voltadas principalmente à realização destes valores não-econômicos, como a segurança do consumidor na utilização de produtos industriais. Neste período, destaca-se a criação da National Highway Traffic Safety Administration, de 1966, e a Occupational Safety and Health Administration – OSHA, em 1970, voltadas à segurança no trânsito e no trabalho.

2.2.1.4 - REGIME DE REFORMA REGULATÓRIA

A partir das décadas de 1960 e 1970, muitos teóricos como George Stigler, Claire Friedland e Mancur Olson apontaram o excesso de regulação como um dos principais itens da ineficiência das empresas, gerando preços artificialmente elevados e entraves à evolução tecnológica.

A função das agências passou a ser questionada tanto por doutrinadores quanto pelo judiciário, e muitos críticos alegavam que as agências, capturadas pelas empresas, não promoviam o equilíbrio entre a lucratividade destas e o bem-estar dos consumidores.

Ao longo do tempo, a relação entre o Judiciário e as agências tem sofrido alterações pendulares. A partir do New Deal a jurisprudência foi bastante condescendente com a atuação das agências norteamericanas. A partir dos anos 1960 as decisões das Cortes passaram a oscilar periodicamente entre a necessidade ou a impossibilidade de controle judicial sobre a atividade das agências.

2.2.2 - O MODELO EUROPEU

Ao contrário dos Estados Unidos, onde a evolução da regulação se deu de maneira gradual, na Europa esta ocorreu principalmente no século XX, de forma mais veloz, principalmente com a formação da chamada “Comunidade Europeia”.

Até a década de 1980, no continente europeu, os Estados controlavam setores inteiros da economia, e as agências atuavam dentro da burocracia estatal. Com a crise do chamado Estado Social, a Europa iniciou um processo de mudança institucional no ambiente regulatório.

As mudanças nos modelos regulatórios dos vários países variaram conforme a estrutura legislativa dos Estados europeus; desta forma, não há que se falar em “modelo europeu”, mas analisar as características assumidas por cada país a partir de sua própria estrutura legal.

No Reino Unido, com histórico de descentralização administrativa, houve maior delegação às agências independentes, tanto em áreas de infraestrutura como em áreas sociais e de meio ambiente. Os chamados “*quangos*”, *quase autonomous non governmental organizations*, exercem atividades que se assemelham às agências americanas.

A Alemanha é o país que menos confere autonomia a entes reguladores independentes por força de impedimentos legais; a delegação de poderes só é possível mediante emendas constitucionais.

A França, país que sempre zelou pela unidade e organização hierárquica, também aderiu à regulação, adotando as “autoridades administrativas independentes” destituídas de personalidade jurídica.

Já as autoridades administrativas independentes espanholas, inspiradas no modelo americano com influências francesas e germânicas, são consideradas pessoas jurídicas de direito público, embora setores da doutrina entendam que a personalidade jurídica não é dado essencial do seu conceito, e compõem a chamada Administração Instrumental, equivalente à Administração Indireta brasileira.

A Itália conferiu importância ao instituto das entidades administrativas independentes, havendo doutrinadores que as veem como um quarto poder.

2.2.3 - ARGENTINA

As entidades reguladoras argentinas surgiram com o processo de desestatização ocorrido a partir de 1989, concentrando-se nos setores privatizados da economia.

O modelo argentino assemelha-se ao brasileiro, e atribui aos entes reguladores a condição jurídica própria das entidades autárquicas, com a diferença de seus dirigentes não possuírem garantias funcionais ou proteções frente à Administração central (ARAGÃO, 2003, p. 257).

2.3 - HISTÓRICO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

Embora o modelo atual das agências reguladoras brasileiras tenha surgido a partir da última década do século XX, já há época diversos órgãos e entidades com autonomia e função regulatória atuavam no país.

Anteriormente ao Programa Nacional de Desestatização – PND, implementado em 1990, havia entidades, especialmente autárquicas, que exerciam função reguladora, como o Conselho Monetário Nacional – CMN, o Banco Central do Brasil, o Instituto do Açúcar e do Alcool – IAA, criado em 1933, o Instituto Brasileiro do Café – IBC, de 1952, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica

– CADE, criado em 1962, e a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, de 1976, os quais já possuíam certa dose de independência em relação ao Executivo.

Além destas, havia ainda autarquias de regime especial, com maior dose de independência com relação ao Poder Executivo, como as Universidades Públicas e a Ordem dos Advogados do Brasil, cujos dirigentes dispõem de mandato fixo e não podem ser livremente exonerados pelo Executivo.

Com o processo de desestatização do Estado, que já ocorria em diversos países do mundo, notadamente na Europa, foram criadas agências reguladoras, inicialmente para atuar sobre serviços públicos privatizados. Os Estados delegaram a prestação de serviços básicos para entes privados, ficando responsáveis pela captação de investidores e por coordenar de maneira eficiente o funcionamento desses setores.

Instituições multilaterais como o Banco Mundial e a Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE) passaram a sugerir a implementação de agências reguladoras independentes em países que estivessem promovendo reformas regulatórias, especialmente aqueles que estavam realizando também privatizações (PRADO, 2005, p. 125).

O argumento em prol das agências era a redução do risco de manipulação política das empresas privatizadas, já que aquelas gozariam de autonomia e independência perante os políticos eleitos e suas decisões não estariam vinculadas a preocupações de curto prazo. Desta forma, este “compromisso regulatório” traria maior credibilidade aos potenciais investidores.

A reforma administrativa do Estado implementada no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso iniciou-se com a criação do Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE), do Conselho de Reforma do Estado (CRE) e da Câmara da Reforma do Estado da Presidência da República. Ao MARE, apoiado pelo Comitê Executivo da Reforma do Estado e orientado pela Câmara da Reforma do Estado, cabia encomendar políticas e diretrizes para a reforma do Estado. À Câmara cabia a estratégia política da reforma e o CRE era responsável por uma função consultiva diante da sociedade civil (MENEZES *apud* NUNES, 2005, p. 102).

As primeiras regras sobre o novo papel do Estado foram estabelecidas pela Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990.

Em 1996, o Conselho de Reforma do Estado recomendou à Câmara de Reforma do Estado algumas diretrizes para a construção do Marco Legal Dos Entes Reguladores, com o objetivo de desregular para depois regular, segundo um modelo semelhante ao americano.

A Lei n. 9.491, de 9 de setembro de 1997, que revogou o diploma de 1990, criou o “Programa Nacional de Desestatização”.

Entre os anos de 1996 e 2002, foram criadas no Brasil nove agências reguladoras federais: Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL; Agência Nacional do Petróleo – ANP; Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL; Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA; Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS; Agência Nacional de Águas – ANA; Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ; Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT; e Agência Nacional do Cinema – ANCINE.

As agências brasileiras, criadas inicialmente para regular setores privatizados da economia, passaram também a disciplinar atividades econômicas que afetam a coletividade, como é o caso da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, ou ainda exercer atividades de fomento, como por exemplo, a Agência Nacional do Cinema – ANCINE.

2.3.1 - PREVISÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal promulgada em 1988 atribui ao Estado o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174), e não menciona o termo “agência reguladora”. A partir das Emendas Constitucionais n. 8 e 9, de 1995, surge no texto constitucional a expressão “órgão regulador”.

O art. 21, XI, da Carta Política passa então a prever a criação de um **órgão regulador** para os serviços de telecomunicações, e o art. 177, par. 2º, III determina que a lei disporá sobre “a estrutura e atribuições do **órgão regulador** do monopólio da União”, referente ao petróleo e seus derivados.

Cabe notar que, no Brasil, somente dois entes reguladores, criados a partir destas Emendas Constitucionais, pelas respectivas leis, possuem previsão

constitucional: a Agência Nacional de Telecomunicações, ANATEL, criada pela Lei n. 9.472, de 16.07.1997 (Lei Geral de Telecomunicações), e a Agência Nacional do Petróleo, ANP, instituída a partir da Lei n. 9.478, de 6.08.1997.

2.3.2 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Aragão (2003, p. 124) menciona os princípios constitucionais que regem a atividade regulatória:

“a regulação estatal da economia deve refletir a necessária convivência de princípios constitucionais que, ora se somam, ora entram em conflito: de um lado, temos os valores da livre iniciativa (art.1º, IV,CF), a propriedade privada (art. 170, II, CF) e a livre concorrência (art. 170, IV, CF); de outro, temos que procurar realizar a soberania e o desenvolvimento nacional (arts. 1º, I; 3º, II e 170, I, CF), a cidadania (art. 1º, II); a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF); os valores sociais do trabalho (art. 1º, CF); construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF); erradicar a pobreza e a marginalização, assim como reduzir as desigualdades sociais e regionais (arts. 3º, III e 170, VII, CF); promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor (art. 3º, IV, CF); a função social da propriedade (art. 170, III, CF); a defesa do consumidor (art. 170, III, CF); a defesa do meio ambiente (art. 170, V, CF) e a busca do pleno emprego (art. 170, VIII, CF).”

O autor lembra que, com base nestes princípios constitucionais, o Supremo Tribunal Federal declarou por diversas vezes a constitucionalidade da regulação estatal de atividades econômicas privadas, como a cobrança de mensalidades escolares (ADI n. 319-DF).

O Princípio da Proporcionalidade garante adequação à regulação por um Estado que vem gradualmente deixando sua posição de prestador de serviço público para ser um regulador das atividades de interesse público, ao retirar às decisões o caráter eminentemente político para dar-lhes uma feição preponderantemente técnica.

3 - CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Através da atividade regulatória desempenhada pelas agências o Estado exerce a intervenção indireta no domínio privado. No Brasil, as agências reguladoras integram a estrutura do Poder Executivo como entes da Administração Indireta, criadas com natureza de autarquia sob regime especial.

Inspiradas no modelo europeu – este, por sua vez, importado do modelo americano, as agências possuem funções características do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, já que podem editar normas no setor de sua competência regulatória; aplicam o Direito nos casos concretos não litigiosos e solucionam conflitos verificados na atividade objeto da regulação; possuem ainda competência para fiscalizar e aplicar sanções administrativas.

No Brasil, não existe um padrão para a estrutura das agências reguladoras. A lei que institui uma agência estabelece suas características conforme especificidades de cada setor de atuação, conforme a orientação política, e de acordo com a maior ou menor autonomia que se pretende conceder a cada uma.

Para SUNFELD, as agências têm em comum o fato de exercerem atividade típica de Estado e desenvolvem uma tripla regulação: dos **monopólios**, para a **competição** e regulação **social**, visando à universalização dos serviços, além de agirem sem subordinação ao Executivo.

3.1 – PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Apesar de haver poucas características comuns a todas as agências, e muitas divergências nos modelos e competências, a doutrina tem apontado as seguintes características comuns à maior parte destas entidades: exercem **função regulatória** sobre determinado setor da atividade econômica, ou concernente a determinadas

relações jurídicas decorrentes das atividades econômicas, como órgãos integrantes da Administração Indireta; contam com instrumentos que lhe asseguram relativa **autonomia** perante o Poder Executivo; possuem amplo **poder normativo** em suas áreas de competência e se submetem aos **controles** judicial e parlamentar.

O papel das agências reguladoras envolve atividades normativas, fiscalizadoras e sancionatórias. Como autarquias de regime especial, integram o Poder Executivo, executando também funções típicas do Legislativo, como editar normas que possibilitem a implementação das políticas para o setor regulado, e do Judiciário, como aplicar o Direito aos casos concretos e solucionar conflitos, ressalvando, sempre, o posterior controle judicial.

3.1.1 – CAPACIDADE TÉCNICA E PERMEABILIDADE

As agências, atuando como agente normativo e regulador da atividade econômica ou de setores de relevante interesse coletivo, devem se manter permanentemente atualizadas com as inovações tecnológicas e as necessidades do mercado e apresentar quadro técnico qualificado . Esta característica está fortemente ligada ao princípio da eficiência e da racionalidade, somados à necessidade uma normatização técnica para acompanhar sua intervenção no domínio econômico e tecnológico. As agências se caracterizam ainda pela permeabilidade, que possibilita a manutenção canais permanentes de diálogo entre os agentes econômicos, consumidores e Poder Público.

3.1.2 - INDEPENDÊNCIA

A partir da quebra dos monopólios estatais surgiu a necessidade de oferecer segurança aos investidores privados, nacionais e internacionais, com a garantia de que a entidade não estaria sujeita a constantes ingerências político-eleitorais. As

recém-criadas agências necessitavam de maior independência para garantir imparcialidade e neutralidade no exercício da atividade regulatória.

Embora cada agência reguladora possua maior ou menor grau de autonomia em relação ao Executivo, o legislador tem conferido às agências uma maior independência, se comparadas às demais autarquias.

Para Floriano Marques Neto, esta independência se concretiza, idealmente, através dos seguintes elementos: estabilidade dos dirigentes, autonomia de gestão, estabelecimento de fontes próprias de recursos, se possível geradas pelo próprio exercício da atividade regulatória, não-subordinação hierárquica a qualquer instância do governo; inexistência de instância revisora hierárquica de seus atos, ressalvada a revisão judicial; e indicação dos dirigentes pautada por critérios técnicos, com nomeação pelo Executivo, após sabatina e aprovação pela instância parlamentar dos nomes indicados.

Em geral, as agências possuem independência decisória (instância administrativa final) e política (mandato de seus dirigentes), complementadas pela autonomia financeira (através de taxas de fiscalização pagas pelo consumidor ou usuário na tarifa), patrimonial e de gestão.

No Brasil, o Marco Legal dos Entes Reguladores, de 31 de maio de 1996, que estabeleceu diretrizes para as novas agências reguladoras, determinava que estas deveriam seguir cinco princípios: autonomia e independência decisória; ampla publicidade de normas, procedimentos e ações; celeridade processual e simplificação das relações entre consumidores e investidores; participação de todas as partes interessadas no processo de elaboração das normas através de audiência pública; e limitação da intervenção estatal na prestação de serviços públicos, aos níveis indispensáveis à sua execução. Apesar destes objetivos, a autonomia das agências reguladoras é sensivelmente menor do que o definido no Marco Legal, na medida em que estas não apresentam independência financeira e de objetivos em relação ao Executivo (MENEZES, 2005, p.103).

Para a garantia da independência decisória das agências, os países adotam mecanismos institucionais, como mandatos longos para os dirigentes, não coincidentes com a eleição dos políticos que lhes delegam poder e entre seus diretores; não permissão para recondução dos diretores; direção por um colegiado; pré-determinação das condições de exoneração dos diretores e transparência das

decisões por meio de consultas públicas, sessões públicas, audiências públicas e decisões publicadas na mídia (MENEZES, 2005, p.107).

A doutrina considera a estabilidade dos dirigentes um dos mais importantes instrumentos de imparcialidade nos atos e decisões das agências. A Lei n. 9.986, de 18.07.2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras, prevê a estabilidade dos dirigentes de todas as agências reguladoras federais. Atualmente, seu mandato tem duração fixa, embora a lei instituidora de cada agência possa estabelecer as condições para a sua exoneração ou destituição de seus dirigentes. Sua nomeação obedece ao disposto no art. 5º da referida lei, que determina que os dirigentes sejam brasileiros, de reputação ilibada, tenham formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos, devendo ser escolhidos e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal, ou seja, através de um ato composto praticado pelo Chefe do Poder Executivo, com a participação do Legislativo.

Outros aspectos influenciam na maior ou menor liberdade das agências, como a duração dos mandatos e o fato de serem ou não coincidentes para seus diretores, os critérios de escolha do presidente, a estrutura do conselho, a tomada de decisões de forma colegiada ou unilateral e autonomia financeira. A aprovação do Senado e o seu poder de veto para as nomeações presidenciais são também garantias institucionais que minimizam a influência do Chefe ou de setores do Executivo nas decisões das agências (PRADO, 2005, p.130).

No modelo atual brasileiro, a maioria das agências admite a recondução dos diretores ao cargo uma vez. Quanto aos mecanismos de transparência, apesar de nem todas serem obrigadas a realizar consultas e audiências públicas, o dever de divulgar os resultados de suas decisões e as regras emitidas em decorrência delas é comum a todas as agências reguladoras.

A maior independência gerada pela estabilidade dos presidentes e pela intercalação das nomeações dos dirigentes conflita, entretanto, com a possibilidade do mandato se estender além de um mesmo período presidencial. Bandeira de Mello (2004, p.162) entende que um governante outorgar mandatos por período que ultrapasse a duração de seu próprio mandato subtrai da chefia do Executivo parcela da competência para direção superior da administração federal, o que seria uma “fraude contra o próprio povo”.

3.1.2.1 – AUTONOMIA ADMINISTRATIVA

Contra atos praticados pelas autarquias de regime geral cabe um tipo de recurso à Administração Central chamado *recurso hierárquico impróprio*, cuja decisão compete ao Ministro supervisor da entidade. Segundo a grande maioria dos autores, este recurso entre esferas administrativas não hierarquizadas precisa estar expressamente previsto em lei e deve ser restrito ao controle de legalidade.

As agências reguladoras possuem autonomia administrativa, e os atos de seus dirigentes não se sujeitam a revisão pelo Ministério ao qual são vinculadas, ou a nenhum outro órgão da Administração.

A Lei n. 9.472/1997, que instituiu a ANATEL, determina que cabe a esta “decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada, sempre admitido recurso ao Conselho Diretor” (art. 19, XXV). A Lei que instituiu a ANS (Lei n. 9.961/2000) fala em “autonomia nas suas decisões técnicas”. Contra as decisões destas agências, portanto, não cabe recurso hierárquico impróprio. Nem todas as agências reguladoras brasileiras, entretanto, possuem esta garantia expressa nas leis que as instituíram.

A maioria dos autores afirmam que recursos contra decisões das agências, se apreciados pelo Ministério supervisor ou pela Presidência da República, desnaturariam o modelo de agência reguladora independente desenhado pelo legislador no Brasil.

Segundo Marcelo Paulo e Vicente Alexandrino (2007, p. 98), não deveria existir recurso hierárquico impróprio contra os atos de nenhuma entidade da Administração Indireta quando não previsto expressamente em lei. Entretanto, em circunstâncias excepcionais, no caso de graves distorções na atuação de autarquia, mesmo à falta de disposição legal que a instrumente, caberia, conforme preceitua Bandeira de Mello, o que se denomina *tutela extraordinária*.

3.1.2.2 – AUTONOMIA PERANTE O JUDICIÁRIO

Assim como os demais órgãos administrativos, as agências podem dirimir conflitos em última instância administrativa. Isto não caracteriza, entretanto, uma usurpação de função do Judiciário, nem impede a apreciação de qualquer ato praticado pelas agências reguladoras que cause lesão ou ameaça de lesão, de acordo com o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

As agências se caracterizam pela alta especialização de seu corpo técnico, inclusive dos agentes encarregados da apreciação de litígios, e atuam não somente na mediação e solução de conflitos como também na prevenção de conflitos. Como lembram Alexandrino e Paulo (2007, p.94), a atuação judicial é assistemática e aleatória, enquanto a atuação das agências é sistemática. O Judiciário age quando provocado e os juízes decidem as lides conforme seu convencimento. Nas agências, as decisões tendem a ser uniformes, e é sua função reduzir as possibilidades de surgimento de conflitos, mediante controle prévio e acompanhamento constante da atuação das empresas reguladas.

O poder de solução de litígios por parte das agências pode se uma resposta aos conflitos que exigem celeridade e especificidade técnica em suas decisões.

3.1.2.3 – AUTONOMIA PERANTE O LEGISLATIVO

Apesar da maior independência frente às demais autarquias, não cabe falar em autonomia em relação ao Poder Legislativo, pois os atos normativos expedidos pelas agências reguladoras não podem conflitar com normas constitucionais ou legais por força do princípio da legalidade. O exercício do poder regulamentar não constitui inovação em nosso ordenamento nem afasta as prerrogativas e atribuições do Poder Legislativo.

3.1.3 – RISCO DE CAPTURA

A imparcialidade dos entes reguladores deve ser absoluta, não podendo estes atuar de forma tendenciosa em favor dos consumidores e usuários, nem dos agentes econômicos exploradores do setor regulado.

A doutrina refere-se a “captura” para descrever a situação em que o ente regulador age tendenciosamente em favor dos interesses dos agentes do setor regulado, face à influência gerada por estes devido ao imenso desequilíbrio econômico, em detrimento dos consumidores e usuários e, em última instância, do próprio Estado.

Frente a este risco foram criados alguns instrumentos, como a chamada “quarentena”, ou impedimento de recrutamento pelos regulados de quadros dirigentes dos órgãos reguladores nos meses seguintes à exoneração, prevista nas leis instituidoras da ANATEL, ANEEL, ANP e ANS. Com a edição da Lei n. 9.986/2000, alterada pela Medida Provisória n. 2.216-37, de 31.08.2001, a “quarentena” tornou-se obrigatória, na esfera federal, para todas as agências reguladoras, independentemente de previsão na lei instituidora da agência.

O risco de captura, num sentido amplo, compreende ainda qualquer situação de desequilíbrio na atuação das agências, em que o órgão atua sem imparcialidade, ou passa a ser uma estrutura inoperante, favorecendo uma das partes envolvidas, seja o consumidor, seja o prestador da atividade, seja ainda o próprio Estado.

Algumas situações colocam em risco a independência e a própria credibilidade das agências reguladoras: o risco de concussão, ou corrupção por parte dos agentes do ente regulador; a contaminação de interesses, ou assunção dos interesses do órgão regulador como se fossem os interesses da coletividade; insuficiência de meios, por ausência ou má qualidade dos recursos materiais e humanos da entidade; e a captura pelo poder político, quando a agência passa a ser um mero agente dos interesses político-partidários dos governantes.

3.2 – CRIAÇÃO, DURAÇÃO E CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras, por serem autarquias, estão submetidas a regras especiais que disciplinam a criação e extinção das pessoas jurídicas de Direito Público, não se aplicando os dispositivos do Código Civil, mas sim os princípios e normas do regime jurídico administrativo.

A Constituição Federal de 1988, no art. 37, XIX, bem como o Decreto-Lei n. 200/1967, determinam expressamente que as autarquias somente podem ser criadas por lei específica. Por conseguinte, só a lei extingue autarquia. Conforme Bandeira de Mello (1968, p. 425), “o que foi feito em nível de norma primária, só neste nível pode ser desfeito. Obviamente, nem o decreto, nem a simples vontade autárquica podem derrogar preceito legal”.

O artigo 61, par.1º, II, alíneas “a” e “e” da Constituição Federal reza ainda que as leis que disponham sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como sobre a criação e extinção de órgãos da administração pública, são de iniciativa privativa do Presidente da República.

As agências reguladoras, portanto, só podem ser criadas e extintas através de lei específica por iniciativa do Chefe do Executivo. Alguns autores admitem ainda a criação de agências por iniciativa popular, com base no art. 61, par. 2º da Constituição Federal (MAZZA, 2005, p. 99).

3.2.1 – CRIAÇÃO E INSTITUIÇÃO

A legislação brasileira permite a criação de agências reguladoras através de lei ordinária, sendo possível ainda a hipótese de criação por meio de emenda constitucional ou lei complementar, situações estas que requerem quóruns mais rigorosos.

No Brasil, oito agências reguladoras federais foram criadas mediante lei ordinária: a ANEEL (Lei n. 9.427/1996), a ANATEL (Lei n.9.472/1997), ANP (Lei n. 9.478/1997), ANS (Lei n. 9.961/2000), ANA (Lei n.9.984/2000), ANVISA (Lei n. 9.782/1999), ANTT (Lei n.10.2333/2001) e ANTAQ (Lei n. 10.2333/2001). Destas, apenas três foram criadas por diplomas normativos que dispuseram exclusivamente sobre a sua criação: a ANEEL, a ANS e a ANA. Nos demais casos, as leis trataram de diversos assuntos, dentre eles a criação das agências.

Em 2001, três autarquias federais foram criadas por uma única lei, a Lei n. 10.233/2001, que instituiu simultaneamente duas agências, a ANTT e a ANTAQ, e o DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, este último, uma autarquia comum.

Ainda que a doutrina discuta sobre a constitucionalidade da criação de agência reguladora através de medida provisória, dada a transitoriedade desse tipo de veículo normativo, podemos mencionar três agências reguladoras federais que tiveram sua criação instituída por medidas provisórias: a ANCINE (Medida Provisória n. 2.228/2003), a Agência de Desenvolvimento da Amazônia - ADA (Medida Provisória n. 2.156-5/2001) e a Agência de Desenvolvimento do Nordeste - ADENE (Medida Provisória n. 2.156-5/2001).

A instituição das agências se dá por meio de decreto do Executivo que regulamenta a lei criadora, dando cumprimento efetivo à vontade legal e aprovando o regime interno destas entidades.

3.2.2 – DURAÇÃO E EXTINÇÃO

As agências brasileiras foram criadas por prazo indeterminado, e sua extinção depende de lei específica.

Três agências têm o prazo indeterminado de duração mencionado de modo expresso na lei que as criou: a ANEEL, a ANVISA e a ANS. A Lei criadora da ANATEL menciona, ainda, em seu art. 17, que a extinção da agência somente ocorrerá por lei específica.

3.3 – CONTROLE E PRESTAÇÃO DE CONTAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Como entes da Administração Pública, as agências reguladoras, a despeito de sua autonomia e independência, submetem-se ao controle estatal exercido por meio das funções legislativa, executiva e judiciária.

3.3.1 - Controle pelo Legislativo

O art. 49, X da Constituição Federal confere ao Congresso Nacional e competência exclusiva para fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta. Sempre que o Congresso Nacional verificar excesso na atuação de agência reguladora, compete a ele suspender o ato da agência, cumprindo o disposto no inciso V do mesmo dispositivo constitucional.

O **controle financeiro** das agências é exercido pelo Poder Legislativo, através do Tribunal de Contas (arts. 70 e 71 da Constituição Federal), e compreende a fiscalização quanto à aplicação de bens e serviços a seu cargo, bem como à arrecadação e gastos de suas receitas e despesas públicas.

O **controle político-público** é exercido, de forma restrita, pelo Executivo e pelo Legislativo, através das Comissões Parlamentares de Inquérito, bem como pela sociedade, no que se refere ao cumprimento das políticas públicas, dos objetivos e das finalidades da atividade de regulação a ser alcançado pelas agências (FIGUEIREDO, 2006, p.222).

3.3.2 – CONTROLE PELO JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário exerce **controle de legalidade** e de legitimidade sobre os atos e normas editados pelas agências, analisando a sua atuação de acordo com os limites legais e os princípios da Administração Pública. Sua atuação depende da provocação dos interessados, por meio de ação popular, ação civil pública, mandado de segurança, habeas data, ação de improbidade administrativa ou qualquer outra ação judicial que vise prevenir ou reprimir atos ou omissões provenientes destas entidades.

Paulo e Alexandrino (2007, p. 110) entendem que o controle judicial dos atos discricionários das agências reguladoras deve ser feito mais em face dos princípios constitucionais e dos princípios e objetivos descritos nas leis instituidoras do que das disposições expressas no texto legal, devendo ser “muito mais um controle de legitimidade do que um controle de legalidade em sentido estrito”. Os autores apontam os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, impessoalidade, além de outros mais diretamente ligados às atividades das agências, como o princípio da continuidade dos serviços públicos, da supremacia do interesse público, da defesa do consumidor, e, quando for o caso, da livre concorrência, da igualdade entre os licitantes etc.

3.3.3 – CONTROLE PELO EXECUTIVO

Apesar de criadas segundo o modelo de agências reguladoras “independentes”, estas estão vinculadas à Administração Direta, mais especificamente a um Ministério. Conforme o art. 87, I da Constituição Federal,

competete aos Ministros de Estado “exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da Administração Federal na área de sua competência”.

Cabe ainda ao Presidente da República competência privativa para exercer, com o auxílio dos Ministros de estado, a direção superior da Administração (Constituição Federal, art. 84, II).

Destarte, compete ao Executivo a instalação da agência reguladora e a promulgação de seu regulamento, através de decreto do Presidente da República. A indicação de seus dirigentes e sua nomeação, após aprovação do Senado Federal, e também a sua exoneração e destituição, nos casos previstos em lei, também são atribuições do Chefe do Executivo.

O Decreto n.º 5.220, de 30 de setembro 2004, em seu art. 12, III, conferiu ao Ministério das Comunicações, por meio do Departamento de Serviços e de Universalização de Telecomunicações, “supervisionar as atividades da ANATEL, nos termos das políticas públicas definidas pelo Poder Executivo, zelando pela correta observância da política por parte da Agência Reguladora.”

O controle finalístico do cumprimento das metas a serem atingidas pelas agências é também exercido pelo Ministério ao qual se vincula e pelo Presidente da República.

As leis que regulamentam a ANEEL e a ANS preveem a celebração de contrato de gestão entre a Diretoria e o Poder Executivo, o que se constitui num instrumento de controle externo da atuação administrativa da agência e da avaliação de seu desempenho. O contrato de gestão é um mecanismo pelo qual o Estado outorga alguma autonomia a um ente público, fixando, de outro lado, metas que devam ser atingidas, com aplicação de sanções apenatórias ou premiações aos dirigentes em caso de descumprimento ou atingimento de tais metas.

Nas duas agências, o descumprimento do contrato de gestão, que estipula parâmetros para a administração interna da autarquia, é de responsabilidade solidária de seus diretores. A Lei n. 9.961/2000, que instituiu a ANS, prevê ainda que “o descumprimento injustificado do contrato de gestão implicará a dispensa do Diretor-Presidente pelo Presidente da República, mediante solicitação do Ministro de Estado da Saúde”.

As agências devem ter um papel delimitado pela lei e sofrer o controle por parte dos três Poderes constituídos e também da sociedade, através da consulta

pública e audiência pública. Assim, evita-se que o elemento discricionário nas decisões dos reguladores, que exercem funções executivas, legislativas e judiciárias, venha a constituir um poder paralelo.

3.3.4 – CONTROLE PELA SOCIEDADE

Justen Filho (2005, p. 584) comenta que, no Brasil, não há participação popular expressiva no processo de controle e fiscalização das agências. O autor aponta para a necessidade de maior transparência na atuação destas entidades, através de conselhos de usuários atuantes e de um “ombudsman”, além de um maior controle, tanto exercido pelo Congresso, com auxílio do Tribunal de Contas, quanto pelo Ministério Público e Judiciário.

Analisando a prestação de contas efetuada pelas agências reguladoras no Brasil, Menezes (2005, p. 116) afirma que existem diferenças significativas entre elas, já que cada uma possui regras distintas para as consultas e audiências públicas. Somente algumas agências possuem ouvidorias e conselhos de consumidores, e sua organização varia de uma para outra. Os consumidores são um grupo desarticulado na esfera regulatória, se comparados às organizações das empresas reguladas, munidas de recursos e especialistas em seus quadros; os mecanismos de prestação de contas das agências devem fazer com que estas levem em consideração os interesses e necessidades dos consumidores. Segundo a autora, a única grande similaridade na prestação de contas das agências é negativa, já que nenhuma delas conta com um processo regular de responsabilização perante o Congresso, como a obrigatoriedade de aprovação de um relatório de atividades de cada agência.

O projeto de lei que dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das agências reguladoras, ainda em trâmite no Congresso, aumenta a participação dos agentes econômicos e consumidores no processo decisório das agências e uniformiza os critérios e mecanismos de prestação de contas. O projeto prevê uma maior responsabilização das agências frente ao Congresso, ainda que tímida, ao instituir a apresentação de um relatório anual, e assegura às associações de

proteção ao consumidor, à ordem econômica ou à livre concorrência, constituídas há pelo menos três anos, a nomeação de até três representantes especializados para acompanharem o processo de consulta pública.

As medidas previstas no projeto de lei, como a obrigatoriedade do contrato de gestão assinado anualmente e de um ouvidor independente nomeado apenas pelo Executivo, com mandato bienal, além do exercício do controle orçamentário das agências, irão acarretar uma maior atuação do Executivo em detrimento do Legislativo, a quem caberia apenas a análise pelo Congresso do relatório anual apresentado pelas agências.

3.4 – REGIME DE PESSOAL

A Lei n. 10.871/ 2004, alterada pela Medida Provisória n. 441/ 2008, e pela Lei n. 11.526/2007, que dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das agências reguladoras, pôs fim à controvérsia quanto à possibilidade de contratação pelo regime celetista de funcionários das agências reguladoras. O legislador estabeleceu em seu art. 6º que os encarregados de atribuições típicas dessas agências devem ser servidores públicos estatutários, sujeitos ao regime jurídico da Lei n. 8.112/1990.

Em 2007, o Supremo Tribunal Federal já havia decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135/DF, suspendendo a alteração introduzida pela Emenda n. 19/98 e determinando a imposição do regime jurídico único para servidores da Administração direta, autárquica e fundacional.

Os dirigentes das agências reguladoras são indicados pelo Chefe do Poder Executivo, sujeitos à sabatina pelo Legislativo, via Senado Federal, no caso das agências federais, e possuem prerrogativas de permanência no cargo e mandato fixo. Só podem ser exonerados nos casos de descumprimento das políticas públicas ou da prática de atos de improbidade administrativa, com decisão final em processo administrativo perante o Ministério de origem transitada em julgado. Em geral, os mandatos são de quatro anos, como nos casos da Aneel, ANP, ANA, ANTT, Antaq e Ancine.

A Lei n. 9.986, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras, estabelece em seus arts. 4º e 5º que as agências devem ser dirigidas “em regime de Colegiado, por um conselho Diretor ou diretoria composta por Conselheiros ou Diretores (...)”, que devem ser “brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo da especialidade dos cargos para os quais serão nomeados (...)”.

O ex-dirigente fica impedido de exercer atividade ou prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término do mandato, período em que este se mantém vinculado à agência, fazendo jus à remuneração compensatória (art. 8º).

Pelo art. 9º da Lei 9.986/2000, os conselheiros e os diretores das agências somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar. A doutrina discute, entretanto, a constitucionalidade deste dispositivo, já que a restrição à demissibilidade por parte do Chefe do Executivo violaria o princípio constitucional de independência e harmonia dos três Poderes.

Bandeira de Mello (2004, p. 171) acredita que a garantia dos mandatos dos dirigentes não pode estender-se além de um mesmo período governamental. No sentido contrário, Marques Neto (2005, p. 99) acredita que a estabilidade dos dirigentes não viola o disposto no art. 84, II do Texto Constitucional: “Não se cogita de que ao atribuir ao Presidente a função de dirigir a Administração, tenha o Constituinte pretendido dotar-lhe de poderes para dispor como bem entender da máquina pública, inclusive assumindo poderes de destituir agentes públicos aos quais a lei conferiu estabilidade”. Quanto a ferir o art. 37, II da Constituição, que prevê livre nomeação e exoneração aos cargos em comissão, o jurista argumenta que o dispositivo não se aplica aos dirigentes das agências “porque, como tais cargos não são de livre provimento, não haverão de ser de livre exoneração” (2005, p.101).

A contratação do corpo técnico das agências segue o regime estatutário, conforme o disposto na Lei n. 10.871/04, sendo que somente as atividades meio, como limpeza e vigilância, poderão ser licitadas e contratadas mediante terceirização, como prevê a Lei n. 8.666/93.

A lei permite ainda contratações em caráter temporário por até trinta e seis meses, prazo considerado injustificável pelos doutrinadores (Bandeira de Mello, 2004, p. 176).

4 - AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

4.1 – CLASSIFICAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras brasileiras podem ser **federais, estaduais, distritais ou municipais**, de acordo com a esfera de atuação.

Quanto à abrangência da atuação, as agências podem ser reguladoras de atuação **especializada**, como a Anatel, Aneel, ANP, ANVISA, ANS, ANA, ANTT, Antaq, Ancine, ADA e Adene, ou de atuação **genérica**, como a Agerba – Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia.

Quanto à atividade preponderante, as agências podem ser classificadas como reguladoras de **serviços públicos**, como é o caso da Aneel, Anatel, ANTT e Antaq; outras se caracterizam primordialmente pelo exercício do poder de **polícia**, como a ANS e ANVISA. Há ainda agências de **fomento**, como a Ancine, ADA e Adene, e agências reguladoras de **uso de bens públicos**, como a ANA.

No Brasil, apenas duas agências reguladoras, Anatel e ANP foram criadas a partir da Constituição Federal (arts. 21, XI e 177, par. 2º, III), que prevê a criação de um “órgão regulador”.

As demais foram instituídas a partir de leis, como a Aneel, Anatel, ANVISA, ou por medidas provisórias, ADENE, ADA e Ancine; por este motivo alguns doutrinadores como Di Pietro (2008, p. 447) fazem distinção entre elas, entendendo que as agências criadas sem previsão constitucional não podem ter poderes maiores que as demais autarquias. Para a autora, existem apenas dois tipos de agências: as que exercem poder de polícia e as que regulam e controlam as atividades que constituem objeto de concessão, permissão ou autorização de serviço público, ou concessão de exploração de bem público (DI PIETRO, 2008, p. 443).

O exercício do poder de polícia das agências se dá com a imposição de limitações administrativas, previstas em lei, atuando na fiscalização e repressão, como é o caso da ANVISA, ANS, ANA. Sua atuação é semelhante à praticada por autarquias como o Banco Central, o CADE, o Conselho Monetário Nacional, a CVM.

A maior novidade, segundo a Autora, está nas agências que atuam regulando atividades que são objeto de concessão, permissão ou autorização de serviço público, como as agências de telecomunicações, energia elétrica, transportes; ou as que regulam concessão de exploração de bem público, como águas e petróleo.

4.2 - AUTORREGULAÇÃO NO BRASIL

A autorregulação se caracteriza como uma forma de regulação que envolve todos os entes regulados, não como ausência de regulação. É uma forma de heterorregulação, onde não há participação direta do Estado de forma incisiva, seja no estabelecimento e implementação de regras, ou na fiscalização e punição. O grau de autonomia da regulação se dá não entre seus associados, mas perante o Estado.

No Brasil, exemplo de autorregulação é a Ordem dos Advogados do Brasil, autarquia que regula o exercício da profissão, disciplina os regulados e impõe sanções para as transgressões, sem manter entretanto vínculo funcional ou hierárquico com a Administração.

4.2.1 - A REGULAÇÃO DO MERCADO DE CAPITAIS E A CVM

Anteriormente ao movimento de “agencificação” ocorrido na década de 1980, o Brasil contava com institutos que coordenavam diversos setores da economia.

A partir da Lei da Reforma do Sistema Financeiro Nacional (Lei n. 4565, de 31 de dezembro de 1964), que criou o Banco Central do Brasil e o Conselho Monetário

Nacional (CMN), da Lei do Mercado de Capitais (Lei n. 4728, de 14 de julho de 1965), e posteriormente com a Lei da Comissão de Valores Mobiliários, CVM (Lei n. 6385, de 7 de dezembro de 1976), que criou a CVM e disciplina o mercado de capitais, formou-se uma estrutura tríplice para coordenar a regulação e a auto-regulação deste mercado.

Três entidades passaram a ser responsáveis pela preservação da higidez e confiabilidade do mercado de capitais: o Conselho Monetário Nacional – CMN, que reuniu competências do Ministério da Fazenda, da Superintendência de Moeda e Crédito (a extinta SUMOC) e do Banco do Brasil; o Banco Central do Brasil – BACEN e a Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

Há um debate sobre se os entes reguladores do mercado de capitais podem ser considerados “agências”, já que exigem formação técnica de seus dirigentes e suas decisões são colegiadas. Algumas peculiaridades, entretanto, fazem com que parte da doutrina as exclua da categoria das agências reguladoras.

O Conselho Monetário Nacional é um órgão específico do Ministério da Fazenda, integrante de sua estrutura básica (art. 16, VII da Lei n. 9649/98), dirigido por um colegiado (art. 6º) composto pelo Ministro da Fazenda (o seu presidente), o Presidente do Banco do Brasil S/A e o Presidente do BNDES, além de sete membros com notórios conhecimentos em assuntos econômicos e financeiros, nomeados pelo Presidente da República após aprovação do Senado Federal. Apesar da estabilidade conferida a estes últimos, os três primeiros membros perdem a condição de conselheiros se perderem seus cargos (de Ministro por exoneração pelo Presidente da República, ou de Presidentes do BACEN ou BNDES): esta possibilidade de exoneração excluiria o CMN do rol das agências reguladoras brasileiras.

O Banco Central do Brasil, autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, é o principal executor das orientações do Conselho Monetário Nacional e responsável por garantir o poder de compra da moeda nacional, com competência normativa subordinada a este órgão, e dirigentes (cinco membros da diretoria) passíveis de demissão *ad nutum* pelo Presidente da República; ou seja, falta-lhe a independência que caracteriza as agências reguladoras.

A Comissão de Valores Mobiliários é autarquia que exerce o papel de reguladora do mercado de capitais, com competência para regulamentar e fiscalizar

atividades e serviços do mercado de valores mobiliários e para fiscalizar e inspecionar as companhias abertas. Sua autonomia foi ampliada com a Lei n. 10.441, de 26 de fevereiro de 2002, quando passou a ser uma autarquia em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, com personalidade jurídica e patrimônio próprio, dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, além de autonomia financeira e orçamentária. Sua autonomia, entretanto, não é absoluta, já que o CMN mantém a prerrogativa de aprovar o quadro e o regulamento de pessoal da CVM, fixar remunerações e definir políticas de atuação desta entidade. Aragão (2003: p. 304) lembra ainda o fato de caber recurso administrativo externo contra suas decisões para o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, órgão integrante do Ministério da Fazenda (art. 11, par. 4º da Lei n. 6385/76), além de também caber recurso ao Ministro da Fazenda nos casos de que trata a Resolução CVM n. 301/99.

Outro órgão similar às agências reguladoras é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, autarquia criada pela Lei 8.884/94, vinculada ao Ministério da Justiça. Apesar de possuir autonomia orgânica e funcional, estabilidade de seus dirigentes e receita própria, o CADE possui competência apenas para expedir atos de efeitos concretos, e não desempenha atividade regulatória. Existe entretanto um projeto de lei em andamento que prevê o aumento de atribuições ao CADE, em detrimento de competências das agências reguladoras (BRASIL, 2005).

4.3 – AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

As diversas leis que instituíram as agências reguladoras no Brasil têm adotado para estas a forma de autarquia, o que não enseja uma obrigatoriedade por parte do legislador. Ao optar pela criação de autarquias, este concede às agências personalidade jurídica de direito público, instituídas para o desempenho de funções típicas de Estado. O Supremo Tribunal Federal já havia apontado no sentido de que nem mesmo a lei pode cometer a pessoas jurídicas de direito privado o exercício de atividades típicas de Estado, conforme julgamento da ADI 1717-6, de 22.09.99.

A adoção da forma de autarquia acarretou dificuldades para compatibilização do modelo importado de agência reguladora independente. Sendo as autarquias integrantes de Administração Indireta, estas se submetem necessariamente ao controle administrativo exercido pelo Poder Executivo, já que a Constituição Federal atribui ao Presidente da República a competência privativa e indelegável para exercer a direção superior da administração federal (art. 84, 11), e aos Ministros de Estado, competência para orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal (art. 87, par. único, I).

A adoção de um “regime especial” foi uma saída encontrada para atenuar esta limitação e conceder maior autonomia às agências brasileiras frente ao Poder Executivo. Cada agência então passou a contar com particularidades e prerrogativas especiais, mormente ligadas à ampliação da autonomia administrativa e financeira, de acordo com a lei que a instituiu. Segundo Alexandre Santos de Aragão (2003, p. 299), as principais notas das “novas” agências reguladoras são **“a atribuição de competências regulatórias, a impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes, a organização colegiada, a formação técnica, e a impossibilidade de recursos hierárquicos impróprios, sendo que apenas a conjunção destes elementos resultará na conceituação de uma entidade como agência reguladora independente”** (grifo do autor).

4.3.1 – AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL

Criada pela Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e instituída pelo Decreto n. 2.235/1997, com a natureza de autarquia sob regime especial, a ANEEL, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, é responsável pelo exercício das funções inerentes ao Poder Concedente dos serviços públicos de energia elétrica e do uso de potenciais de energia elétrica. Sua finalidade é “regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal” (art. 2.º).

Suas atribuições são próprias de poder concedente, estando voltada ao controle e à fiscalização da prestação de serviços públicos no setor de energia

elétrica, nos termos do art. 21, XII, "b", da Constituição Federal. Cabe à Aneel promover licitações, celebrar e gerir contratos de concessão, outorgar permissões, expedir autorizações, exercer ampla fiscalização sobre os serviços e bens concedidos, permitidos e autorizados; dirimir administrativamente controvérsias, estimular a concorrência e impedir a concentração econômica, e ainda fixar multas aplicáveis a concessionários, permissionários e autorizatários, conforme ao art. 3.º da Lei n. 9.427/1996.

Esta Lei prevê em seu art. 5.º um cargo específico de diretor-geral, com mandato fixo de quatro anos, similar ao mandato dos demais diretores, que permanece no cargo até o final de seu mandato, o que, em tese, traria maior garantia de independência da agência. Dentre os cinco diretores, três são nomeados no primeiro ano do mandato presidencial e dois no ano seguinte. Os dirigentes são nomeados pelo Presidente da República, mediante aprovação prévia do Senado Federal, e só perdem o mandato em caso de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar (art. 9.º da Lei 9.886/2000).

Com a crise de energia elétrica ocorrida no início dos anos 2000, as competências da ANEEL foram diminuídas frente à Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, criada pela Medida Provisória n. 2.198-5/01. O próprio regimento da entidade é aprovado não pela ANEEL, mas pelo Ministério das Minas e Energia. A Lei da Aneel determina em seu art. 7º a celebração de um contrato de gestão entre sua diretoria e o Executivo, o que se constitui num instrumento de controle da atuação administrativa da autarquia.

4.3.2 – AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL

A quebra do monopólio estatal com a aprovação da Emenda Constitucional n. 08, de 15 de agosto de 1995, possibilitou a introdução do regime de concorrência na prestação dos serviços de telecomunicações. Iniciou-se um processo de desregulação e desestatização do setor, com a divisão de competências entre os diversos agentes e órgãos atuantes na área das telecomunicações. A quebra do monopólio

das telecomunicações, a interconexão e o compartilhamento da rede de telefonia por diversos operadores geraram uma complexa estrutura regulatória. Aragão (2003, p. 269) comenta que, ao contrário do que se deu no setor de eletricidade, o marco regulatório dos serviços de telecomunicações foi fixado anteriormente à desestatização, o que proporcionou regras seguras e determinadas para o setor.

A Agência Nacional de Telecomunicações, ANATEL, é considerada como a “mais independente” dentre as agências reguladoras, e a que recebeu o arcabouço institucional mais apurado (ARAGÃO, 2003, p. 277). Criada a partir da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações) e instituída pelo Decreto n. 2.338/1997, com natureza jurídica de autarquia especial, é vinculada ao Ministério das Comunicações. Seu regimento interno é aprovado pela própria entidade, e o sistema de nomeações é considerado o melhor método de intercalar nomeações (PRADO, 2005, p.143), caracterizado por uma nomeação por ano, de intercalação balanceada, sem nomeações coincidentes. Como a Aneel, esta é também uma agência reguladora incumbida de desempenhar com exclusividade as atividades próprias de poder concedente, anteriormente exercidas pela Administração Direta.

Compete à Anatel expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações, celebrar e gerenciar os contratos de concessão e fiscalizar sua execução; aplicar sanções administrativas, realizar intervenções, controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas; compor administrativamente conflitos de interesse e reprimir infrações dos direitos dos usuários (Lei n. 9.472/97, art. 19).

A direção da Anatel é exercida por um conselho diretor composto de cinco membros com mandatos não coincidentes de cinco anos, nomeados pelo Presidente da República mediante aprovação prévia do Senado, entre brasileiros de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade (arts. 20 e 23).

O controle da Anatel pela sociedade é previsto no Título IV da referida lei, que em seu art. 38 afirma que suas atividades estão condicionadas aos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade. A lei assegura ainda o acesso do público a documentos e autos, a obrigatória motivação dos atos praticados e a publicação de seus atos normativos no Diário Oficial da União como

requisito para produção de seus efeitos (arts. 40 e 41), além do amplo direito de recorrer e peticionar (art. 44). O art. 45 determina a nomeação pelo Presidente da República de um ouvidor com mandato de dois anos, admitindo-se uma recondução.

4.3.3 – AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO - ANP

Criada a partir da lei n. 9478, de 6 de agosto de 1997, sob a forma de “autarquia de regime especial”, a Agência Nacional do Petróleo é vinculada ao Ministério das Minas e Energia e, além da ANATEL, é a única agência reguladora expressamente prevista no texto constitucional (art. 177, par. 2º, III). Sua regulamentação se deu pelo Decreto n. 2.455/98, que também aprovou seu regimento interno. Cabe a ela “promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo” (art. 7º, par. único).

As atividades da ANP englobam a regulação, contratação e fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, como a pesquisa ou exploração de petróleo, sua lavra ou produção, importação e exportação, refino, transporte, distribuição e revenda. A Lei nº 11.909/2009 incluiu a regulação do transporte e estocagem dos biocombustíveis como gás natural na matriz energética brasileira. Antes da Emenda n. 9/1995, todas estas atividades eram monopólio da União.

As competências para a fixação das políticas públicas gerais do setor são do Conselho Nacional de Política Energética e, principalmente, do Presidente da República. À ANP cabe a expedição de normas e atos concretos para a sua implementação (arts. 1º, 2º e 7º da Lei n. 9.478/97).

Sua diretoria é composta de um diretor-geral e quatro diretores com mandatos não-coincidentes de quatro anos, nomeados pelo Presidente da República, mediante aprovação prévia do Senado Federal, que não podem ser exonerados *ad nutum*.

4.3.4 – AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS

Vinculada ao Ministério da Saúde, criada pela Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000, e instituída pelo Decreto n. 3.327/2000, sob a forma de autarquia com regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, a ANS é incumbida da regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam assistência suplementar à saúde.

Suas principais atribuições são fixar as características gerais dos contratos utilizados pelas operadoras do setor de saúde suplementar, estabelecer critérios para o credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviços junto às operadoras, determinar parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde, normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes, criar critérios de aferição e controle de qualidade dos serviços oferecido pelas operadoras de planos de saúde, autorizar reajustes, revisões, registros dos planos de saúde, fiscalizar a atuação das operadoras e prestadoras de serviços de saúde com relação à abrangência das coberturas, estimular a competitividade no setor de planos de assistência à saúde e proceder à liquidação extrajudicial ou autorizar o pedido de falência ou insolvência civil das operadoras de planos privados de assistência à saúde.

A ANS não exerce atribuições típicas do poder concedente, mas exerce basicamente o poder de polícia, restringindo a liberdade e a propriedade do particular em prol do interesse público; cabe a esta normatizar e fiscalizar a prestação dos serviços de saúde, considerados de relevância pública (Constituição Federal art.197), pelo particular.

A direção desta autarquia é exercida por um diretor-presidente e até mais quatro diretores com mandatos de três anos, nomeados pelo Presidente da República, mediante aprovação prévia do Senado.

4.3.5 – AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS – ANA

Vinculada ao Ministério do Meio Ambiente e instituída com a finalidade de implementar, em sua esfera de atribuições, a Política Nacional de Recursos Hídricos, integrando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, foi criada pela Lei n. 9.984, de 17.07.2000 e instituída pelo Decreto n. 3.692/2000, com natureza jurídica de autarquia de regime especial, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente.

Considerada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 158) uma agência de “regulação do uso de bem público”, sua atuação difere das demais agências brasileiras, já que não exerce tarefas de poder concedente, nem poder de polícia, tampouco se constitui em agência de fomento. A ANA foi criada com competência para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, cabendo a ela outorgar autorização e fiscalizar o uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União, arrecadar, distribuir e aplicar receitas auferidas através da cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União, planejar e promover ações destinadas a prevenir ou minimizar os efeitos de secas e inundações e definir e fiscalizar as condições de operação de reservatórios por agentes públicos e privados, visando garantir o uso múltiplo dos recursos hídricos (Lei n. 9.984, art. 4º).

Sua diretoria é formada por cinco membros nomeados pelo Presidente da República, com mandatos não-coincidentes de quatro anos, passíveis de exoneração imotivada pelo Presidente da República nos primeiros quatro meses de mandato. A lei prevê (art. 72) que as decisões da Diretoria Colegiada da ANA poderão ser precedidas de audiências públicas com encaminhamento de opiniões e sugestões como forma de dar publicidade às suas ações.

4.3.6 – AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA

Vinculada ao Ministério da Saúde e criada pela Lei n. 9.782, de 26.01.1990, a ANVISA tem como escopo proteger a saúde, garantindo a segurança sanitária de produtos e serviços. Foi instituída pelo Decreto n. 3.029/1999 com natureza de autarquia sob regime especial com independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira, e se caracteriza como agência de polícia.

Sua finalidade institucional é “promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras”.

A ANVISA coordena o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, através do fomento e realização de estudos e pesquisas, estabelecimento de normas, acompanhamento e execução de políticas, diretrizes e ações de vigilância sanitária.

Incumbe à ANVISA autorizar o funcionamento de empresas e regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública, incluindo medicamentos, alimentos, bebidas, seus insumos, embalagens e aditivos alimentares; cosméticos, produtos de higiene pessoal e perfumes; saneantes; equipamentos e materiais médico-hospitalares, odontológicos, hemoterápicos e de diagnóstico; sangue e hemoderivados; órgãos, tecidos humanos e veterinários; produtos radioativos utilizados em diagnóstico e terapia; cigarros e produtos fumíferos, além de quaisquer produtos que envolvam a possibilidade de risco à saúde, sejam ainda obtidos por engenharia genética ou ainda submetidos a radiação.

A direção da ANVISA é exercida por uma Diretoria Colegiada, composta por até cinco membros que devem ser brasileiros, indicados e nomeados pelo Presidente da República após aprovação prévia do Senado Federal para mandatos de três anos. A agência deve contar, também, com um Procurador, um Corregedor e um Ouvidor, e com um Conselho Consultivo formado por representantes da União,

dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, dos produtores, dos comerciantes, da comunidade científica e dos usuários.

A lei prevê o contrato de gestão como instrumento de controle pelo Executivo da atuação e desempenho da autarquia, cujo descumprimento injustificado acarreta na exoneração do Diretor-Presidente pelo Chefe do Executivo. Este pode, ainda, promover a exoneração imotivada dos diretores da Agência nos quatro meses iniciais do mandato.

4.3.7 - AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT

Instituída pela Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 4.130, de 13 de fevereiro de 2002 e com regimento interno aprovado pela Resolução n.º 3000, de 28 de janeiro de 2009, a ANTT é autarquia submetida ao regime especial, com personalidade jurídica de direito público, independência administrativa, autonomia financeira e funcional e mandato fixo de seus dirigentes, vinculada ao Ministério dos Transportes. É o órgão regulador da atividade de exploração da infra-estrutura ferroviária e rodoviária federal e da atividade de prestação de serviços de transporte terrestre, desempenhando atividades próprias do poder concedente.

A esfera de atuação da ANTT abrange o transporte ferroviário e rodoviário de passageiros e cargas, a exploração da infra-estrutura rodoviária federal, o transporte multimodal e de cargas especiais e perigosas.

Sua diretoria é composta por um Diretor-Geral e quatro Diretores brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal para mandatos de quatro anos, não coincidentes, admitida uma recondução, e suas decisões são tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

4.3.8 – AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS – ANTAQ

Também vinculada ao Ministério dos Transportes e instituída pela Lei n. 10.233, de 5.06.2001, a Antaq é incumbida de implementar, regular e supervisionar a política de transportes aquaviários e possui as mesmas finalidades gerais da ANTT.

Sua área de atuação abrange a navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, portuário, de cabotagem e de longo curso; portos organizados, terminais portuários privados, transporte aquaviário de cargas especiais e perigosas e exploração de infraestrutura aquaviária federal.

Sua diretoria é composta por três diretores nomeados pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado, para mandatos de quatro anos.

4.3.9 – AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA – ANCINE

Vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, foi instituída pela Medida Provisória n. 2.228-1, de 06.09.2001, é incumbida do fomento, regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica.

A constitucionalidade de sua criação é discutível, já que por força do art. 37, inc. XIX da Constituição Federal as autarquias somente podem ser criadas por lei específica.

Sua direção cabe a um colegiado composto por quatro diretores com mandatos de quatro anos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado.

4.3.10 – AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC

Vinculada ao Ministério da Defesa, instituída pela Lei n. 11.182, de 27.09.2005, regulamentada pelo Decreto n. 5.731, de 20.03.2006, a ANAC foi criada em substituição ao Departamento de Aviação Civil – DAC, com as atribuições de regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária.

Sua diretoria é composta em regime de colegiado por um diretor-presidente e quatro diretores, que decidem por maioria absoluta, cabendo ao presidente, além do voto ordinário, o voto de qualidade.

A ANAC foi criada em decorrência da crise nos aeroportos, e atua mais como agente executor e fiscalizador das normas e políticas propostas pelo Conselho Nacional da Aviação Civil - CONAC, vinculado à Presidência da República, do que como ente regulador.

4.4 – AGÊNCIAS REGULADORAS ESTADUAIS

Algumas agências foram também criadas pelos estados-membros, como a Comissão de Serviços Públicos de Energia (CSPE), em São Paulo; a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos no Estado do Rio de Janeiro (ASEP-RJ), a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS).

A CSPE, vinculada à Secretaria de Estado de Energia, foi criada com a finalidade de regular, controlar e fiscalizar a qualidade no fornecimento de tais serviços públicos, os preços, as tarifas e demais condições de atendimento aos usuários, coibindo abusos e discriminações.

5 - OS PODERES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL E SUAS LIMITAÇÕES

5.1 – PODER NORMATIVO

No estudo sobre as agências reguladoras, o exercício de funções normativas por parte destas é provavelmente o tema que vem suscitando maiores polêmicas dentre os doutrinadores brasileiros.

O constituinte originário de 1988 adotou o princípio clássico de separação de poderes, reservando quase exclusivamente à lei a veiculação de normas primárias. Coube ao Chefe do Executivo legislar através de medidas provisórias e leis delegadas e, a partir da Emenda Constitucional 32/2001, editar decretos autônomos nos casos previstos no art. 84, VI, do texto constitucional, podendo delegar esta atribuição aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União (cf. par. único).

Nunca foi inteiramente precisa a linha que demarca atos tipicamente legislativos e atos administrativos de caráter normativo, como os regulamentos (CARVALHO FILHO, 2006). O problema é o limite entre a linha que distancia a lei em sentido lato do ato administrativo normativo.

Às agências reguladoras não cabe editar atos primários, que seriam regulamentos autônomos, não previstos no Direito pátrio.

A discussão quanto ao poder normativo das agências reguladoras deve ater-se à possibilidade de edição de atos normativos secundários pelas agências reguladoras.

O poder legiferante concedido ao Estado pela Constituição gera atos normativos primários. Já o poder regulamentar é secundário; decorre dos atos derivados do poder legiferante. O poder regulamentar gera o regulamento, que é um ato administrativo, subjacente à lei, que não pode contrariá-la

Para exercer o papel de regulador do mercado, corrigindo eventuais falhas e agindo preventivamente aos conflitos, às agências é concedida a competência para normatização técnica, pela lei que as instituiu, conferindo-lhes poderes para dispor sobre matérias dentro de sua área de atuação, criando obrigações e penalidades, sem contudo invadir na competência das Casas Legislativas.

Às agências reguladoras não cabe, portanto, editar atos primários, que seriam regulamentos autônomos, não previstos no Direito pátrio. A discussão quanto ao poder normativo das agências reguladoras deve ater-se à possibilidade de edição de atos normativos secundários pelas agências reguladoras: atos que sejam editados, sempre, em função de uma lei, visando a dar efetividade às diretrizes nela traçadas e respeitando sempre os limites nela impostos (PAULO e ALEXANDRINO, 2007, p. 104). Esta peculiaridade das agências limita-se somente aos aspectos técnicos

A complementação técnica da lei não constitui novidade no Direito brasileiro, sendo utilizada no Direito Penal, por exemplo, para definir a norma penal em branco em sentido estrito.

O poder normativo das agências não viola o princípio da legalidade, já que as agências estão adstritas às funções e competências previstas em lei. Pelo princípio da legalidade administrativa, a Administração só pode agir se devidamente autorizada por lei (CF, art. 37). As agências integram a Administração Pública ou recebem delegação legal para a regulação (Souto, 2000, p. 252).

O Legislativo edita leis, frequentemente com alto grau de abstração e generalidade. As agências aprofundam a atuação normativa do Estado, recebendo do Legislativo, por meio de lei de iniciativa do Executivo, uma “delegação para exercer seu poder normativo de regulação, competindo ao congresso Nacional a fixação das finalidades, dos objetivos e da estrutura das Agências, bem como a fiscalização de suas atividades”(MORAES, 2002:20-21).

A atividade normativa das agências deve estar adstrita aos parâmetros estabelecidos pela lei delegadora, que lhe dá fundamento de validade. O ato regulador da agência não pode entrar em conflito com a lei, seja por estar *ultra, extra* ou *contra legem*.

Neste sentido, o Desembargador Pereira da Silva, do TJ de Minas Gerais, em acórdão publicado em março de 2009, declarou ilícita a cobrança de assinatura mensal dos usuários dos serviços de telefonia fixa, entendendo que, “em que pese

possuam, as agências reguladoras, poder regulamentar técnico, **a sua capacidade de inovação originária é meramente técnica, não podendo criar deveres ou obrigações aos administrados**” (grifo nosso). Segundo ele, a ANATEL não tem competência para criar a assinatura mensal não só porque o poder regulamentar do qual é titular não lhe permite assim agir, mas, também, porque o poder de alterar o modo de cobrança das tarifas não lhe foi delegado pela Lei nº. 9.472/97 (Lei das Telecomunicações).

Diante das diferentes situações que ensejam irregularidades, desequilíbrio, conflitos de interesses, são editados atos normativos por parte das agências para decidir nos casos concretos, sempre de acordo com normas superiores, com certa margem de flexibilidade ou discricionariedade, no exercício de função regulamentar que caracteriza o ato normativo de efeito concreto.

Para Carvalho Filho (2006, p.9), a função das agências não é **regular**, normatizar, disciplinar, mas exercer função **regulamentadora**, estabelecendo disciplina, de caráter complementar, com observância nos limites da lei que lhes transferiu aquela função.

5.1.1 – TÉCNICAS DE APLICAÇÃO DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências complementam a atividade normativa ao especificar normas genéricas e abstratas, garantindo plena eficácia e aplicabilidade ao ordenamento legal, sempre dentro de suas atribuições

Há casos em que o legislador transfere às agências a competência para disciplinar assunto sem anterior previsão legal. A atividade, neste caso, é **complementar**. A lei que institui a ANS (Lei n. 9.656/98), por exemplo, prevê em seu art. 32 que cabe à agência definir normas sobre o ressarcimento pelos serviços prestados pelos integrantes do Sistema Único de Saúde.

Nos casos em que existe previsão legal sobre determinado assunto, cabe às agências suplementar a norma estabelecendo regras de integração do preceito

legal, respeitando os parâmetros estipulados pela lei. Nestas situações ocorre a **suplementação** normativa da lei.

5.1.2 – LIMITAÇÕES AO PODER NORMATIVO

As agências interpretam, por meio de atos normativos, conceitos indeterminados, especialmente de ordem técnica, contidos em leis e regulamentos, que se inserem na ideia de especialização das agências. Estas, entretanto, não podem baixar regras de conduta, inovando na ordem jurídica, principalmente no que tange a normas que afetem os direitos individuais, impondo deveres e obrigações ou concedendo benefícios – matérias de reserva legal, prevista no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal.

A autonomia concedida às agências encontra limite nos parâmetros definidos pela lei delegadora, hierarquicamente superior aos preceitos por elas normatizados, e que lhes dá fundamento de validade, segunda a clássica teoria da hierarquia das normas de Hans Kelsen.

Neste sentido, decisão do Tribunal Regional Federal da Terceira Região:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. EDIÇÃO DE RESOLUÇÃO POR AGÊNCIA REGULADORA. NÃO OBSERVÂNCIA DOS LIMITES DA COMPETÊNCIA NORMATIVA. ALTERAÇÃO INDEVIDA DO CONTEÚDO E QUALIDADE DE CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PACTUADOS ENTRE CONSUMIDORES E OPERADORAS. 1.A parcela do poder estatal conferido por lei às agências reguladoras destina-se à consecução dos objetivos e funções a elas atribuídos. A adequação e conformidade entre meio e fim legitima o exercício do poder outorgado. 2.**Os atos normativos expedidos pelas agências, de natureza regulamentar, não podem modificar, suspender, suprimir ou revogar disposição legal, nem tampouco inovar.** 3.A Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 27, da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, extrapolou os lindes regulamentares ao modificar o conteúdo e a qualidade dos contratos de prestação de serviços ajustados entre operadoras e consumidores, em afronta ao princípio da legalidade. 4.As empresas

operadoras, as quais encontram-se vinculadas e sujeitas a controle, fiscalização e regulamentação por parte da ANS, podem ser diretamente afetadas pelos atos normativos por aquela expedidos. Configuração do fenômeno denominado pelos administrativistas alemães e italianos de "relação de especial sujeição". 5. Os consumidores não se sujeitam a este poder especial de sujeição, sendo afetados tão-somente em função da finalidade atribuída por lei à ANS de tutela de seus particulares interesses como categoria. Este órgão limita-se a zelar pelo cumprimento dos direitos dos consumidores no âmbito de sua competência, *ex vi* da Lei nº 9.961/2000, artigo 4º, XXXVI. TRF3 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 129949: AG 12550 SP 2001.03.00.012550-9 Relator(a): JUIZ MAIRAN MAIA Julgamento: 24/04/2002 (grifo nosso).

Conforme comentamos no item 4.1, autores como Di Pietro (2008, p. 447) sustentam que, como apenas a ANATEL e a ANP estão previstas no texto constitucional, a competência normativa das demais não pode ser maior do que a exercida por qualquer outro órgão da administração. A competência de tais agências resumir-se-ia, tão somente, a regular a própria atividade por meio de normas de efeitos internos, e a conceituar, interpretar, explicitar, dentro de seus conhecimentos técnicos, conceitos jurídicos indeterminados contidos em lei.

5.1.3 – PARTICIPAÇÃO NA ELABORAÇÃO DAS NORMAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A partir dos dispositivos aplicáveis a cada agência reguladora brasileira, pode-se apontar as principais formas de participação popular na elaboração de suas normas: a **audiência pública**, prevista expressamente na legislação da ANEEL e da ANP; a **consulta pública sobre minutas de atos normativos**, prevista na lei que regulamenta a ANATEL; a escolha de pessoas da sociedade para compor os **órgãos consultivos** das agências, que se manifestam durante o processo de elaboração das normas, previstos nas legislações que regulamentam a ANATEL, ANS e ANVISA; e finalmente, a possibilidade de **manifestação** por parte dos

interessados com base no princípio da publicidade interpretado em conjunto com o direito de petição, previsto pela lei que regulamenta a ANA.

As agências estabeleceram ouvidorias que recebem reclamações dos usuários, mas não funcionam como canais de participação da sociedade em suas decisões normativas.

No Brasil, o usuário não participa ativamente na elaboração de normas das agências, e no caso de arbítrio na formação da norma, o prejudicado recorre ao Estado, através do Judiciário, para sanar eventuais desigualdades.

5.2 – O PODER DE POLÍCIA

5.2.1 – EVOLUÇÃO DO CONCEITO

Nas relações econômicas do Estado Liberal, baseadas no sistema de mercado, o Poder Público mantém uma posição de neutralidade em face da atividade econômica. Não obstante, mesmo sob o modelo liberal, o Estado intervém no processo econômico através do exercício do poder de polícia administrativa, restringindo ou regulando a atividade do particular para garantir a segurança, a moral, a incolumidade ou a salubridade públicas (BRUNA, 2007, p. 233). Justamente para garantir os direitos e liberdades essenciais ao homem é que existe uma limitação à liberdade individual.

O exercício do poder de polícia se faz não somente por ações negativas, tais como restringir ou limitar, mas com a imposição de condutas positivas, através de atos normativos genéricos.

A Administração Pública no estado moderno atua não só através de atos de fiscalização 'stricto sensu', mas tem uma atividade ordenadora. Segundo Geraldo Ataliba, o poder de polícia é exercido pela edição de leis, limitadoras da liberdade e da propriedade das pessoas; regulamentos, que lhes dão eficácia, e atos

administrativos, fiscalizando e compelindo os particulares à observância destes preceitos legais.

Houve uma evolução histórica no conceito de poder de polícia: pelo conceito clássico, significa “a atividade estatal que limita o exercício dos direitos individuais em benefício da **segurança**”. Atualmente, o poder de polícia é compreendido como “a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do **interesse público**” (DI PIETRO, 2008, p. 108) (grifo nosso). Além da segurança, o poder de polícia é exercido para a garantia da saúde, da moral, do meio ambiente.

Diversas agências reguladoras foram criadas para atuar especificamente no exercício do poder de polícia, como a ANA, que regula o uso da água dos rios e lagos de domínio da União, e a ANVISA, que exerce a vigilância sanitária.

As atribuições inerentes ao poder de polícia das agências envolvem a **normatização** da atividade, **fiscalização** no cumprimento das normas e **aplicação das normas e sanções**, atividades típicas dos três poderes: legislativo, executivo e judiciário.

O poder de polícia exercido pelas agências é administrativo, seja ele preventivo ou repressivo. Quando ocorre ilícito penal, é a polícia judiciária quem atua.

5.2.2 – TAXAS DE POLÍCIA

A posição de autonomia das agências perante a Administração enseja relativa autonomia financeira, que compreende tanto a capacidade de auferir receitas quanto de promover a realização das despesas que lhes são próprias.

O efetivo exercício da atividade de polícia por parte da agência é que lhe dá suporte legal para arrecadação e recolhimento.

5.2.3 – MEIOS DE ATUAÇÃO

As agências exercem o poder de polícia através da expedição de atos normativos próprios, que criam limitações administrativas ao exercício de direitos e atividades por elas reguladas. Agem ainda através de atos administrativos que visam a aplicação da lei, seja de maneira preventiva, através de fiscalização, vistoria, notificação, autorização, licença, seja através de medidas repressivas, pela aplicação de advertências e multas, pela determinação de interdições e lacrações, ou apreensão de mercadorias.

5.2.4 – CARACTERÍSTICAS

O poder de polícia corresponde basicamente a uma atividade negativa. É uma atividade que impõe uma abstenção ao particular, uma obrigação de **não fazer** (BANDEIRA DE MELLO, *apud* DI PIETRO, 2008, p. 112), distinguindo-se do serviço público, que seria uma atividade positiva.

As agências reguladoras exercem este poder para fiscalizar e controlar a prestação dos serviços públicos outorgados ao particular.

As características do poder de polícia das agências são a **discricionariedade**, a **autoexecutoriedade** e a **coercibilidade**.

5.2.4.1 – DISCRICIONARIEDADE

Embora o poder público aja sempre dentro das normas do sistema jurídico vigente, existem hipóteses em que existe certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto. Nestes casos, o ato do administrado é chamado **discricionário**, diferentemente do ato **vinculado**, ao qual a lei não possibilita opções.

As agências possuem discricionariade para expedir autorizações, podendo estabelecer diante de cada situação concreta por sua concessão ou recusa. A licença é exemplo de poder de polícia vinculado: diante do cumprimento dos requisitos estipulados na norma pela entidade regulada, como especificidades no transporte de cargas ou de passageiros, a agência é obrigada a concedê-la.

O poder de polícia das agências reguladoras pode ser, portanto, discricionário ou vinculado.

5.2.4.2 – AUTO-EXECUTORIEDADE

A lei concede ao regulador a possibilidade de, com os próprios meios, pôr em prática suas decisões, de forma direta, através de interdições, lacrações, apreensões, ou indireta, como pela aplicação de multas.

O exercício do poder de polícia deve ser pautado pela obediência ao ordenamento jurídico, assegurando ao regulado o amplo direito de defesa.

O uso de arbitrariedade pelos entes reguladores enseja responsabilização pelos danos causados por parte das agências e, em última instância, por parte do poder público.

5.2.4.3 - COERCIBILIDADE

Conforme esclarece Di Pietro (2008, p. 112), a coercibilidade é indissociável da autoexecutoriedade.

Os atos de polícia das agências reguladoras só são autoexecutórios porque dotados de força coercitiva.

5.2.5 – LIMITAÇÕES DO PODER DE POLÍCIA

A discricionariedade característica do poder de polícia sofre sempre a limitação legal, seja com relação à competência e à forma, seja com relação aos fins, ou quanto aos motivos e ao objeto.

Quanto à competência e à forma, a agência deve exercer o poder conferido pela lei que a instituiu, e agir de acordo com o regulamento jurídico e os princípios constitucionais.

Quanto aos fins, o poder de polícia das agências deve sempre atender o interesse público, fundamentado no princípio da predominância do interesse público sobre o particular. A imparcialidade da agência ao dar preferência aos entes regulados em detrimento da população configura desvio de poder, o que, conforme explicita Di Pietro (2008, p. 113), acarreta nulidade do ato com todas as consequências nas esferas civil, penal e administrativa.

Quanto ao objeto, aplica-se o princípio da proporcionalidade dos meios aos fins. O poder de polícia das agências reguladoras não deve ir além do necessário para a satisfação do interesse público.

O poder de polícia não é absoluto, mas deve ser pautado no interesse público e, conforme Hely Lopes Meirelles, deve ser conjugado com os direitos fundamentais:

“Os limites do Poder de Polícia administrativa são demarcadas pelo interesse social em conciliação com os direitos fundamentais do indivíduo assegurados na Constituição da República (art. 5º). Do absolutismo individual evoluímos para o relativismo social. Os Estados Democráticos, como o nosso, inspiram-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana (...) (MEIRELLES, 2003, 131)

A agência reguladora incumbida do poder de polícia deve atender ao princípio da predominância do interesse público sobre o particular, sem beneficiar ou prejudicar pessoas determinadas, sob pena de cometer desvio de poder, caso em que seus atos poderão ser decretados nulos, acarretando todas as conseqüências nas esferas civil, penal e administrativa.

6 - UM PANORAMA DA REGULAÇÃO NO BRASIL

Quase vinte anos após a promulgação da Lei n. 8.031, que criou o Programa Nacional de Desestatização, a sociedade discute o papel das agências reguladoras no Brasil.

Ao mesmo tempo em que é cada vez mais reconhecida a importância da celeridade e especificidade técnica das agências, discute-se no judiciário a possibilidade da livre demissão de seus dirigentes, o que põe em cheque sua independência perante o Executivo..

6.1 – O OCDE – RELATÓRIO SOBRE A REFORMA REGULATÓRIA – BRASIL – FORTALECENDO A GOVERNANÇA PARA O CRESCIMENTO

Em 2008, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento (OCDE), uma entidade internacional que agrupa trinta dos países mais industrializados da economia de mercado, lançou um documento sobre o Sistema Regulatório Brasileiro, chamado Relatório sobre a Reforma Regulatória – BRASIL - Fortalecendo a governança para o crescimento. O estudo, feito em 2007, analisa os marcos regulatórios e o desempenho das agências reguladoras nos setores de energia, telecomunicações, transportes terrestres e saúde suplementar no Brasil.

Segundo a pesquisa da OCDE, as agências reguladoras contribuíram para a criação de um ambiente de concorrência e o bom desempenho da economia brasileira. O relatório apontou a necessidade de aperfeiçoar a estrutura regulatória para gerar um ambiente atrativo aos investimentos privados voltados à modernização e ampliação da infra-estrutura e a qualidade dos serviços prestados à população.

O estabelecimento da autonomia das agências no Brasil tem sido acompanhado de muitas discussões e contradições. Ao lado de medidas para o

fortalecimento das agências, surgem projetos que reduzem o seu *status* de agências independentes.

6.2 - O PRO-REG

A realização de estudos e pesquisas, visando melhorias nos órgãos e entidades envolvidas no processo regulatório é um dos objetivos do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação - PRO-REG, instituído pelo Decreto n. 6.062, de 16 de março de 2007. Criado com a finalidade de contribuir para a melhoria do sistema regulatório, este programa conta com a participação dos Ministérios do Planejamento, Fazenda e Casa Civil e se propõe a implantar medidas que promovam o fortalecimento da autonomia, transparência e desempenho das agências reguladoras; a coordenação entre as instituições que participam do processo regulatório e o fortalecimento das políticas públicas nos setores regulados.

O programa será responsável pela coordenação e promoção de análises e pesquisas, bem como da formulação das propostas concretas a serem executadas pelas unidades responsáveis pela regulação. Ele também deverá fornecer suporte técnico a diferentes unidades relacionadas com a implementação e o estabelecimento de um modelo da excelência para a gestão regulatória (OCDE, 2008:35).

6.3 - O PROJETO DE LEI N. 3.337/2004

Desde 2004 tramita na Câmara o Projeto de Lei n. 3.337/04, do Poder Executivo, que dispõe sobre a gestão, organização e controle social das Agências Reguladoras. O projeto prevê o aumento do controle das agências pelos ministérios a que são vinculadas.

Entre as principais mudanças propostas no projeto está a transferência do poder de celebrar contratos de outorga de concessões, permissões e autorizações de serviços públicos das agências reguladoras para os ministérios. O projeto também prevê um contrato anual de gestão e desempenho das agências com o ministério responsável pela área na qual atuam, estabelecendo um plano de trabalho que permita o controle de suas atividades. Esse documento, segundo o texto do substitutivo, deverá ser encaminhado ao titular do ministério a que estiver vinculada a agência, ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados e ao Tribunal de Contas da União.

O projeto prevê ainda a nomeação de um ouvidor pelo Presidente da República, com mandato de quatro anos, que terá a incumbência de fiscalizar, internamente, as atividades das agências.

6.4 - O PROJETO DE LEI N. 5.877/2005

Se aprovado, o projeto de lei n. 5.877/2005, para reestruturação do sistema de defesa da concorrência, atualmente tramitando no Congresso Nacional, também irá reduzir a autonomia das agências reguladoras, ao transferir algumas de suas atribuições para órgãos do Executivo, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), ligado ao Ministério da Justiça, e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), do Ministério da Fazenda.

Criado com o intuito de agilizar estes órgãos e possibilitar a análise prévia de fusões e aquisições de empresas, o projeto permitirá à Seae opinar sobre regulamentos elaborados pelas agências reguladoras que tiverem relação com a concorrência, bem como sobre a revisão de tarifas dos serviços públicos como telefonia e eletricidade, invadindo suas atribuições.

O projeto, ainda em pauta para discussão, apresenta ainda uma proposta que obriga as agências reguladoras a prestar assistência ao Cade, inclusive com a elaboração de pareceres técnicos. Segundo dirigentes das agências, estas possuem “três atribuições principais: regulação, concessão de outorgas e fiscalização. Por

esses dois projetos, são reduzidas a meros órgãos fiscalizadores." (O Estado de São Paulo: 2009)

6.5 - A ADI nº 4.172

O Governador de São Paulo, José Serra, ajuizou junto ao Supremo Tribunal Federal a ADI n. 4.172-SP em face da Lei Complementar n. 918/02, que estabeleceu o regime da agência paulista reguladora de transportes. A ação questiona a exigência de autorização do Legislativo estadual para destituição dos reguladores. O STF já decidiu na ADI 1945 pela constitucionalidade da estabilidade dos reguladores, entendendo que não são demissíveis antes do término dos seus mandatos. Entretanto, se considerada procedente a medida ajuizada pelo governador, os dirigentes das agências poderão ser destituídos de seus cargos a qualquer tempo pelo Chefe de Executivo.

Liminar proferida na ADI 1949-0 restringiu a demissibilidade de dirigente de agência reguladora pelo governador do Estado sem justo motivo. O Ministro do STF, Eros Grau, entretanto, entende que a decisão é inconstitucional (2003:16), por não guardar adequação ao texto da Constituição.

Para Grau, mandato fixo e estabilidade dos dirigentes das agências são inconstitucionais, incompatíveis com o regime presidencialista, já que a Constituição Federal (art. 84, II) atribui ao Presidente da República o exercício da direção superior da administração federal.

6.6 – AGÊNCIAS REGULADORAS E A CRISE MUNDIAL

Quando de sua implementação no Brasil, alguns autores (DI PIETRO, 2008) criticaram o fato de as agências reguladoras servirem de modelo justamente num momento em que, no país de origem, estavam perdendo o papel de destaque e

eram alvos de desconfiança por parte dos usuários e dos órgãos do governo.

Recentes acontecimentos mundiais, entretanto, trouxeram à baila o tema das agências reguladoras.

Analistas econômicos consideraram a “terceirização” da regulação do sistema bancário americano como o estopim da crise econômica internacional, surgida no segundo semestre de 2008. A SEC - Security Exchange Commission, órgão regulador do mercado financeiro americano (equivalente à CVM brasileira), havia transferido às próprias instituições financeiras norteamericanas a função do gerenciamento dos riscos (Mayer, 2008).

Para os líderes do G20 reunidos em Washington, EUA, em abril de 2009, a reforma de aspectos da regulação foi considerada prioridade. Na declaração final da cúpula do grupo formado por vinte países em desenvolvimento, incluindo o Brasil, os representantes dos países se comprometeram a realizar uma reforma dos mercados financeiros por maior transparência e regulação dos bancos e paraísos fiscais, e que promova maior integridade no sistema bancário (Folha Online, 2009).

CONCLUSÃO

Durante as últimas décadas buscou-se minimizar o papel do Estado na economia e nos serviços. Houve um movimento em prol das privatizações e da promoção dos valores do mercado, e o Estado burocrático e inoperante cedeu espaço à desregulação, privatização e atuação de entidades não governamentais.

A complexidade das relações entre indivíduos, consumidores, grupos sociais e econômicos exige cada vez mais celeridade e especificidade técnica na elaboração de regras e nas soluções de seus conflitos. As decisões do Judiciário, além de morosas, dependem de provocação, e não possuem caráter preventivo.

Neste cenário, o papel das agências reguladoras vem sendo rediscutido.

No Brasil, a reforma regulatória vai além do projeto institucional de agências reguladoras. O aspecto principal da discussão é menos relacionado à natureza jurídica, mas aos fundamentos e à capacidade das agências de atingir os objetivos da sociedade.

A concentração do poder econômico constitui-se em óbice ao crescimento econômico, bem como a inexistência de forças propulsoras econômicas do lado da demanda. Para enfrentar este desequilíbrio, Salomão Filho (2007:59) propõe uma nova concepção de regulação, visando a difusão do conhecimento econômico, através da concorrência, e a redistribuição. O autor aponta ainda a necessidade de princípios regulatórios em lei e prevê a garantia de um *devido processo normativo*. Sugere novas formas de regulação, como a atuação de empresas públicas em setores desregulamentados ou pouco regulamentados. A empresa pública passaria a exercer o papel de “planejador e direcionador de desenvolvimento setorial”, garantindo-se a eficiência na prestação dos serviços, pela presença de concorrência, e a participação dos grupos atingidos pela regulação no processo de produção normativa.

O Estado de Bem Estar Social proporcionou melhoria na qualidade de vida de seus assistidos, com a democratização da saúde, educação, saneamento e previdência.

A constatação de que o Estado de per si não é capaz de prover a todos os anseios da sociedade e a mudança do seu modo de atuação não significam uma supressão aos direitos fundamentais e ao Estado Democrático de Direito.

Este novo panorama redefiniu o papel que o cidadão, antes mero espectador, tem a desempenhar na sociedade, seja como usuário de serviços públicos, seja como integrante de grupos organizados.

A regulação não se limita a estabelecer parâmetros às relações econômicas. A estrutura estatal deve caminhar ao lado da evolução social, aparelhando-se para ir de encontro aos interesses da coletividade

Entendemos que o papel das agências reguladoras é hoje, principalmente, auxiliar na concretização dos valores fundamentais da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. *Direito Administrativo*. 13 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. 824 p.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 509 p.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004

_____. *Natureza e regime Jurídico das Autarquias*. São Paulo: RT, 1968

BEÇAK, Rubens. *A legiferação pelo Executivo: evolução e situação atual no Brasil*. In: CASTARDO, Hamilton Fernando (coord.). *Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Professor Doutor Sergio Resende de Barros*. Campinas, SP: Millenium, 2007

BINNENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniella Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007. Título original: *Dalla struttura alla funzione*.

BRUNA, Sérgio Varella. *Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial*. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Procedimentos normativos da Administração e desenvolvimento econômico*. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 231-236.

BUCK, Pedro. *A intervenção do Estado na ordem econômica: comentários ao voto do Ministro Marco Aurélio em acórdão do STF*. *Revista de Direito Público de Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, abr./jun.2006.

CABALLERO, Alexandre. *A filosofia através dos textos*. São Paulo: Cultrix, 1991

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.

_____. *Agências reguladoras e poder normativo*. *Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Instituto Brasileiro de Direito Público, Salvador, n.9, fev./mar./abr. 2007. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-JOSE%20CARVALHO.pdf>. Acesso em: 14 março 2009

CAVALCANTI, Artur Osmar Novaes Bezerra. *Legalidade e a regulação pelas agências no direito brasileiro*. Disponível em: <http://www.teiajurídica.com/regulag.htm>.. Acesso em: 25 fevereiro 2009

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 824 p.

_____. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. (coord.). *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Forum, 2003. 687 p.

_____. Agências Executivas, agências reguladoras e organizações sociais. *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, NDJ, n.º 12, p. 745-767, dez 2000

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 384 p.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. *As Agências, essas repartições públicas*. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2007. .

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. 447p

_____. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. 639 p.

MAGALHÃES, César Roberto Pereira. *A inserção institucional da agência reguladora do mercado de capitais no Brasil*. In: *Agências Reguladoras: Mercado de Capitais, Energia Elétrica e Petróleo*. II Concurso de Monografias do Instituto Tendências de Direito e Economia. São Paulo: Instituto Tendências de Direito e Economia, 2005. p. 13-42.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. 220 p.

_____. *Novo ataque às agências*. Disponível em :
http://www.eletrosul.gov.br/gdi/gdi/index.php?pg=cl_abre&cd=hngYYZ0;BXgji acesso em 16 fev 2009

MAYER, José Carlos. *Confiança na TI e a crise financeira global*. Disponível em:
<http://rocmayer.blogspot.com/2008/11/confiana-na-ti-e-crise-financeira.html>. Acesso em: 25 março 2009

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998

MENEZES, Monique. *O modelo de regulação independente brasileiro*. In: *Agências Reguladoras: Mercado de Capitais, Energia Elétrica e Petróleo*. II Concurso de Monografias do Instituto Tendências de Direito e Economia. São Paulo: Instituto Tendências de Direito e Economia, 2005. p. 93-122.

MESQUITA, Álvaro Augusto Pereira. *O papel e o funcionamento das agências reguladoras no contexto do Estado brasileiro – problemas e soluções*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 166 abr./jun. 2005. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_166/R166-02.pdf. Acesso em: 26 fevereiro 2009

MORAES, Alexandre. *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002

MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. *Autoridades reguladoras independentes – estudo e projecto de lei-quadro*. Coimbra: Coimbra ed., 2003

NUNES, Rizatto. *Manual da Monografia Jurídica: como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 286 p.

MAZZA, Alexandre. *Agências Reguladoras*. In: *Temas de Direito Administrativo*, v. 13. São Paulo: Malheiros, 2005. 213 p.

MENEZES, Monique. *O modelo de regulação independente brasileiro*. In: *Agências Reguladoras: Mercado de Capitais, Energia Elétrica e Petróleo*. II Concurso de Monografias do Instituto Tendências de Direito e Economia. São Paulo: Instituto Tendências de Direito e Economia, 2005. p.93-122

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. In: Série leituras jurídicas: provas e concursos. 2 v .4.ed. 240 p. São Paulo: Atlas, 2007.

OCDE - Relatório sobre a Reforma Regulatória - [BRASIL - Fortalecendo a governança para o crescimento, 2008, 352 p. Disponível em : http://www.seae.fazenda.gov.br/destaque/bb-ocde-relatorio-sobre-a-reforma-regulatoria-1. Acesso em: 28 maio 2009](http://www.seae.fazenda.gov.br/destaque/bb-ocde-relatorio-sobre-a-reforma-regulatoria-1)

PRADO, Mariana Mota. *Agências reguladoras, independência e desenho institucional*. In: Agências Reguladoras: Mercado de Capitais, Energia Elétrica e Petróleo. II Concurso de Monografias do Instituto Tendências de Direito e Economia. São Paulo: Instituto Tendências de Direito e Economia, 2005. p.125-157.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____ (coord). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 56-63.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões e terceirizações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000

SUNFELD, Carlos Ari. *Direito Econômico Brasileiro*. 1. ed., 2.t. São Paulo: Malheiros, 2002.

SITES CONSULTADOS

<http://www.boletimjuridico.com.br> – Boletim Jurídico

<http://www.camara.gov.br> – Câmara dos Deputados

<http://www.consulex.com.br> - Consulex

<http://www.eletrosul.gov.br> – Eletrosul

<http://www1.folha.uol.com.br> – Folha de São Paulo

<http://www.jfsp.gov.br> – Justiça Federal de Primeira Instância

<http://www.jusbrasil.com.br> - Jusbrasil

<http://www.senado.gov.br> – Senado Federal

<http://www.sinagencias.com.br> - Sindicato Nacional dos Servidores das Agências Nacionais de Regulação

<http://www.stf.gov.br> – Supremo Tribunal Federal