



CATHARINA MORAES FERREIRA BRANDÃO

**A AUTONOMIA JURÍDICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E SUA FORÇA
NORMATIVA PERANTE O ORDENAMENTO JURÍDICO.**

Brasília – DF

2016

CATHARINA MORAES FERREIRA BRANDÃO

**A AUTONOMIA JURÍDICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E SUA FORÇA
NORMATIVA PERANTE O ORDENAMENTO JURÍDICO.**

Trabalho apresentado como requisito à
obtenção de aprovação na pós-
graduação de Direito Administrativo do
Instituto Brasiliense de Direito Público –
IDP.

Brasília - DF

2016

CATHARINA MORAES FERREIRA BRANDÃO

**A AUTONOMIA JURÍDICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E SUA FORÇA
NORMATIVA PERANTE O ORDENAMENTO JURÍDICO.**

Trabalho de Dissertação apresentado
ao Curso de Pós-Graduação em Direito
como requisito parcial para obtenção
título de Mestre em Direito na linha de
pesquisa de Direito e Garantias
Fundamentais.

Brasília/DF, 26 de Fevereiro de 2016

Professor Orientador

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

Dedicatória

Dedico este trabalho aos meus pais (Eliton e Maria Annita Brandão) por me ajudarem revisando este trabalho, pelo carinho, apoio e por não medirem esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida; a minha avó (Dinorá Moraes Ferreira), por me emprestar seus cadernos e livros.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Professora MSc. Francisca Xavier Gallardo pelo apoio incondicional no auxílio e realização desta conquista. Pelo carinho e atenção em todos os momentos sem medir esforços. Muito obrigada.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo geral verificar a autonomia e natureza jurídica das Agências Reguladoras, e assim, levam-se em conta para tal exame sua independência e autonomia administrativa, técnica e financeira, força normativa e como regular por meio de normas, os diversos mecanismos de controle sobre as Agências Reguladoras de setor e a sua legitimidade democrática. Elaborase, então, um estudo destes itens visando confirmar, em uma análise crítica, o aspecto contemporâneo e histórico das Agências Reguladoras verificando seu ordenamento jurídico, sua legitimidade democrática, a força e os limites do poder regulatório, a atuação destes órgãos perante a sociedade civil e no que contribuem para a sociedade democrática.

Palavras-chave: Regulação; Constituição Federal; Agências Reguladoras; Associação Brasileira de Agências de Regulação; ABAR;

ABSTRACT

This paper analyzes the autonomy and legal nature of the Regulatory Agencies, and take into account for such examination, their independence and administrative, technical and financial autonomy, regulatory force and how to regular through standards, their various control mechanisms on Sector Regulatory Agencies and its democratic legitimacy. Then drawn up a study of these items in order to confirm, in a critical analysis, a contemporary and historical look of regulatory agencies checking its legal system, its democratic legitimacy, strength and limits of regulatory power, the action of these organs before the civil society and how they contribute to the democratic society.

Keywords: regularization; Federal Constitution; Regulatory Agencies; Brazilian Association of Regulatory Agencies; ABAR;

LISTA DE ABREVIATURAS

ABAR – Associação Brasileira de Agências de Regulação
ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas
AGU – Advocacia Geral da União
ANA – Agência Nacional de Águas
ANAC – Agência Nacional da Aviação Civil
ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE – Agência Nacional de Áudio Visual e Cinema
ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTAQ ou ANTT – Agência Nacional De Transportes Terrestres e Aquaviários
ANVISA – Agência Nacional da Vigilância Sanitária
FHC – Fernando Henrique Cardoso
INSS – Instituto Nacional do Seguro Social
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 – AGÊNCIAS REGULADORAS	15
1.1 - As Agências Reguladoras no Brasil	15
1.2 - Autarquias	18
1.3 - Funções das Agências Reguladoras	19
1.4 - Criação das Agências Reguladoras	24
1.5 - Natureza jurídica das Agências Reguladoras	26
2 – INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	29
2.1 - A Independência das Agências Reguladoras	29
2.2. Mecanismos de controle sobre as Agências Reguladoras	35
3 – O PODER NORMATIVO	45
3.1 - Poder normativo das Agências Reguladoras	45
3.2 - Regular por meio de normas	47
3.3 - Legitimidade democrática das Agências Reguladoras	48
3.4 - Natureza da atividade	50
3.5 - Força e limite do poder regulatório	50
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

Desde a criação da primeira Agência Reguladora, em dezembro de 1996, os acontecimentos envolvendo-as e toda a sua importância frente ao nosso ordenamento jurídico, trazem ao cerne da discussão a autonomia e independência das Agências, e o debate da regulação econômica no Brasil.

Os primeiros movimentos da redução do Estado no Brasil estão diretamente ligados à década de 90, porém já se tem notícia deste fato mesmo nos governos militares que ocorreram em nosso país, quebrando-se assim uma tradição do político-econômica brasileira de intervenção direta na economia, que se iniciou ainda na década de 1930 com o início da expansão das chamadas “estatais”.

Sendo assim, em 18 de julho de 1979, é editado o Decreto-Lei nº 83.740, instituindo-se no Brasil o programa nacional de desburocratização, programa esse que consistia na redução da interferência do Governo na atividade do cidadão e do empresário, o fortalecimento do sistema de livre empresa, e o impedimento desnecessário da máquina administrativa federal¹, e em 1981 no governo do Presidente João Batista Figueiredo, sendo criada a comissão especial de desestatização, se inicia o programa de privatização no Brasil, sendo vendidas 20 empresas estatais, além de outras oito que foram incorporadas a outros órgãos públicos.

Esse processo tem continuidade nos governos seguintes², onde foram criadas, além de comissões especiais para tratar do assunto como já havia acontecido no governo anterior, uma série de medidas para transferir ao particular a exploração de diversas empresas que eram do comando estatal, os programas de concessão e de serviços públicos, mas claro com a supervisão do Estado Brasileiro, o que é continuado também na transição democrática no Brasil com a constituinte de 1988 e a criação da “Constituição Cidadã”, um

¹ Artigo 1º e 3º, alíneas b, f, g e h.

² Sarney(1985-1990), Collor (1990-1992), Itamar (1992-1995), Fernando Henrique (1995-2002), Lula (2003-2010)

modelo para o Estado Brasileiro, em que consistia na já falada exploração direta da atividade econômica deveria ser feita pelo agente privado, ficando o Estado com as funções de fiscalização e incentivo, porquanto agente normativo e regulador da atividade econômica. Com isso surge a elaboração teórica e legislativa das agências reguladoras, caracterizadas pela dinamicidade, autonomia, independência e tecnicidade.

Pode-se dizer que o marco da criação das agências reguladoras tem início no governo Collor³, tendo prosseguido ao seu sucessor Itamar Franco, quando do seu afastamento por denúncias de corrupção, e teve destaque especial no governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso com a criação da ANATEL (telecomunicações), ANP (petróleo e biocombustíveis), ANS (saúde suplementar), ANVISA (vigilância sanitária), dentre outras que serão melhor estudadas e explicadas no estudo que aqui se propõe, totalizando-se 12 agências reguladoras em funcionamento no Brasil, definidas como autarquias especiais com características peculiares, tendo esta que se submeterem as regras legais impostas aos entes públicos, tais como processos licitatórios e contratos administrativos, segundo podemos extrair do sítio eletrônico da ABAR – Associação Brasileira de Agências de Regulação, onde diz que “às normas gerais de licitação, tanto para suas atividades fim, como para as instrumentais, sendo em ambos os casos, seus contratos considerados como contratos administrativos regidos, sendo em ambos os casos, seus contratos considerados como contratos administrativos regidos pelo direito público”.

Entretanto, com o passar dos anos e dos governos, houve o surgimento de diversos problemas com relação ao trabalho e independência dessas agências, como falta de repasse de recursos previstos nas dotações orçamentárias anuais dos respectivos Ministérios às agências, o que traz uma série de problemas à fiscalização por parte desses órgãos, posteriormente, e o que acontece até os dias atuais e se tem notícia pela mídia da ausência de nomeação de dirigentes no lugar dos que tiveram o seu mandato encerrado,

³ <http://www.brasil.gov.br/governo/2009/11/agencias-reguladoras> – Acessado em: 18/07/2015 às 14h07

ficando assim sem o quórum mínimo para decidir sobre diversas questões, a questão da prevalência de indicação política em detrimento do critério técnico e, por fim, o maior problema que se tem notícia nas agências reguladoras, ocorrido em 2006, foi o chamado “recurso hierárquico impróprio”, este que tem poder de interferência direta e decisiva na autonomia e independência das agências.

O recurso supracitado permite a revisão ministerial dos processos decisórios tomados pelas agências, o que será estudado melhor no trabalho proposto.

Posto isto, o tema, possui relevância nos âmbitos político, econômico, social e acadêmico, uma vez que está no cerne da discussão atual em todos os poderes e impacto direto na sociedade brasileira. A investigação passível de ser realizada uma vez que existem diversas contribuições acadêmicas, doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto em questão, sendo tema inclusive de diversos projetos de lei perante o Congresso Nacional, responsável por normatizar as agências.

No Brasil existem 12 agências reguladoras. A importância do papel e do funcionamento delas pode ser estudada sob a ótica do chamado “recurso hierárquico impróprio”, como um novo meio de controle das agências reguladoras pelo poder executivo, mais precisamente pelos Ministérios a que cada agência está vinculada. Essa investigação surgiu a partir do seguinte fato: no primeiro governo Lula, limitou-se a atuação das agências reguladoras, fazendo com que as dotações orçamentárias feitas pelos Ministérios de cada setor não passasse para as agências, que não houvesse mais nomeações para dirigentes das agências para substituir os que estavam encerrando o mandato e quando eram indicados tinham uma ligação política, pois eram aprovados e legitimados pelo Senado Federal e nomeados pelo Presidente da República, sendo assim, ao invés de técnicas prevaleciam aspectos políticos. Além disso, várias agências ficaram sem poder para decidir questões a respeito do desenvolvimento do país e do bem-estar econômico do consumidor.

Como já observado no parágrafo anterior, surge pela relevância do tema à necessidade do estudo da proximidade dessas autarquias que possuem peculiaridades e que são submetidas aos princípios que regem a administração pública com a sociedade desde sua criação. O serviço final para qual foram criadas é prestada a sociedade, bem como, em uma segunda linha de raciocínio, a influência que estas agências sofrem pelo meio político pela forma como são indicados os seus dirigentes.

A problemática deste trabalho de pesquisa fundamenta-se em que as agências reguladoras possuem poder regulamentar sob a ótica de regulamento de ato administrativo. Entende-se que esse ato administrativo é editado nos termos das agências reguladoras produz efeitos em relação aos administrados e não interfere no princípio da legalidade. Portanto, surge a situação-problema: Em que medida as agências reguladoras são instrumentos de gestão que possam atuar eficientemente no exercício das funções reguladoras e fiscalizadora do Estado?

A hipótese possível desse questionamento é que o órgão regulador compete cuidar da ausência ou minimizar a ineficiência nos elementos do ato administrativo, porque a regulação é uma atividade administrativa de interpretação do cumprimento da lei, cujo intuito é a eficiência no exercício da intervenção do Estado na economia.

Tem como objetivo geral verificar o valor das Agências Reguladoras como instrumentos de gestão estatal e que possam desenvolver suas atividades sob um contexto político-institucional. Além disso, desenvolver o mapa conceitual das Agências Reguladoras, apresentar a independência e os mecanismos de controle e, por último, identificar o poder normativo das Agências Reguladoras.

A metodologia de pesquisa empregada neste trabalho de conclusão de curso se deu por meios bibliográficos, que compreendem a leitura de livros,

artigos e revistas que mencionam os temas das Agências Reguladoras, bem como a leitura de documentos legais relacionados ao tema.

Este estudo consta de três capítulos: o primeiro é a apresentação da definição, das funções e da natureza das Agências Reguladoras. No segundo o desenvolvimento da independência e dos mecanismos de controle. Já no último capítulo aponta o poder normativo e os limites das Agências Reguladoras.

CAPITULO 1 – AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras são pessoas de direito público interno, constituídas em geral autarquicamente, em sua forma especial ou outro ente da administração pública. Percorrendo seu rol de finalidades, estas apareceram em nosso ordenamento jurídico para fiscalizar e/ou regular a atividade de determinado setor da economia do país.

Estas são criadas por leis específicas que assim as define e possuem regime jurídico especial, tendo natureza de autarquias. São autarquias com poderes especiais da administração pública indireta, que se predispõe a fiscalizar e regular serviços públicos prestados por particulares em forma de exceção, mediante concessão, permissão ou autorização.

1.1 - As Agências Reguladoras no Brasil

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 170, que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, a fim de assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social e em respeito ao princípio da livre concorrência.

Verificando a história das agências podemos ver que tais foram criadas após o episódio da desestatização do Brasil, com intuito de ter uma fiscalização direta de atividade econômica feita pelo agente privado, a partir de concessões ou demais institutos já citados, onde têm assim no Brasil as chamadas agências reguladoras.

Tem como características das agências reguladoras a dinamicidade, autonomia, independência, tecnicidade, consenso para solucionar conflitos, deste modo, podemos dizer que foi criada uma nova ordem jurídico-econômica. E como características técnicas da atuação das agências, podemos ver que o Poder Executivo faz a indicação de seus dirigentes, ao Senado da República cabe a sabatina do candidato, em suas comissões temáticas permanentes e

que tenha legitimidade para tal, após isto o candidato vem a ter seu nome aprovado em sede plenária e sua nomeação é feita pelo Presidente da República. Mas antes de passar por todo esse processo para a escolha de um dirigente de uma agência é necessário que se verifique o conhecimento técnico do dirigente em relação à área que ele irá atuar o que por muitas vezes hoje em dia é questão de tamanha discussão no Congresso Nacional e veiculado pela imprensa brasileira pela politização dessa escolha.

Os dirigentes só poderão perder o mandato no caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar. O mandato da plena garantia de autonomia e independência do dirigente perante o poder político.

No Brasil, as agências tiveram início no governo Collor⁴, ganhando forma no governo Itamar e tomando destaque no governo FHC, ao criar diversas agências reguladoras para vários setores, bem como, ANA (Agência Nacional de Águas), ANAC (Agência Nacional da Aviação Civil), ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), ANCINE (Agência Nacional de Audio Visual e Cinema), ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), ANP (Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis), ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar), ANTAQ ou ANTT (Agência Nacional de transportes terrestres e aquaviários), ANVS (ANVISA - Agência Nacional da Vigilância Sanitária).

Ocorre que, no governo Lula, foi tomada a decisão de que as agências reguladoras deixariam de regular e fiscalizar e passariam ser de responsabilidade dos ministérios. Mas tal ocorrido teve uma repercussão negativa, tendo em vista que, as agências atuam de forma técnica ajudando na evolução econômica do país e os ministérios de forma política, fazendo assim uma grande interferência política na economia.

⁴ <http://www.brasil.gov.br/governo/2009/11/agencias-reguladoras> – Acessado em: 18/07/2015 às 14h07

Assim, o governo Lula limitou a atuação das agências reguladoras, fazendo com que as dotações orçamentárias feitas pelos ministérios de cada setor não passasse para as agências, que não houvesse mais nomeações para dirigentes das agências para substituir os que estavam encerrando o mandato e quando eram indicados tinham uma ligação política, pois eram aprovados e legitimados pelo Senado Federal e nomeados pelo Presidente da República, sendo assim, ao invés de técnicas prevaleciam aspectos políticos. Além disso, várias agências ficaram sem poder para decidir questões a respeito do desenvolvimento do país e do bem-estar econômico do consumidor.

Em 2006⁵, o Presidente da República aprova um parecer dado pela AGU (Advocacia Geral da União), onde foi analisado o Ministério dos Transportes e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), fazendo assim com que houvesse uma interferência definitiva na autonomia e independência das agências reguladoras, dando total poder aos ministérios com a justificativa de que decisões técnicas podem ser solucionadas de forma política.

Após a redução do poder das agências reguladoras, foi constatado que o Poder Legislativo pode interferir na agência podendo modificar seu regime jurídico, até mesmo extingui-la. Além disso, o Poder Legislativo pode fiscalizar e suspender os atos normativos que não estiverem de acordo com a Lei, pois a Constituição Federal não garante que as agências tenham uma independência. Mesmo com toda essa mudança ocorrendo em relação as agencias foram criadas novas agencias nesse mesmo período e continuam sendo criadas novas agencias para tentar modificar essa mudança.

Hoje em dia o que é previsto em lei que as agências têm autonomia financeira, mas na pratica as agências são submetidas aos ministérios a que são vinculadas, além do que não podem utilizar a verba que arrecadam em prol da fiscalização das empresas que regulam sem que haja interferência dos ministérios.

⁵ <http://www.brasil.gov.br/governo/2009/11/agencias-reguladoras> – Acessado em: 18/07/2015 às 14h07

Deste modo, pode-se concluir que as agências que possuíam autonomia total em relação às empresas que fiscalizam passaram a ter autonomia relativa, pois elas são submissas às regras do serviço público.

Se comparar todas as agências reguladoras, vamos ver que todas possuem a mesma função, pois elas visam corrigir as falhas de mercado, mas cada uma ligada ao seu respectivo setor.

As agências reguladoras podem ser caracterizadas em três tipos: as agências de estado, agências de governo e forma intermediária.

As agências de estado são ligadas às questões econômicas e sua regulação se dá em virtude das falhas de mercado. As agências de governo são ligadas aos interesses do Estado, tendo como função participar e implementar as políticas públicas. As formas intermediárias podem ser consideradas uma modalidade mista, pois podem participar de determinados setores e podem praticar políticas públicas.

1.2 - Autarquias

As autarquias são entidades administrativas autônomas, criadas por lei específica, com personalidade jurídica de direito pública, patrimônio próprio e atribuições estatais determinadas⁶. De acordo com o art. 5º, inciso I, do Decreto-Lei 200/1967, se definiu autarquia como:

Autarquia – o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada⁷.

Dentro das autarquias iremos encontrar a administração indireta, fazendo com que haja uma descentralização administrativa mediante a personificação de um serviço da administração centralizada. Neste caso,

⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. São Paulo: Método, 2010

⁷ Decreto-Lei 200/1967 - art. 5º, inciso I.

apenas os serviços públicos típicos às autarquias que podem ser outorgados, e não as atividades econômicas em sentido estrito. Os poderes de que o Estado dispõe para o desempenho de sua função administrativa são também outorgados pelo ordenamento jurídico às autarquias.

As autarquias desempenham atividades típicas da administração pública, sua personalidade jurídica é de direito público e estão sujeitas a controle da pessoa política que são vinculadas.

1.3 - Funções das Agências Reguladoras

Pode-se dizer que as funções das agências reguladoras são; controle de tarifas, universalização do serviço, fomento da competitividade, garantia do cumprimento do contrato administrativo e arbitramento dos conflitos entre empresas ligados as agências.

As agências reguladoras foram criadas no Brasil, no mesmo período em que foi promulgado o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, no ano de 1995. Tais agências foram criadas através de leis específicas, sendo elas autarquias com direitos previstos na Constituição Federal.

Para a construção dessas autarquias foi necessário que fosse escolhido um modelo para ser seguido e tal modelo foi o setorial, isto é, diversas instituições de autarquias onde cada uma delas estará ligada a cada setor da economia, mas cada um ligado a um órgão específico.

Agências Reguladoras Federais

Agência	Lei de Criação	Decreto de Instalação	Ministério Vinculado	Tipo de Regulação	Atividade Regulada
<u>ANEEL</u> Agência Nacional de Energia Elétrica	Lei nº 9.427 (26/12/1996)	Decreto 2.335 (06/10/1997)	Minas e Energia	Econômica	Produção, transmissão, distribuição de energia elétrica.

<u>ANATEL</u> Agência Nacional de Telecomunicações	Lei nº 9.472 (16/07/1997)	Decreto 2.338 (07/10/1997)	Comunicações	Econômica	Telecomunicações
<u>ANP</u> Agência Nacional de Petróleo	Lei nº 9.478 (06/08/1997)	Decreto 2.455 (14/010/1998)	Minas e Energia	Econômica	Indústria do Petróleo
<u>Anvisa</u> Agência Nacional de Vigilância Sanitária	Lei nº 9.427 (26/12/1996)	-----	Saúde	Social	Produção e Comercialização de Produtos e Serviços Submetidos à Vigilância Sanitária
<u>ANS</u> Agência Nacional de Saúde Suplementar	Lei nº 9.961 (28/01/2000)	Decreto 3.327 (05/01/2000)	Saúde	Econômica e Social	Assistência Suplementar à Saúde
<u>ANA</u> Agência Nacional das Águas	Lei nº 9.984 (17/07/2000)	Decreto 3.692 (19/12/2000)	Meio Ambiente	Social (Ambiental)	Recursos Hídricos
<u>Antaq</u> Agência Nacional de Transportes Aquaviários	Lei nº 10.233 (05/06/2000)	Decreto 4.122 (13/02/2002)	Transporte	Econômica	Infra-estrutura de Transportes Aquaviários
<u>ANTT</u> Agência Nacional De Transporte Terrestre	Lei nº 10.233 (05/06/2000)	Decreto 4.130 (13/02/2002)	Transporte	Econômica	Infra-estrutura de Transportes Terrestres
<u>Ancine</u> Agência Nacional do Cinema	MP nº 2.228 (26/12/1996)	-----	Casa Civil	Social	Indústria Cinematográfica
<u>ANAC</u> Agência Nacional de Aviação	Lei nº 11.182 (27/07/2005)	Decreto 5.731 (20/03/2006)	Ministério da Defesa	Econômica	-----

Fonte: Elaboração própria a partir de informações coletadas na ABAR – Associação Brasileira de Agências de Regulação (www.abar.org.br)⁸, e web sites das agências.

Agências Reguladoras Estaduais

UF	Nome da Agência	Órgão Superior	Lei de Criação	Natureza Jurídica
Acre	AGEAC Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Acre	Secretaria de Estado de Infraestrutura e Integrado	Lei nº 1.480 (15/01/03)	Autarquia
Alagoas	ARSAL Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Alagoas	Secretaria de Estado do Planejamento	Lei nº 6.267 (20/09/01)	Autarquia Especial
Amazonas	ARSAM Agência Reguladora dos Serviços Públicos Concedidos do Estado do Amazonas	Gabinete do Governador	Lei nº 2.568 (25/11/99)	Autarquia Especial
Bahia	AGERBA Agência Estadual de Regulamentação de Serviços Públicos de Energia, Transporte e Comunicações da Bahia	Secretaria de Energia, Transporte e Comunicação	Lei nº 73.141 (09/05/98)	Autarquia Especial
Ceará	ARCE Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará	Secretaria de Ouvidora-geral e do Meio Ambiente	Lei nº 12.786 (30/12/97)	Autarquia Especial
Distrito Federal	ADASA Agência Reguladora de Águas e Saneamento do Distrito Federal	Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Recursos Hídricos	Lei nº 33.651 (07/06/04)	Autarquia Especial
	AGESP			

⁸ <http://www.abar.gov.br>, ABAR – Associação Brasileira de Agências de Regulação – Acessado em: 18/07/2015 às 14h07

Espírito Santo	Agência Estadual de Serviços Públicos do Estado do Espírito Santo	Secretaria de Estado da Fazenda	Lei nº 5.721 (20/07/01)	Autarquia Especial
Goiás	AGR Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos	Secretaria de Estado do Planejamento e Desenvolvimento	Lei nº 1.356 (27/12/09)	Autarquia Especial
Mato Grosso	AGER/MT Agência Goiana de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Mato Grosso	Governo de Estado	Lei Complementar nº 66 (22/12/09)	Autarquia
Mato Grosso do Sul	AGEPAN Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Mato Grosso do Sul	Governo de Estado	Lei nº 2.363 (19/12/01)	Autarquia
Minas Gerais	AERSP/MG Agência Estadual de Regulamentação de Serviços Públicos de Minas Gerais	Secretaria de Estado do Planejamento e Coordenação Geral	Lei nº 12.999 (31/07/98)	Autarquia
Pará	ARCON Agência Estadual de Regulação e Controle de Serviços Públicos	Conselho Estadual de Regulação e Controle dos Serviços Públicos CONERC	Lei nº 6.099 (30/12/97)	Autarquia
Paraíba	AAGISA Agência de Águas, Irrigação e Saneamento do Estado da Paraíba	Governo de Estado	Lei nº 7.033 (29/11/01)	Autarquia Especial
	AGGEL Agência Estadual de Energia da Paraíba	Secretaria de Infraestrutura	Lei nº 7.120 (28/06/02)	Autarquia Especial

Paraná	ARSPDIE Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Infraestrutura do Paraná	Governo do Estado e Secretaria dos Transportes	Lei nº 94 (23/07/02)	Autarquia Especial
Pernambuco	ARPE Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco	Gabinete do Governador	Lei nº 284 (12/11/99)	Autarquia Especial
Rio de Janeiro	AGETRANSF * Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários, Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro	Secretaria de Estado de Integração Governamental SEIG	Lei nº 4.555 (06/06/05)	Autarquia Especial
Rio Grande do Norte	ARSEP Agência Reguladora de Serviços Públicos do Rio Grande do Norte	Secretaria de Estado de Infraestrutura	Lei nº 7.758 (09/12/97)	Autarquia
Rio Grande do Sul	AGERGS Agência Estadual de Regulação do Serviço Público Delegado do Rio Grande do Sul	Conselho Superior	Lei nº 10.931 (09/01/97)	Autarquia
Santa Catarina	SC/ARCO Agência Catarinense de Regulação e Controle	Gabinete do Governador	Lei nº 11.355 (18/01/00)	Autarquia
São Paulo	CSPE Comissão de Serviços Públicos de Energia	Secretaria de Estado de Energia	Lei Complementar nº 833 (17/10/97)	Autarquia
	ARTESP Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte	Secretaria de Estado dos Transportes		

São Paulo	do Estado de São Paulo		Lei nº 914 (14/01/02)	Autarquia Especial
Sergipe	ASES Agência Reguladora de Serviços Concedidos do Estado de Sergipe	Secretaria de Estado do Planejamento e de Ciência e Tecnologia SEPLANTEC	Lei nº 3.973 (10/06/98)	Autarquia

Fonte: Elaboração própria a partir de informações coletadas na ABAR – Associação Brasileira de Agências de Regulação (www.abar.org.br)⁹, e web sites das agências.

Nota: A Lei nº 4.555 extinguiu a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro (ASEP-RJ) autarquia criada em 1997

As tabelas acima enquadram as agências reguladoras que existem no Brasil, desde sua criação, dividindo-as em Agências Reguladoras Federais onde são identificadas as leis de suas criações, os decretos de suas instalações, quais os ministérios que estão vinculadas, tipos de regulamentação e atividades reguladoras; bem como as Agências Reguladoras Estaduais, identificando o órgão superior que as gerenciam, as leis que as criaram e suas naturezas jurídicas.

1.4 - Criação das Agências Reguladoras

Para poder-se ter um conhecimento maior sobre as agências reguladoras precisamos ver seu significado. Em nossa Lei não temos uma explicação específica do que são as agências reguladoras, mas alguns doutrinadores tentam explicar o que significa agência reguladora.

Ao estudar sobre as agências vamos verificar que as agências surgiram nos Estados Unidos da América, no que conhecemos como *common law* que é qualquer órgão componente da administração pública. Para a professora *Maria*

⁹ <http://www.abar.gov.br>, ABAR – Associação Brasileira de Agências de Regulação – Acessado em: 18/07/2015 às 14h07

*Sylvia Zanella Di Pietro*¹⁰, as agências reguladoras, no Brasil, é uma “copia” do modelo norte-americano.

As agências foram criadas para atribuírem investimentos privados ligados ao processo de privatização para substituir os investimentos públicos. Além disso, elas receberam o nome de agência, pois seria uma forma mais fácil para as empresas internacionais reconhecerem com mais facilidade o órgão com que estavam lidando, por já estarem acostumados com tal nomenclatura.

O que se vê ao analisar o sentido de regulação, vamos ver que regulação é uma atividade voltada para o estabelecimento de regras de conduta com a finalidade de garantir o funcionamento equilibrado de um determinado sistema. Ou seja, as agências reguladoras, praticam uma atividade administrativa de intervenção do Estado em determinado segmento da atividade econômica ou privada.

Regulação pode ser subdividida de duas formas. Primeira é a forma técnica que abrange os aspectos técnicos ligados às agências. Segunda é a forma econômica que é aquela que especifica a conduta econômica em que as agências devam seguir.

As agências reguladoras cuidam de especificar sobre a aplicação de políticas públicas relativas ao setor regulado, e não sobre toda e qualquer lei, seja ela auto executável ou não, como se passa na função regulamentadora do Chefe do Poder Executivo.

A atividade normativa das agências tem um limite, isto é, o regulador não pode nunca interferir na Lei, nem alargar nem diminuir o âmbito de suas palavras, substituindo a política pública definida pelas autoridades políticas competentes, sob pena de violar os dispositivos constitucionais invocados.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Não é mais uma novidade para o ordenamento jurídico a descentralização da competência normativa originária do Poder Legislativo para outro órgão ou entidade pertencente à Administração Pública. Ou seja, tal fato ocorreu por causa da incapacidade do Poder Legislativo em responder de forma eficiente às demandas que lhe eram dirigidas, em razão da crescente especialização técnica que passou a ser necessária para obter um controle eficaz.

Com a criação das agências o Poder Executivo passou a ser formado pelas maiorias parlamentares, quando seus representantes não eram eleitos diretamente pelo povo, não podendo mais permanecer estanque no âmbito interno do Poder Legislativo.

Nos Estados Unidos as agências reguladoras só podem expedir normas reguladoras quando forem autorizadas pelo Poder Legislativo, ficando assim impossibilitadas de gerar normas acerca da matéria a ser reguladas, cabendo às agências a função de baixar normas inovadoras na ordem jurídica, desde que dentro dos parâmetros estabelecidos pelo Parlamento. Já no Brasil, os atos normativos das agências reguladoras tem natureza administrativa e não legislativa.

1.5 - Natureza jurídica das Agências Reguladoras

Uma das discussões iniciais a respeito da natureza jurídica das agências reguladoras foi no sentido de se dar uma interpretação literal ao texto da Constituição, quando se fala na criação de um “órgão regulador” para telecomunicações e outro para petróleo, conforme determinam os artigos 21 e 177 da Constituição Federal. Discutiu-se então que ela reclamava a criação de uma estrutura administrativa submetida à hierarquia do Poder Executivo, integrada à Administração direta e, portanto, despersonalizada, porque essa era a dicção constitucional expressa.

A interpretação expressa é que muitas vezes o constituinte faz uso de expressões que não têm o conteúdo jurídico que se imagina, por lhe faltar o domínio técnico na matéria, fazem-se determinadas concessões a esse tipo de interpretação literal para se admitir que o que se quis dizer na Constituição, na presença de um órgão regulador, na verdade, uma estrutura administrativa de regulação, não necessariamente despersonalizada.

Embora possa existir tanto a regulação pública, como a regulação privada, em vista do princípio da subsidiariedade, e que aquela não precisa ser necessariamente desenvolvida por uma agência reguladora¹¹, o conceito de regulação como uma atividade independente tecnicamente e que pode opor resistência inclusive à Administração direta, exige que essa função reguladora seja exercida com autonomia e independência.

O extinto Departamento de Aviação Civil (DAC) exercia a função de regulação no âmbito da aviação civil, hoje de responsabilidade da ANAC, sendo que ele sequer tinha personalidade jurídica, já que era órgão do Ministério da Defesa. Então, a atividade regulatória não depende da existência de uma agência reguladora para se desenvolver, porém, o seu exercício se dê com os mesmos critérios de desempenho dela cobrados. O órgão é somente uma máquina administrativa que se presta a uma finalidade de dar aplicabilidade administrativa à função regulatória, essa sim de sede constitucional.

Portanto, para atender aos objetivos de se buscar um ponto de equilíbrio entre os interesses em conflito, que envolvem tanto o Estado como o concessionário e o consumidor, ou usuário, essa solução somente pode se dar por alguém que deles esteja equidistante. Assim, não se deve supor que as agências reguladoras devam necessariamente fazer parte da estrutura de um deles, surgindo à necessidade de revesti-las de autonomia.

Por outro lado, autonomia, qualquer entidade da Administração Pública indireta tem. Mesmo as empresas estatais conservam um grau de autonomia, ainda que mitigada pela lei de responsabilidade fiscal. Então, a autonomia não é o elemento característico de uma agência reguladora.

¹¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Editora Senado Federal, 2011.

A agência, ao exercer o seu papel de ponderar entre os interesses em conflito, vai estabelecer uma decisão administrativa, que tanto pode ter sede normativa como executiva, por meio de um ato administrativo individual ou geral, mas que tem cunho de autoridade sobre todos os demais interesses que ela busca conciliar para que se alcance um ponto de equilíbrio.

Essa decisão somente pode ser emitida de uma pessoa jurídica de Direito Público, porque, no Direito Público, se lida com uma relação de subordinação do interesse individual ao interesse coletivo, e, no Direito Privado, trabalha-se com relações de coordenação de interesses que estão no mesmo plano jurídico. Quando há a necessidade deste ato de autoridade impor uma decisão à quais todos devam se submeter, ele deverá vir emitido de uma pessoa jurídica de Direito Público, chega-se à ideia de autarquia, pessoa jurídica de Direito Público, que se aparta da Administração direta por meio de uma autonomia que lhe confere personalidade jurídica própria¹².

Mas isso não era suficiente, existem outras autarquias na Administração Pública que podem ter a sua autonomia relativa por decisões de natureza política. Assim, para se preservar a própria função regulatória, que deve se manter equidistante dos interesses em tensão, é que se atribui às agências reguladoras o requisito da independência, protegendo-as contra indevida interferência política de natureza eleitoral.

Por tudo isso é que as agências reguladoras foram, de forma unânime, em suas respectivas leis instituidoras, classificadas como autarquias sob regime especial. Sobre o que se deva entender por autarquia e pelos elementos que compõem esse “regime especial”, que servem tanto para diferenciá-las das autarquias “comuns”, como para conferir-lhes a independência necessária à realização de seus fins, será estudado a seguir.

¹² SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª Ed. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

CAPITULO 2 – INDEPENDÊNCIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Conforme já demonstrado anteriormente as agências reguladoras no Brasil foram criadas sob a forma de autarquia especial, para terem assim mais autonomia e independência perante a administração pública.

Assim, resumidamente, a ideia central da criação das agências foi a de um órgão administrativo técnico fiscalizador, de alta especialização e que atuasse de forma independente da política do país, e assim não se tornasse um órgão político, mas sim técnico para desempenhar o seu papel.

2.1 - A Independência das Agências Reguladoras

Agora que já se sabe que a natureza jurídica das agências reguladoras é de autarquia sob regime especial, bem como o que se deva entender pelas palavras “agência” e “regulação”, resta analisar as características específicas que possuem estas entidades, responsáveis tanto pela sua natureza especial, quanto como elemento diferenciador em relação às demais autarquias, ditas comuns.

Este elemento diferenciador está na independência que as agências reguladoras possuem em relação aos demais Poderes do Estado, cuja fundamentação reside na importância em protegê-las contra influências político-partidárias que se revelem nocivas ao bom andamento do setor regulado. Para que as agências reguladoras exerçam com isonomia e equidade as suas atribuições, que, em razão da complexidade e da tecnicidade dos seus atos, podem contrariar uma gama de interesses particulares, previu-se determinadas garantias para que os seus objetivos sejam efetivamente alcançados¹³.

Autonomia administrativa é a investidura por tempo certo de seus dirigentes (não podem ser coincidentes entre si, e, muito menos, com o ciclo

¹³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª Ed. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

eleitoral), o que significa dizer que eles somente podem ser afastados do cargo que ocupam antes do vencimento do prazo previsto mediante o cometimento de falta grave, apurada esta em processo administrativo ou judicial, e desde que observados o contraditório e a ampla defesa.

A investidura para o preenchimento dos cargos de dirigentes das agências reguladoras é um ato composto, cabendo ao Chefe do Poder Executivo indicar o nome do dirigente, que será submetido à aprovação pelo Senado.

A doutrina majoritariamente aponta ser o fator determinante da autonomia administrativa o estabelecimento de mandato fixo para os dirigentes das agências reguladoras. Porém, mandato pressupõe eleição, o que não é o caso, de modo que consideramos mais apropriada a adoção do termo “investidura por tempo certo”¹⁴.

O próprio princípio da eficiência, que norteia toda a Administração Pública, concluiu-se pela necessidade de se atribuir a técnicos especializados a edição de determinadas normas cujo conteúdo é altamente complexo e específico. O legislador, como generalista que é, pode traçar as grandes linhas de funcionamento da atividade estatal sobre os vários setores da economia. Contudo, dominar cientificamente assuntos que exigem anos de formação intelectual em setores tão diversos como telecomunicações, petróleo ou cinema, até mesmo em razão das constantes e rápidas transformações tecnológicas por que passam diariamente, não parece ser humanamente alcançável.

A saída encontrada foi a atribuição desta tarefa, que seria do agente político, a técnicos que detenham uma formação científica específica em um determinado setor, o que permitiria o seu desenvolvimento de uma forma mais adequada e eficiente. Daí a necessidade de se exigir dos dirigentes das

¹⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª Ed. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

agências conhecimento específico a respeito do segmento regulado sobre o qual irá atuar.

Em razão da complexidade do cargo, bem como pelo elevado grau de responsabilidade de suas tarefas, optou-se pela adoção de uma direção colegiada, que concederia não apenas legitimidade às agências, mas também coibiria a captura dos seus dirigentes, tendo em vista que é sempre mais difícil corromper todo um colegiado a um singular, contribuindo assim por uma melhor qualidade e imparcialidade dos atos proferidos.

A atividade reguladora deve ser exercida com autonomia técnica e administrativa. Como o próprio nome já indica, ela ocorre quando os órgãos reguladores são dominados pelos interesses dos agentes que deveriam ser objeto de regulação. E esses interesses podem tanto pertencer a uma empresa privada, como ao próprio Governo (ABAR, 2015).

Se por um lado é delegada às agências a autonomia administrativa para que elas possam resistir às pressões do Governo por medidas que permitam resultados de curto prazo favoráveis a ele, em razão das restrições temporais impostas pelo ciclo eleitoral, por outro algumas leis específicas instituidoras dessas agências preveem a possibilidade de recondução do dirigente ao cargo que ocupa, o que representa um flagrante artifício de captura por parte do administrador.

Já para inibir a captura pela iniciativa privada, onde as pressões são por medidas que possibilitem a apresentação imediata de resultados positivos para os acionistas das empresas reguladas, concebeu-se a ideia da “quarentena”, para que determinado dirigente não tome medidas tendentes a favorecer uma determinada empresa em troca de benefícios pessoais, como, por exemplo, assumir um cargo nesta mesma empresa quando finda a sua investidura na respectiva agência reguladora, as leis das agências preveem o cumprimento de um determinado período (geralmente de doze meses) de abstinência

profissional subsequente à saída do cargo de dirigente, quando ele não poderá voltar a atuar no mesmo segmento econômico pela iniciativa privada¹⁵.

Entendeu que somente poderia assumir uma função pública que decorresse ou da aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, ou da nomeação para um cargo em comissão. E como o dirigente da agência reguladora não fez concurso público, ele somente poderia ocupar cargo em comissão. Logo, em razão da natureza do cargo concluiu-se que ele poderia ser livremente exonerado a qualquer tempo, restando inconstitucional a previsão nas leis das agências reguladoras da investidura por tempo certo dos seus dirigentes.

O fato de serem nomeados por tempo certo não serviria para sustentar a sua estabilidade no cargo durante o prazo de vigência de sua nomeação, tendo em vista a Súmula nº 25 do Supremo Tribunal Federal que não o admitira. Mas o que deve ser colocado é que agente regulador também é uma categoria de agente público e, portanto, se submete aos requisitos para o exercício do cargo conforme fixado na lei que o instituiu, e estes são o notório saber dentro de um determinado segmento regulado e a preservação de sua função enquanto não for praticada nenhuma falta grave. Então, com fundamento no artigo 37, inciso I, da Constituição Federal brasileira, entende-se que não há aí nenhuma inconstitucionalidade nesta previsão.

Autonomia financeira decorre do exercício da função regulatória, pelas agências, de fiscalizar a regularidade da prestação dos serviços sob sua supervisão. Tal fiscalização, obviamente, não se dá de forma gratuita, ficando as empresas atuantes em determinado setor sob regulação estatal sujeitas à cobrança de uma taxa referente ao serviço prestado, a chamada “taxa de fiscalização”, cujos dividendos se incorporam diretamente ao patrimônio da agência reguladora.

¹⁵ <http://www.abar.gov.br>, ABAR – Associação Brasileira de Agências Reguladoras – Acessado em: 18/07/2015 às 14h07

A autonomia financeira das agências reguladoras é a sua capacidade de autogestão financeira. Embora também sejam elas destinatárias de receitas provenientes de dotações orçamentárias gerais, bem como de variadas outras fontes, a maior parte dos seus recursos decorre da cobrança da referida taxa, que tem, inclusive, levantado grande controvérsia a respeito de sua natureza jurídica¹⁶.

A importância de se qualificar precisamente a natureza jurídica da taxa de regulação reside em situações como de extinção e criação dessas agências reguladoras. Isso porque, se essa taxa de regulação realmente tiver natureza tributária, por conta do princípio da anterioridade tributária, a agência reguladora criada não teria recursos para funcionar no mesmo exercício de sua criação, uma vez que ela somente poderia ser cobrada dos contratados no ano seguinte ao da sua instituição, o que tornaria vulnerável a sua independência. Por outro lado, se não forem tidas como verdadeiros tributos, as taxas de fiscalização estarão livres das limitações impostas pela Constituição Federal, sobretudo em relação aos seus artigos 150, 151 e 152.

Já a autonomia técnica caracteriza as agências reguladoras é a impossibilidade de se interpor recurso hierárquico impróprio contra as decisões emanadas dos seus dirigentes. Tal restrição decorre do exercício de sua função “quase” judicial, que determina que o Conselho Diretor das próprias agências funcione como última instância administrativa na solução de conflitos de interesses entre o delegante, o delegatário e os usuários de um determinado serviço. Deve-se ter em conta aqui que o recurso hierárquico pode ser decomposto em recurso hierárquico próprio e recurso hierárquico impróprio.

A) Recurso Hierárquico Próprio: ocorre quando uma autoridade administrativa superior é competente para julgar, em grau de recurso, os atos praticados por uma autoridade administrativa inferior a ela, desde que ambas pertençam a uma mesma entidade.

¹⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª Ed. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

- Por exemplo, interposto recurso contra ato praticado por Ministro de Estado, quem irá julgá-lo é o Presidente da República, sendo que tanto este, como aquele, pertencem à União. Portanto, trata-se aqui de recurso hierárquico próprio.

B) Recurso Hierárquico Impróprio: ocorre o contrário, tanto a autoridade administrativa inferior, como a autoridade administrativa superior pertencem a entidades diferentes, o que significa dizer que a autoridade que pratica o ato recorrido, e a autoridade que tem atribuição para julgar o recurso pertence a entidades distintas.

- Por exemplo, interposto recurso contra ato praticado pelo presidente do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), será ele apreciado ou pelo Ministro da Previdência Social, ou pelo Presidente da República. Contudo, o presidente do INSS pertence a uma autarquia federal, ao passo que, tanto o Ministro da Previdência Social, como o Presidente da República, pertence à União. Assim, por integrarem entidades diferentes, este se revela um caso típico de recurso hierárquico impróprio.

A impossibilidade do seu cabimento contra atos provenientes de agências reguladoras se dá com fulcro na ideia de que uma decisão técnica não deve ser passível de uma revisão político-administrativa, uma vez que seus atos seriam revistos ou pelo Ministro da pasta correspondente, ou diretamente pelo Presidente da República, o que representaria uma afronta à autonomia técnica que lhe é característica e fundamental para o desempenho de suas funções.

A impossibilidade de se interpor recurso hierárquico impróprio não significa a concessão de poderes ilimitados aos dirigentes das agências reguladoras, já que suas decisões permanecem passíveis a eventuais recursos

hierárquicos próprios para a mesma agência, ou a ações judiciais, tendo em vista o controle inafastável do Judiciário¹⁷.

2.2. Mecanismos de controle sobre as Agências Reguladoras

É importante chamar a atenção que a agência reguladora não é um quarto poder, mas sim um ente integrante da própria Administração Pública indireta e, portanto, submetida aos comandos do administrador, com a vantagem de estar protegida contra interferências de ordem política sobre a sua atuação, que deve ser técnica.

Por ser de natureza autárquica, estão também as agências reguladoras sujeitas a algumas formas de controle comuns às autarquias. Assim, a agência reguladora, como entidade integrante da Administração Pública, também terá a sua liberdade atenuada por via de controle externo, o que se justifica em nome de valores maiores como a proteção ao interesse público e aos princípios da legalidade e da eficiência, o que lhe servirá, por outro lado, como elemento legitimador de suas atividades, ainda que a agência reguladora seja dotada de autonomia e independência, nada disso a torna imune aos controles político, judicial, financeiro-orçamentário e social a que está submetida.

O controle político, que é exercido tanto pelo Poder Legislativo, como pelo Chefe do Poder Executivo, já começa na própria inspiração do projeto de lei de criação da agência, onde são definidas as suas competências e funções. Também nesta etapa se estabelece a estrutura da Administração direta à qual ficará vinculada, se a um Ministério ou se diretamente ao Presidente da República, bem como o valor da sua taxa de regulação, o critério de nomeação e exoneração dos seus dirigentes e do pessoal de apoio, a organização interna da nova entidade e a remuneração de seus agentes, também se verifica no processo de nomeação e exoneração dos dirigentes das agências reguladoras, onde estão legalmente previstas as participações tanto do Poder Executivo, que se materializa na indicação, na nomeação e no pedido de sua exoneração

¹⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª Ed. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

ao Senado Federal, quanto do Poder Invocando os artigos 127 *caput* e 129, inciso III, ambos da Constituição Federal Legislativo, a quem compete decidir pela aprovação e exoneração dos nomes a ele indicados.

Ainda dentro do controle político, existem mecanismos específicos de exercício deste controle cuja titularidade se conserva exclusivamente a um dos Poderes que o compõem, o que permite subdividi-lo em um controle específico exercido pelo Poder Executivo, e outro exercido pelo Poder Legislativo.

O controle pelo Poder Executivo se materializa pela submissão das agências reguladoras às políticas públicas traçadas pela Administração Central, que delimitam o âmbito de exercício de suas atividades. Devida à sua natureza autárquica, o controle sobre as agências aqui deve se ater aos aspectos finais de sua atuação. E um dos mecanismos pelo qual esse controle final será exercitado é através do chamado “contrato de gestão”¹⁸.

Em razão do dever constitucional de supervisão das agências reguladoras pelo Poder Executivo, que se soma ao dever de eficiência administrativa do qual é titular, estabelece-se um contrato entre o controlador e o controlado, onde serão estabelecidas metas de eficiência que serão objetivamente cobráveis do regulador, com as consequências para tanto.

Sua fundamentação está no fato de que, se a Administração Pública tem o dever de supervisionar a atuação das agências reguladoras, então é razoável que esse controle tenha uma objetividade, para que não se alegue posteriormente que houve violação ao princípio da eficiência sem que se tenha definido objetivamente como esse conceito jurídico deve ser interpretado¹⁹.

O contrato de gestão, em última instância, é um mecanismo de proteção à própria agência contra inserções políticas sobre as suas atividades, além de

¹⁸ BASTOS, Sérgio Freitas. **Introdução ao Direito das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2004.

¹⁹ BASTOS, Sérgio Freitas. **Introdução ao Direito das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2004.

garantir a realização constitucional de um dever da Administração Pública Central com base em critérios objetivos.

Outra forma de controle exercida pelo Poder Executivo é aquele que se refere à possibilidade de interposição do recurso hierárquico impróprio contra atos finais das agências reguladoras. Se por um lado a Constituição reconhece a todos o direito de petição, que pode provocar um recurso hierárquico impróprio para que o Chefe do Poder Executivo decida a respeito de um ato emanado de uma agência reguladora, por outro lado, a independência legalmente conferida à agência impede que o seu ato seja substituído pela autoridade política.

Mas o que o dispositivo constitucional invocado propõe em nada viola a sua independência, uma vez que nenhuma autonomia ou independência é conferida às agências para a prática de atos contrários à lei, e que por isso sequer são recebidos pelo ordenamento jurídico. Logo, neste caso, o que faz a autoridade controladora é um mero ato de declaração, que somente pode ser praticado pelo Chefe do Poder Executivo depois de ouvido o órgão central do respectivo sistema jurídico, por ser um ato técnico de fixação de interpretação do ordenamento jurídico.

Apenas se admite o recurso hierárquico impróprio de um ato final emanado de uma agência reguladora no caso de flagrante ilegalidade, o que se dará em cumprimento a um dever constitucional que se restringirá a declarar a nulidade do ato, sendo certo que, ao assim agir, a autoridade controladora não estará violando a independência da agência, uma vez que não se adentrará no mérito da regulação.

Quanto ao controle legislativo, ele é expressamente admitido pela Constituição Federal no seu artigo 49, inciso X, ao consagrar como competência exclusiva do Congresso Nacional a fiscalização e o controle dos atos do Poder Executivo, inclusive os da Administração indireta.

O mesmo artigo constitucional, no seu inciso V, prevê o principal mecanismo de exercício de controle pelo Legislativo, ao prever a sua competência para sustar os atos normativos exarados do Poder Executivo que ultrapassem os limites da delegação legislativa. Complementando o seu sentido, muito oportuna foi a observação feita pelo professor *Marcos Juruena Villela Souto*²⁰ de que esse dispositivo não autoriza o Poder Legislativo a anular, e nem tampouco revogar a norma reguladora, naquilo em que ela for exorbitante à sua competência, mas apenas em suspender os seus efeitos, o que não significa retirá-la do mundo jurídico.

As demais formas de exercício de controle parlamentar se encontram nos pedidos de informação e na convocação dos reguladores para prestar esclarecimentos em comissões parlamentares de inquérito, o que atribui às agências grande credibilidade frente à sociedade, uma vez que ficarão sob a supervisão de pessoas legitimamente eleitas pelo povo, e que, portanto, ao menos em tese, melhor o representa.

Passando agora para a possibilidade do controle judicial, é importante lembrar que o princípio que o orienta é o mesmo que submete toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito à apreciação pelo Poder Judiciário, conforme determina o artigo 5º da Constituição Federal, no seu inciso XXXV. E esse controle a ser realizado pelo Poder Judiciário tanto se materializa pelo controle de constitucionalidade da lei que dá criação à agência reguladora, quanto pelo controle sobre os atos normativos ou concretos expedidos por essa mesma agência. Então, com exceção do caso da Justiça Desportiva, nenhuma outra situação pode ser estabelecida como condicionante de esgotamento da esfera administrativa para o recurso à via judicial.

Uma questão de grande importância passa a ser o limite do exercício desse poder-dever pelo Judiciário, tendo em vista que, se por um lado a sua competência resta incontestada, por outro, a independência técnica decisória (ou discricionariedade técnica) das agências fica, ao menos em tese, ameaçada.

²⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª Ed. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

A jurisprudência é quase unânime ao afirmar que não cabe controle judicial sobre os atos discricionários da Administração Pública, uma vez que ele não pode se substituir às valorações da autoridade administrativa, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes.

Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.²¹.

Mas o que parte da doutrina contesta é a própria existência de uma atividade discricionária, no caso específico da regulação. Por discricionariedade, deve-se entender aqui como uma margem de liberdade de escolha entre pelo menos dois comportamentos admitidos pelo ordenamento jurídico onde, mediante uma avaliação dos conceitos de conveniência e oportunidade, independentemente da escolha realizada, se permite o alcance de um mesmo resultado.

Se a regulação é uma atividade de ponderação entre interesses em conflito para a busca de um ponto, somente atingido esse ponto é que ela terá efetivamente alcançado os seus objetivos. Se for considerado a impossibilidade de que duas técnicas sejam capazes de atingir um mesmo resultado, haverá tão somente um único ponto, o que inviabilizaria falar-se em discricionariedade, não havendo a possibilidade de juízo discricionário no sentido de avaliação de conveniência e oportunidade pela autoridade reguladora, não haveria óbice ao controle judicial da atividade regulatória, por se tratar de mero ato vinculado, e, portanto, despido de qualquer tipo de valoração pelo seu autor²².

Sendo assim a questão de uma eventual invocação de uma discricionariedade técnica não poderia representar uma barreira ao controle judicial, exatamente porque não pareceria que ela efetivamente exista na

²¹ Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 13 de agosto de 2015.

²² SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª Ed. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

atividade regulatória como um juízo subjetivo, livre de avaliação, conforme o critério de conveniência e oportunidade, que são subjetivos do administrador.

Porém, a ideia de que haja sempre uma diferença entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa (ou técnica, quando baseada em critérios técnico-científicos não previstos em lei), já vem sendo contestada, bastaria que o agente regulador identificasse vários meios racionais e proporcionais para a realização do fim público que, a partir de uma avaliação de conveniência e oportunidade, pudesse optar por aquela que considerasse, segundo critérios técnicos, como a mais adequada ao caso, para se ter aí a concretização da discricionariedade técnica.

Essa decisão deveria se dar à luz de uma atividade de ponderação de interesses, cujos limites viriam expressamente determinados pelas políticas públicas definidas para o setor regulado. Assim, o controle jurisdicional jamais poderá substituir a valoração técnica da agência reguladora pela sua, devendo-se sempre essa apreciação judicial ficar restrita aos aspectos de legalidade do ato. Não há nada que permita concluir que a valoração do juiz é melhor que a do regulador, que é quem efetivamente conhece a realidade sobre a qual exerce a sua competência regulatória.

A preocupação para se fixar parâmetros e limites ao controle judicial é que, em matéria regulatória, o que se tem é uma atividade técnica, realizada à luz de todo um processo de ponderação, sendo resultado de outro processo de conciliação de diferentes manifestações de interesses, ao qual se chega após uma deliberação coletiva entre técnicos que tenham notório saber no setor regulado²³.

Uma vez submetida essa atividade técnica ao Poder Judiciário, o juiz poderá nomear um perito de sua confiança que, no exercício de suas atribuições, entenda que a técnica escolhida pela agência reguladora é inadequada, neste caso, uma autoridade singular, de quem não se exige

²³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª Ed. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

notório saber, e que tampouco passa por um processo rigoroso de legitimação, como se exige dos dirigentes das agências reguladoras, irá substituir uma valoração colegiada pela sua apenas por ser da confiança do juiz, o que não faz nenhum sentido.

Portanto, há o reconhecimento jurisprudencial de que há determinadas ponderações de natureza técnica onde o Poder Judiciário não deve interferir no juízo de valor da atividade reguladora.

Por fim, deve ser feita aqui menção a uma doutrina bastante recente que admite o exame de mérito dos atos administrativos pelo Poder Judiciário apenas quando restar verificada violação a princípios constitucionais, sobretudo os da razoabilidade, moralidade e eficiência. Em última análise, segundo os defensores desta corrente, essa atuação judicial recairia no exame de legalidade do ato, não importando assim em violação ao princípio constitucional da separação dos poderes.

Superior Tribunal de Justiça. Resp 572070. Recurso Especial nº 2003/0128035-1. Recorrente: Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Recorrido: Município de Terra Rica.
Relator: João Otávio de Noronha. Brasília, 19 de maio de 2005.²⁴

Se por um lado não foi admitida às agências, a par de toda a sua autonomia e independência, a competência para editar atos normativos que ultrapassem os limites da lei, o que os torna sujeitos à anulação, tampouco deve ser admitida a essas mesmas agências a prática de uma falta ainda mais gravosa, que é a inobservância de preceitos constitucionais. Logo, até por coerência, deve ser admitida aqui uma exceção à regra de que os atos administrativos não podem ser controlados pelo Poder Judiciário.

A discricionariedade do administrador, conforme se sabe, deve se restringir àquilo que o ordenamento jurídico admite, não procedendo a sua

²⁴ Superior Tribunal de Justiça. Resp 572070. Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400549710&dt_publicacao=15/08/2005. Acesso em 13 de agosto de 2015.

invocação para a prática de atos que violem princípios que integram e coordenam todo o sistema jurídico.

O controle financeiro-orçamentário é aquele exercido pelo Tribunal de Contas, órgão autônomo auxiliar do Poder Legislativo na função de controle da Administração Pública direta e indireta, o que, por certo, inclui as agências reguladoras.

O Tribunal de Contas irá avaliar, o controle a ser realizado, de acordo com os artigos 70 e 71, *caput* e inciso II, ambos da Constituição Federal, o que significa dizer que os seus atos de controle deverão se ater apenas a questões relacionadas à gestão de recursos, não podendo, portanto, jamais adentrar no mérito das decisões de regulação, pois, do contrário, quem estará regulando será o próprio Tribunal de Contas, e não o ente regulador, que é quem foi constitucionalmente revestido desta função.

Ainda sobre o Tribunal de Contas, embora a regra seja a de que ele aja *ex officio*, o artigo 74 parágrafo 2º da Constituição Federal prevê a possibilidade de que ele seja provocado por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, quando estes entenderem ter havido qualquer ilegalidade ou irregularidade na gestão financeira das agências.

O controle social, em tese exercitável sobre todas as atividades estatais, vem geralmente previsto na própria lei instituidora de algumas agências, muito embora não seja necessária tal previsão, tendo em vista que ela já é assegurada pela Constituição Federal. O que a lei setorial deve prever é a forma como se dará tanto o acesso dos interessados, como o processo participativo pelo qual ele desenvolverá a sua atuação.

Este controle, conforme se verá, pode tanto ser prévio, quando exercido no ato de formulação das normas reguladoras, quanto posterior, relativo à fiscalização do cumprimento dessas mesmas normas. E os mecanismos pelos quais se dará esse controle social da atividade administrativa das agências são

as audiências públicas, as consultas públicas, os conselhos consultivos e as Ouvidorias.

As audiências públicas são um processo administrativo de participação cujas sessões são abertas a qualquer do povo que tenha interesse em expor suas ideias e sugestões, onde também serão igualmente discutidos processos administrativos decisórios e projetos de lei propostos pela respectiva agência, com a finalidade de conferir maior transparência pública à sua atuação²⁵.

Já as consultas públicas consistem no questionamento à opinião pública sobre o conteúdo das normas reguladoras antes de elas serem editadas pelas agências. As opiniões emitidas pela sociedade deverão ser consideradas antes da edição do comando normativo, e tanto a sua rejeição, como a sua adoção, devem ser motivadas e postas à disposição dos interessados, a fim de revestir de legitimidade e transparência os seus atos.

Diferentemente das audiências e das consultas públicas, os conselhos consultivos são órgãos de participação social institucionalizada, onde os representantes de todos os agentes envolvidos nas atividades de regulação possuem assento, e cujas atividades se resumem a emitir opiniões e proposituras a respeito da atuação das agências, além de fiscalizar os seus atos.

Em relação às Ouvidorias, a estas cabem receber e analisar as reclamações e sugestões formuladas pelos agentes sob regulação, além de elaborar soluções para atender às propostas que lhe são dirigidas, servindo como intermediários entre a agência e a sociedade.

O controle social se justifica pela sociedade ser um dos agentes envolvidos na atividade de regulação, na condição de usuário de um serviço ou de consumidor de um bem. Sendo assim, seus interesses também devem ser considerados na atividade de ponderação executada pelas agências, também a

²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Renovar. Rio de Janeiro, 2003.

legítima como controladora das atividades de regulação como legítima interessada.

Por fim cabe ainda a possibilidade da própria agência reguladora exercer atos de controle contra ela mesma, conforme se extrai da Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, quando entender que um determinado ato seu não atende aos aspectos da legalidade ou da conveniência, o que pode resultar na anulação ou na revogação do ato, respectivamente.

Portanto, pode-se afirmar que nenhum deles ultrapassa os limites constitucionais e nem viola a separação dos poderes. A independência de que gozam as agências reguladoras serve tão somente de tutela contra pressões políticas, o que se justifica em razão da natureza do serviço de ponderação de interesses que desempenham, não podendo ser ela usada como desculpa para afastar o controle sobre os seus atos, o que, por sua vez, abriria um perigoso precedente para o exercício arbitrário de suas funções.

Portanto, conclusivamente, chega-se a um formato resumido das agências reguladoras como sendo uma estrutura administrativa dotada de autonomia administrativa, gerencial, patrimonial e financeira, onde o exercício dos diversos mecanismos de controle sobre os seus atos não inviabilizam o seu funcionamento independente, mas apenas lhe confere credibilidade.

Percebe-se que a discussão doutrinária no terceiro capítulo se refere à falta de consenso quanto ao poder normativo atribuído as Agências Reguladoras.

CAPÍTULO 3 – O PODER NORMATIVO

O capítulo analisa o fato que a regulação é atividade administrativa, a qual deve ser exercida, com autonomia e independência, diante dos limites da lei, podendo ser praticados atos administrativos normativos que direcionem o seu cumprimento e seu desempenho são submetidos aos princípios atinentes à Administração Pública.

3.1 - Poder normativo das Agências Reguladoras

Atribuído às agências reguladoras por meio da legislação específica da sua área de atuação ou mesmo pelas respectivas leis de criação, o poder normativo passa por indagações jurídicas desde sua implantação.

O significado do dito “poder normativo” das agências reguladoras está atrelado à competência que têm para expedição de normas pertinentes a sua área de atuação e é composto de diversos atos administrativos e normativos que produzem efeitos em relação aos seus administrados, não ferindo o princípio básico constitucional da legalidade.

As agências, para a atividade de regulação, servem-se ora de normas gerais e abstratas, ora individuais e concretas que, em disciplina normativa de determinadas matérias, como cita Letícia Queiroz de Andrade: “foi atribuída diretamente às agências reguladoras e, em ampla maioria dos casos, estas normas têm por objeto e finalidade, matéria não tratada, apenas referida, em lei”²⁶.

Cabendo estudo sobre as teorias que levanta em seu texto para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico; como segue:

- A atribuição de poder normativo às agências reguladoras seria resultado de uma delegação de competências legislativas, com base na técnica de *deslegalização* ou *delegificação*, bastante estudadas no direito europeu;

²⁶DE ANDRADE, Letícia Queiroz. **Poder normativo das agências reguladoras (legitimação, extensão e controle)**. Revista de Direito Administrativo Econômico, nº 15, ago-set-out-2008, Salvador: Revista Eletrônica.

- O poder normativo atribuído às agências reguladoras tem natureza regulamentar;
- O poder normativo das agências reguladoras tem por objeto a disciplina de vínculos especiais de supremacia ou sujeição estabelecidos com o Poder Público²⁷.

Baseado no texto de Carvalho Filho, pode-se afirmar que este poder normativo é amplo e age como legislação ordinária, regulamentando as leis que regem os campos de atividades a elas atribuídos e na edição de normas independentes, sobre matérias não disciplinadas pela lei²⁸.

Ainda inspirado no professor *José dos Santos Carvalho Filho*, perguntar como isto acontece sem violar o princípio da separação dos poderes ou mesmo invadir a competência legislativa, lembrando que regulamentos independentes ou mesmo autônomos são incompatíveis com o Direito Brasileiro²⁹.

Como interpretado das afirmações de Di Pietro (2015)³⁰, não se espera ou se entende que as Agências exerçam função legislativa propriamente dita.

Os regulamentos produzidos pelas Agências submetem-se ao princípio da legalidade e só a lei cria os objetivos e os deveres decorrentes da regulação de atividade administrativa, devendo ser orientados dentro dos limites pela lei fixados, e em caso contrário poderão ser anulados.

A evolução da sociedade, dos mercados e os novos tempos impõem que novas normas sejam criadas, mais diretas que tratem de especificidades, como no planejamento dos diversos setores e para viabilizar a intervenção do estado em garantia do cumprimento dos regulamentos de setor e assim, as

²⁷DE ANDRADE, Letícia Queiroz. **Poder normativo das agências reguladoras (legitimação, extensão e controle)**. Revista de Direito Administrativo Econômico, nº 15, ago-set-out-2008, Salvador: Revista Eletrônica.

²⁸CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Agências reguladoras e poder normativo**. ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). O poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

²⁹CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Agências reguladoras e poder normativo**. ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). O poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

³⁰DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

determinações normativas oriundas das Agências devem limitar-se a aspectos estritamente técnicos.

Completa-se que, a motivação técnica justifica a existência de um agente regulador e a regulação visa interpretar e orientar o cumprimento da lei e assim, deverá ser exercida com autonomia e independência, respeitado o princípio da legalidade.

3.2 - Regular por meio de normas

Como as agências reguladoras, autarquias do ponto de vista jurídico de sua implantação, função e gestão, foram criadas por meio de lei têm, como consequência, de ser regulamentada pelo Presidente da República em ato normativo considerado secundário em relação a lei e assim, os atos normativos das agências poderiam ser considerados atos normativos terciários.

Cabe aqui saber como encaixar as normas expedidas e publicadas pelas agências reguladoras, como cita Bolívar B. M. Rocha “a um órgão incumbido de disciplinar determinado setor da ordem econômica, como as Agências Reguladoras, há que ser reconhecida uma parcela de poder normativo, sem a qual ele ficaria de mãos atadas para agir”³¹. E deixa claro que para atingir objetivos da lei, quando necessário, as agências podem restringir atividades de seus administrados assim como disciplinar a própria atuação, instruindo e orientando-lhes.

Imagina-se que as agências reguladoras cumprem sua missão e seus fins quando preservam o interesse público à medida que resguardam o bem da sociedade.

Para tanto a atividade administrativa das agências reguladoras muitas vezes se desenvolve com a edição de atos normativos, qual sejam atos de

³¹ ROCHA, Bolívar B. M. apud PAGOTTO. Leopoldo Ubiratan Carreiro. **Agências reguladoras: origem e natureza jurídica**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 50, ano 13, jan-mar-2005, São Paulo: Revista dos Tribunais.

restrição ou condicionamento de direitos, como exposto pelo Marcos Juruena Villela Souto:

Como, em face do princípio da legalidade, só a lei – norma de primeiro grau – cria os objetivos e os deveres decorrentes da regulação, cabe reafirmar que se trata a regulação de atividade administrativa. A lei cria a obrigação e o regulador estabelece o método para o seu cumprimento. Para tanto, pode fazê-lo por meio de norma ou de atos concretos, conforme o maior ou menor grau de conhecimento sobre o setor e o número de destinatários envolvidos³².

É fato que as agências reguladoras desempenham seu papel tais como previsto, a administração indireta e, para que possam regular os setores e atender as leis através das quais foram criadas é que expedem os atos normativos, que dentro da legalidade, dão força de norma aos integrantes do setor em questão; não podendo simplesmente esperar que o Poder Legislativo edite leis.

3.3 - Legitimidade democrática das Agências Reguladoras

Na qualidade de órgãos não eleitos as Agências Reguladoras, também denominadas não majoritárias, poderiam ter sua legitimidade democrática questionada uma vez advirem da obtenção de metas propostas e não de processo eletivo, como cita Souto (2006), mas vê-se que têm legitimidade democrática, pois se originam de procedimento legislativo democrático realizado pelos representantes da sociedade.

Assim, o maior ou talvez o único questionamento sobre a legitimidade democrática das Agências reguladoras se dá quando observadas sob o ponto de vista da participação efetiva do destinatário ou usuário final da regulação de setor – o cidadão-usuário.

³² SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Extensão do poder normativo das agências reguladoras**. ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). O poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Como regulamentado nas leis de criação das diversas Agências, seus dirigentes são indicados pelo chefe do executivo, estando sujeitos para sua nomeação à aprovação pelo poder legislativo e, ainda, suas atividades submetem-se ao controle da sociedade, por meio de sessões públicas e do direito de participação³³.

Alguns pontos devem ser analisados, tal como no Brasil que, historicamente, a população era pouco ou nada ouvida em qualquer aspecto de qualidade de serviços e produtos, não tendo o consumidor, à época, voz ativa em vários setores hoje regulamentados pelas Agências.

Com o advento de sua criação e para mudar este quadro, as Agências buscam novos mecanismos para que o denominado cidadão-usuário ganhe voz e participação, imprimindo uma marca democrática de ação, assim tornou-se comum, nas leis de criação destas entidades, o estabelecimento de procedimentos que incluem a oitiva dos interessados³⁴.

Outro ponto importante e de destaque era da forma de como fazer que esta população se fizesse consultada e ouvida dada a quantidade de pessoas que gostariam de opinar sobre questões diversas, em que número se fariam representar e isto tudo aliado ao fato de que se tratava de leigos interessados no setor e muitas vezes a opinar em questões de ordem técnica.

Com tudo isso se torna comum para os setores regulados e suas agências reguladoras, mecanismos de pesquisa, oitivas, consultas e audiências públicas, ouvidorias, sistema de atendimento aos usuários, disquete-denúncia, coletas e pesquisas de opinião, dentre outros que aproximaram o setor de regulação e o Estado da sociedade. Afirma José Santos Carvalho Filho:

³³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Extensão do poder normativo das agências reguladoras**. ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). O poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

³⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Extensão do poder normativo das agências reguladoras**. ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). O poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

(...) mister se faz distinguir as audiências das consultas públicas, que, apesar de possuírem o mesmo espírito, não se equivalem: na consulta pública, a Administração deseja compulsar a opinião pública através da manifestação firmada através de peças formais, devidamente escritas, a serem juntadas no processo administrativo. A audiência pública é, na verdade, modalidade de consulta, só que com o especial aspecto de ser consubstanciada fundamentalmente através de debates orais em sessão previamente designada para tal final. (CARVALHO FILHO, 2001, p.186).

3.4 - Natureza da atividade

As agências reguladoras ao expedir suas normas técnicas exercem sua função administrativa e regulamentadora conferida disciplina técnica a setores econômicos e de prestação de serviço público. Não mais causando preocupação se uma agência infringe o princípio tripartite dos poderes ou mesmo, e ainda, se viola a hierarquia das normas, mas se cumpre o princípio da efetividade.

Para que isso se configure não basta que tenham poder normativo próprio e exerçam o poder de regulação que lhes é atribuído; é igualmente necessário que seus dirigentes sejam administradores e não políticos, que tenham especialização técnica no setor regulado pela a Agência, conferindo competência e eficiência técnica ao exercício de suas funções.

Com isso também se garante que o interesse da coletividade não será desvirtuado ou mesmo prejudicado em detrimento do interesse pessoal.

3.5 - Força e limite do poder regulatório

A força e limitação regulatória das agências reguladoras vincula-se a observância de três princípios constitucionais que regem a atividade reguladora do Estado; qual seja: o princípio da subsidiariedade, o da proporcionalidade e o, já estudado, princípio da legalidade estabelecido no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

Como sabido o administrador público só pode agir e administrar como previsto em lei; que se não seguido poderia invalidar seus atos.

Conforme observado por Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto na subsidiariedade presume-se “que a ação estatal seja justificável na medida em que os órgãos autônomos sejam incapazes de atender aos objetivos de interesse público”, e segue afirmando que “a proporcionalidade está vinculada a adequação do meio ao fim, cabendo ao Estado à limitação de agir na proporção do estabelecimento de restrições as pessoas, físicas ou jurídicas, quando em face dos benefícios para o interesse público”³⁵.

Os atos normativos de regulamentos administrativos das agências reguladoras devem, obrigatoriamente, basear-se nos princípios citados que configuram-se como pilares demarcatórios da atividade regulatória do Estado, e limitadores da ação regulatória das agências reguladoras de diversos setores da economia.

³⁵ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal**. Revista de Direito Público da Economia, n.1, jan./mar. 2003.

CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho de pesquisa, pode-se ver confirmado o aspecto contemporâneo e histórico das agências reguladoras, verificando-se seu ordenamento jurídico, sua legitimidade democrática, a força e os limites do poder regulatório, a atuação destes órgãos perante a sociedade civil e no que contribuem para a sociedade democrática.

Com base no estudo dos decretos e leis que criaram cada uma das agências reguladoras, se analisou os critérios que nortearam sua criação, campo de atuação e conquistas significativas para o setor que regulamentam.

Buscou relacionar os motivos que levaram à sua criação e os resultados das pesquisas que resumam e expressam sua atuação desde o início. Pode conferir que as agências estão tentando se aproximar, cada vez mais, da sociedade e dos seus objetivos de melhoria da economia do país.

Como autarquias especiais, ficaram definidas por suas características peculiares, submetendo-se a todas as regras legais impostas aos entes públicos, aos processos licitatórios e contratos administrativos.

Foram analisadas como consulta eventual as agências estaduais, municipais e federais, suas regras e o estatuto da ABAR – Associação Brasileira de Agências de Regulação.

As agências reguladoras submetem-se, como citado no site da ABAR – Associação Brasileira de Agências de Regulação, “às normas gerais de licitação, tanto para suas atividades fim, como para as instrumentais, sendo em ambos os casos, seus contratos considerados como contratos administrativos regidos pelo direito público” e assim, verificou que há um poder das agências de controlar no aspecto técnico, mas não no aspecto legislativo, pois o Poder Público ainda é superior ao que foi dado às agências reguladoras.

Afirmou evidenciar a participação das agências como primeiro representante público no mercado e/ou setor de atuação, viu que seu desenvolvimento, mesmo com todo impedimento legislativo criado nos diversos governos nos quais passou por modificações, que sua autonomia jurídica permite grande influência no investimento privado.

Confirmou que o objetivo das agências reguladoras é de contribuir para o avanço e consolidação das atividades de regulação em todo o Brasil, permitindo a troca de experiências, a promoção de critérios uniformes para problemas semelhantes e a preservação de interesse público amplo. E, também promover a mútua colaboração entre as associadas e os poderes públicos, na busca do aprimoramento da regulação e da capacidade técnica.

Foram utilizadas as modalidades de pesquisa qualitativa, exploratória e de estudo de casos retirados dos serviços de atendimento aos clientes encontrados nos sites das próprias agências.

Boa parte das informações foi trazida à discussão através das pesquisas jurídico-teóricas dos julgados relativos ao tema; atuando como base para este trabalho científico.

A situação-problema desta investigação foi: Em que medida as agências reguladoras são instrumentos de gestão que possam atuar eficientemente no exercício das funções reguladoras e fiscalizadoras em setores econômicos do Estado? Uma solução identificada para essa problemática aponta que a hipótese levantada como verdadeira foi que o órgão regulador compete cuidar da ausência ou minimizar a ineficiência nos elementos do ato administrativo, porque a regulação é uma atividade administrativa de interpretação do cumprimento da lei, cujo intuito é a eficiência no exercício da intervenção do Estado na economia.

Os objetivos específicos deste trabalho foram alcançados, na medida em que foram discutidos mecanismos jurídicos como desenvolver o mapa

conceitual das Agências Reguladoras, apresentar a independência e os mecanismos de controle e, por último, identificar o poder normativo das Agências Reguladoras.

Diante disso, o objetivo geral proposto por este trabalho também foi atingido e se deu pela busca de contribuir para a percepção, por parte da verificação do valor das Agências Reguladoras como instrumentos de gestão estatal e que desenvolvem suas atividades sob um contexto político-técnico-institucional.

Conclui-se que as agências reguladoras de setor não possuem autonomia jurídica absoluta efetivamente, apesar de assim o serem nas normas, leis e decretos que as criaram.

Há verdadeiramente, uma grande interferência do poder público político-executivo dos governos municipais, estaduais e federal reduzindo sua liberdade de ação, estando diretamente submetidas à vontade política.

Propõe, após análise dos fatos, que as agências reguladoras possam ver sua autonomia ampliada e validada pela sociedade civil, para que desta forma realizem em plena carga sua missão precípua.

Espera com este trabalho de análise, servir de subsídio para outros pesquisadores e de incentivo aos formadores de opinião para que possam dar suporte à atuação das agências reguladoras de setor.

REFERÊNCIAS

a) Livros

BASTOS, Sérgio Freitas. Introdução ao Direito das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2004.

BODGAN; BIKLEN, 1982 apud **LÜDKE**; ANDRÉ, 1982.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências reguladoras e poder normativo. **ARAGÃO**, Alexandre Santos de (Org.). O poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CERVO, Amado Luiz; **BERVIAN**, Pedro Alcino; **DA SILVA**, Roberto. Metodologia Científica. 6ª Ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

CUÉLLAR, Leila. As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo. Dialética: São Paulo, 2001.

CUÉLLAR, Leila. Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras – Vol. 2. Editora Fórum - 2011.

DENCKER, Ada de Freitas M. Métodos e técnicas de pesquisa em turismo. 4ª Ed. São Paulo: Futura, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 17ª Ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. Revista de Direito Público da Economia, n.1, jan./mar. 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Regulatório. Renovar. Rio de Janeiro, 2003.

PAULO, Vicente e **ALEXANDRINO**, Marcelo. Direito Administrativo Descomplicado. 18ª Edição, Editora Método, 2010.

RAMPAZZO, Lino. Metodologia Científica. 6ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

ROCHA, Bolívar B. M. apud PAGOTTO. Leopoldo Ubiratan Carreiro. Agências reguladoras: origem e natureza jurídica. Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 50, ano 13, jan-mar-2005, São Paulo: Revista dos Tribunais.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Regulatório. 2ª Ed. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Extensão do poder normativo das agências reguladoras. ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). O poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

b) Artigos de Revistas

<http://veja.abril.com.br/blog/augusto-nunes/historia-em-imagens/fernando-henrique-o-governo-lula-transformou-as-agencias-reguladoras-em-instrumento-de-barganha-politica/> acesso: 13/10/15, às 10h15.

c) Indicação de Revistas com Autoria

DE ANDRADE, Letícia Queiroz. Poder normativo das agências reguladoras (legitimação, extensão e controle). Revista de Direito Administrativo Econômico, nº 15, ago-set-out-2008, Salvador: Revista Eletrônica.

d) Indicação de Consultas on-line

<http://g1.globo.com/topico/ans/>; acesso: 15/08/15, às 14h50

<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil>; acesso: 12/11/15, às 9h25

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm; acesso: 15/08/11, às 14h35

<http://www.ans.gov.br/>; acesso: 15/08/15, às 13h55

<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do>; acesso: 15/08/15, às 13h44

<http://pt.wikipedia.org/AAn%CCia%20Nacional%20de%20Telecomunica%C3%A7%C3%B5es>; acesso: 15/08/15, às 15h07

<http://jus.com.br/revista/texto/2654/agencias-reguladoras>; acesso: 28/09/15, às 14h09

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/consulta_publica/agencias_reguladoras.htm; acesso: 25/08/15, às 15h35

<http://www.brasil.gov.br/sobre/o-brasil/estrutura/agencias-reguladoras-fiscalizam-a-qualidade-dos-servicos>; acesso: 15/08/15, às 13h33

http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=117; acesso: 29/09/15, às 11h40

http://www.datavenia.net/opiniao/2001/O_Papel_das_Agencias_Reguladoras.htm; acesso: 22/08/15, às 14h55

<http://www.direitofba.net/mensagem/celsocastro/agreguladora.html>; acesso: 12/10/15, às 17h23

<http://www.abar.gov.br> - ABAR – Associação Brasileira de Agências de Regulação – Acessado em: 18/07/2015 às 14h07

e) Jurisprudências

Procedimento administrativo nº E04/887.145/98 da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1948-1. Requerente:

Confederação Nacional do Transporte. Requerido: Governador do Estado do Rio Grande do Sul.

Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 4 de setembro de 2002. Disponível em:

http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/FrameDown.asp?classe=ADI&Cod_Clas se=504&Ementa=2097 &Processo=1948&tipo_colecao=EMENTARIO. Acesso em: 13 de agosto de 2012.

<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/03/27/relatorio-do-tcu-revela-2018problemas-graves2019-nas-agencias-reguladoras>

<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2011/07/08/cdh-debate-papel-das-agencias-reguladoras-na-aplicacao-das-leis>

Superior Tribunal de Justiça. Resp 572070. Disponível em:

https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400549710&dt_publicacao=15/08/2005. Acesso em 13 de agosto de 2012.

Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 13 de agosto de 2015.

f) Documentos Jurídicos

Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999 – ANVS / ANVISA

Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 - ANATEL

Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996 – ANEEL

Decreto nº 2.455, de 14 de janeiro de 1998 – ANP

Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 – ANP

Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000 – ANA

Lei nº 9.986, de 26 de dezembro de 1996 – Gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras

Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000 – ANS

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Editora Senado Federal, 2011.

g) Manual

XIMENES, Profa. Dra. Julia Maurmann; **VIEIRA**, Prof. Me. Hector Luís Cordeiro. Manual de Trabalhos Acadêmicos. Revisado por: Profa. Me. Janete Ricken de Barros; Profa. Me. Larissa Tenfen. IDP - Brasília/DF, 2013.